

**CARLOS WASHINGTON RODRIGUES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A AÇÃO REGRESSIVA  
CONTRA SEUS AGENTES**

**CURITIBA  
2005**

**CARLOS WASHINGTON RODRIGUES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A AÇÃO REGRESSIVA  
CONTRA SEUS AGENTES**

**Monografia apresentada como  
requisito parcial da obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, setor de  
ciências jurídicas da Universidade  
Federal do Paraná**

**Orientador:  
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

**CURITIBA  
2005**

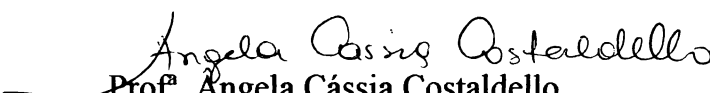
## TERMO DE APROVAÇÃO

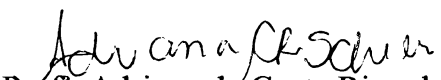
**CARLOS WASHINGTON RODRIGUES**

### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A AÇÃO REGRESSIVA CONTRA SEUS AGENTES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:

  
Orientador: ~~Prof. Dr. Romão Felipe Bacellar Filho~~  
Universidade Federal do Paraná

  
Prof.<sup>a</sup> Angela Cássia Costaldello  
Universidade Federal do Paraná

  
Prof.<sup>a</sup> Adriana da Costa Ricardo Schier  
Universidade Federal do Paraná

Prof.  
Universidade Federal do Paraná (suplente)

Curitiba, 14 de outubro de 2005

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	3
2.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE .....	4
2.2 TEORIAS CIVILISTAS .....	5
2.2.1 Teoriados Atos de Império e Atos de Gestão .....	6
2.2.2 Teoria da Culpa Civil.....	7
2.3 TEORIAS PUBLICISTAS .....	9
2.3.1 Teoria da Culpa Anônima ou Acidente Administrativo .....	9
2.3.2 Teorias do Risco .....	11
2.3.2.1 Teoria do risco integral.....	12
2.3.2.2 Teoria do risco administrativo .....	13
2.4 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2.4.1 Período Colonial .....	15
2.4.2 Período do Império .....	15
2.4.3 Período da República .....	16
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA ATUALIDADE</b> .....	21
3.1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE .....	25
3.1.1 Princípio da Legalidade .....	27
3.1.2 Princípio da Justa Distribuição de Ônus e Encargos Sociais.....	28
3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE .....	29
3.2.1 O Dano .....	30
3.2.2 O Nexo de Causalidade.....	31
3.2.3 O Agente Público.....	32
3.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE .....	34
3.3.1 Força Maior e Caso Fortuito .....	36
3.3.2 Culpa da Vítima .....	37
<b>4 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO E A AÇÃO REGRESSIVA</b> .....	39
4.1 A REPARAÇÃO DO DANO .....	41
4.1.1 Via Procedimento Administrativo .....	43
4.1.2 Via Procedimento Judicial .....	43
4.2 A AÇÃO REGRESSIVA.....	46
4.2.1 A Ação Regressiva Como Dever do Estado .....	47
4.2.2 O Ressarcimento ao Erário Público .....	50
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	51
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	55

## **RESUMO**

A presente monografia tem como foco principal o exame da responsabilidade civil do Estado, decorrente de atuação, comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita, de seus agentes, atuando nessa qualidade, que causem danos a terceiros. Serão analisadas as diversas teorias sobre a responsabilidade estatal, desde a total irresponsabilidade, passando pela responsabilidade com base na culpa, evoluindo para a responsabilidade com base no risco e em termos objetivos. Após análise das teorias em termos gerais será apresentada a evolução do instituto no direito brasileiro, destacando-se os textos constitucionais históricos e o código civil. Em seguida será abordada a aplicação do instituto na atualidade, seus fundamentos, pressupostos, princípios norteadores e as causas excludentes da responsabilidade do Estado. Finalizando, será analisada a ação regressiva do Estado contra o agente público causador do dano, abordando também em quais situações o Poder Público poderá imputar os prejuízos aos seus agentes, quais os requisitos e procedimentos dessa ação e o direito, ou dever, do Estado de utilizar tal medida.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, que tem por objetivo a realização de diversas atividades em prol da coletividade, algumas até de caráter essencial, sempre está na iminência de causar danos aos seus administrados. Esses danos podem decorrer de atuações lícitas ou ilícitas, ações ou omissões. Neste contexto, não parece ser justo, ou razoável, que apenas alguns administrados arquem com os prejuízos decorrentes dessas atividades estatais, as quais geram benefícios para toda a coletividade. Desse fenômeno decorre a responsabilidade civil do Estado e a necessidade de promover a reparação dos danos injustamente causados.

A responsabilidade estatal pode decorrer de três tipos de funções desempenhadas: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional. No presente trabalho será feita a análise da responsabilidade estatal apenas por atos administrativos, haja vista ocorrerem com maior frequência. Limita-se ainda, a presente monografia, ao estudo da responsabilidade extracontratual do Estado, regida pelos dispositivos legais e normativos vigentes, principalmente o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Para fins deste estudo serão utilizados os termos responsabilidade civil do Estado, responsabilidade civil da Administração ou responsabilidade do Poder Público de forma indistinta. Também não se fará distinção terminológica entre reparação e indenização.

São três os principais objetivos desta monografia:

a) Apresentar algumas das diversas teorias desenvolvidas sobre responsabilidade civil do Estado, entre elas: teoria da irresponsabilidade; teoria dos atos de império e atos de gestão; teoria da culpa civil; teoria da culpa anônima, teoria do acidente administrativo e teorias do risco.

b) Analisar a evolução da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, sua disposição normativa na atualidade, seus pressupostos, princípios basilares e causas excludentes.

c) Analisar, de forma específica, a ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, em que circunstância poderá ocorrer, seus requisitos, procedimentos e aplicabilidade.

Para desenvolvimento dessa temática será utilizado o método investigativo-interpretativo, com análise de textos de diversos doutrinadores e decisões jurisprudenciais.

O estudo da responsabilidade civil do Estado se mostra bastante importante na atualidade, tendo em vista as constantes ingerências do Poder Público na esfera juridicamente protegida dos indivíduos, aliada aos diversos entendimentos, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, sobre esse assunto.

A responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, e a conseqüente reparação às vítimas, pode comprometer parcela significativa do patrimônio público. Neste contexto, estimula-se a seguinte reflexão:

Quando poderá o Estado reaver do patrimônio de seus agentes os valores gastos com a indenização?

Quando o erário público, e toda a coletividade, haverão de arcar com esses prejuízos?

A propositura de ação regressiva é uma facultatividade, um direito ou um dever do Estado?

A resposta a essas questões, e a muitas outras que envolvem esse tema, é um dos objetivos deste trabalho.

## 2 TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo de muitos anos diversas construções teóricas foram criadas, por juristas e filósofos, para tentar explicar porque o Estado deve ser responsabilizado por danos que venha a causar por seus atos, positivos ou negativos (ações ou omissões).

Explica José CRETELLA JUNIOR que: “Teoria são construções do espírito humano para explicar, de maneira plausível e coerente, uma dada ordem de fatos. Desse modo, as teorias não são certas nem erradas, mas apenas mais satisfatórias ou menos satisfatórias, tudo dependendo do progresso humano, em determinado momento histórico.”<sup>1</sup>

A idéia da reparação do dano injustamente causado é uma das mais antigas da humanidade. À medida que o Estado foi tomando forma, tornando-se cada vez mais poderoso e influente na vida dos seus administrados, também foram surgindo, na mesma proporção, os percalços decorrentes de sua atuação. Os danos causados aos seus administrados não poderiam permanecer sem reparação.

Partindo de um estágio primitivo de total irresponsabilidade, passando por fase intermediárias de aprimoramento, chegamos ao atual estágio de responsabilidade do Estado, analisado em termos de direito público, de responsabilidade predominantemente objetiva.

A evolução do referido instituto sofreu influência direta das diversas formas de Estados e das ideologias dominantes de cada época histórica, dando origem às teorias que serão a seguir apresentadas.

Dessa mesma forma, sob influências históricas, incidiram no direito positivo brasileiro diversas das teorias atinentes a responsabilidade do Estado, podendo ser constatada a evolução do referido instituto a partir da análise das diversas constituições

---

<sup>1</sup> CRETELLA JÚNIOR, *Manual de Direito Administrativo*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 350.



que vigeram no Brasil.

Antes de abordar o assunto referente às teorias, cabe esclarecer que há grande divergência terminológica na doutrina sobre esta temática. Alguns autores, por exemplo, abordam a teoria do risco sem a divisão em risco administrativo e risco integral. Outros tratam culpa administrativa como culpa anônima ou como acidente administrativo e há, ainda, aqueles que as tratam como teorias diversas.

## 2.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A teoria da irresponsabilidade vigorou nos Estados Absolutistas até o século XIX, com base na noção de soberania, cuja idéia central era de que o Estado não respondia pelos danos causados aos seus súditos.

Sob os princípios incontestáveis de que o rei não erra (*the King can do no wrong*), o que agradou ao príncipe tem força de lei (*quod principi placuit abet legis vigorem*) vigeram governos despóticos que misturavam aspectos políticos e religiosos para fundamentar suas ações. O Estado era considerado infalível, não cometia erros. Os atos praticados eram exteriorizações das vontades Divinas, incontestáveis.<sup>2</sup>

Na concepção política do Estado absolutista, não era lícito conceber a reparação dos danos causados pelo Poder Público, já que não se admitia a formulação de direitos contra o Estado Soberano, que tinha a seu favor a prerrogativa da total imunidade.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Celso Ribeiro BASTOS explica que: “Na Grécia, os regimes, tanto monárquicos, como aristocráticos ou democráticos, viam sempre no soberano do momento alguém que respondia somente perante a divindade, da qual era uma emanção, sem nenhum compromisso com as realidades terrenas.” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 184)

<sup>3</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *Revista Interesse Público*. Ano 2, nº 6, abril/junho de 2000. São Paulo: Notadez, 2000. p. 18.

José CRETELLA JÚNIOR relata:

Nos regimes primitivos, todo o peso do dano era suportado pelo prejudicado, que não tinha possibilidade jurídica de espécie alguma para reclamar ou obter indenização, nem contra o agente do qual emanava diretamente o ato, nem contra o soberano. Apareciam assim aniquiladas, pelo próprio Estado, a integridade e o gozo dos direitos de seus súditos, nas aras da idéia absoluta e injusta de poder do príncipe e de seu direito divino.<sup>4</sup>

Insistentes reclamações sobre a postura adotada pelo Estado procuravam demonstra que a ausência da responsabilidade constituía a negação do próprio Direito, e justamente por aquele que tinha a incumbência de tutelá-lo.

Por haver evidentes injustiças, com o passar do tempo, os fundamentos desta teoria foram sendo derrubados um a um. Constatou-se que a origem do poder não era divina e que efetivamente o soberano, o Estado ou seus agentes, poderiam cometer erros.

A teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado está inteiramente superada na atualidade. As últimas nações a abandonar essa doutrina foram os Estados Unidos, em 1946, e a Inglaterra, em 1947.

Superada esta fase, passou a vigorar uma teoria que permitia a responsabilização dos seus agentes. Não era ampla, pelo contrário, era limitada a certos casos de dolo ou culpa grave. Persistiram as dificuldades para obter a reparação dos danos causados.<sup>5</sup>

## 2.2 TEORIAS CIVILISTAS

As teorias civilistas, alicerçadas na idéia da culpa, contrapuseram-se à injusta idéia de que o soberano era irresponsável por seus atos. O avanço proporcionado por esta teoria foi romper com os tradicionais argumentos utilizados para justificar a irresponsabilidade do Estado.

---

<sup>4</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Volume VIII, 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 44.

<sup>5</sup> BASTOS, op. cit., p. 185.

Por estas teorias não poderia o Poder Público deixar de respeitar o ordenamento jurídico que impunha aos particulares, pois estaria Ele também sujeito a essas regras. Diante disso o Estado, assim como qualquer cidadão, quando causava danos a terceiros, agindo de forma dolosa ou culposa através de seus agentes, tinha o dever legal de reparar os danos causados.

Nesta época vigorava apenas a teoria subjetiva, pois era imprescindível demonstra a culpa ou o dolo do agente causador do dano, além, é claro, de demonstrar a efetiva ocorrência do dano e o nexo de causalidade em relação à atuação do Estado.

### 2.2.1 Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão

O Estado é responsável, civilmente, por danos causados aos particulares sempre que se trate de *ato de gestão* – eis um primeiro passo, incipiente ainda, mas decisivo, no progresso da responsabilização pública.<sup>6</sup>

Relata Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que, em um primeiro momento, fora criada a distinção entre os atos praticados pelo Rei e atos praticados pelo Estado e seus prepostos, com a intenção de abrandar os prejuízos causados a terceiros, nos seguintes termos:

Numa primeira fase, distinguia-se, para fins de responsabilidade os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.<sup>7</sup> (grifos da autora)

---

<sup>6</sup> CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, p. 48.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 1998. p. 525-526.

Por esta teoria era possível distinguir os atos que ensejariam, ou não, a indenização pelo Estado, tendo em vista que em determinadas situações o Estado atuava em condições de igualdade em relação aos particulares.<sup>8</sup>

Houve grande oposição a essa teoria pela dificuldade de dividir a personalidade do Estado e também pela impossibilidade de diferenciar atos de império de atos de gestão. Ambos os atos retratavam uma forma de atuação que poderia causar danos a terceiros e que ensejariam indenizações.

Muito oportuna a argumentação de José CRETELLA JÚNIOR: “Era muito fácil invocar ora uma, ora outra das teorias, dizendo que tal atos eram de império ou de gestão e não se divisava a diferença entre os dois. O resultado era que o Estado ficava sempre irresponsável.”<sup>9</sup>

Por sua incoerência, essa teoria foi completamente abandonada, todavia surgiram outras, baseadas ainda na culpa civil.

### 2.2.2 Teoria da Culpa Civil

A responsabilidade do Estado, com base na culpa civil, também denominada responsabilidade subjetiva do Estado, instaurou-se sobre a influência do liberalismo.

Por esta teoria o Estado tinha o mesmo tratamento, para fins de indenização, que os particulares. Estava o Estado obrigado a indenizar os danos causados sempre

---

<sup>8</sup> Romeu Felipe BACELLAR FILHO relata: “Para fundamentar a Teoria da Culpa, fazia-se uma clara distinção entre os atos emanados da Entidade Estatal, destacando-os como atos de império e atos de gestão, donde decorriam sérias e gravosas conseqüências. Atos *iure imperii* seriam os atos praticados sob o manto de Potestade Pública, no exercício da soberania do Estado, praticados por ele na qualidade de poder supremo, supra individual, impostos unilateralmente e de forma coercitiva e, portanto, insuscetíveis de gerar direito à indenização. Ao exercer tais prerrogativas, o Estado estaria isento de qualquer responsabilidade, mesmo havendo lesão ou dano ao cidadão pela prática do ato. Atos *iure gestionis* seriam aqueles exercidos pelo Estado em situação de igualdade de equiparação ao particular, no intuito da conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços, o que levava ao reconhecimento da responsabilidade civil nas mesmas condições e proporções a que se submetem os cidadãos.” (*Revista Interesse Público*, p. 30)

<sup>9</sup> CRETELLA JÚNIOR, *Manual de Direito Administrativo*. op. cit., p. 345.

que seus agentes atuassem com culpa ou dolo. A culpa, ou o dolo do agente, era o fator condicionante da responsabilidade do Estado.

Ensina Diogenes GASPARINI que os conceitos de culpa e dolo eram os mesmos do Direito Privado. O agente público atua com culpa quando age com imprudência, imperícia, negligência ou imprevisão e causa um prejuízo a alguém. Dolo, de outra parte, é a vontade consciente do agente público, voltada para a prática de um ato que sabe ser contrário ao Direito.<sup>10</sup>

A aferição de culpa era fundamental para a imputação da responsabilidade. Comprovar a ocorrência de um ato ilícito ou de uma conduta contrária ao direito, que ocasionasse dano a terceiro, era pressuposto essencial para a obtenção de reparação dos danos e, por isso, essa teoria mostrou-se insuficientemente capaz de oferecer uma solução plausível para todas as situações em que o Estado causava danos a terceiros.

Apesar do evidente progresso em relação à teoria da irresponsabilidade, a teoria da culpa civil demonstrou-se incapaz de atender aos anseios da idéia de justiça, tendo em vista que impunha ao cidadão lesado um encargo excessivamente penoso, o de identificar, individualizar e provar a culpa do agente público causador do dano.

José CRETELA JÚNIOR relata:

A teoria da culpa passou a oferecer a seguinte dificuldade: muitas vezes se verificava o dano, mas não se conseguia fixar a responsabilidade pessoal do funcionário. Ausente o elemento intencional ou, presente, mas não identificado, o particular ficava desprotegido, mesmo sofrendo a ação danosa produzida pelo mau funcionamento do serviço público. Havia prejuízo e ninguém respondia por ele, pela simples razão da impossibilidade de descobrir o elemento humano, cuja atividade tivesse dado como consequência o dano.<sup>11</sup>

A doutrina da culpa civil não resolvia os casos de lesão ocasionada por falha da máquina administrativa. Em tais hipóteses não era possível individualizar ou determinar qual agente efetivamente causou o dano, bem como as situações resultantes da própria falta ou falha do serviço.

---

<sup>10</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>11</sup> CRETELA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*. op. cit., p. 59.

Superada a teoria da culpa civil, passou-se a fundamentar a obrigação de indenizar pela culpa do serviço, também denominada culpa anônima ou administrativa, sem que houvesse a necessidade de comprovar a culpa do agente ou de determinar quem efetivamente causou o dano.

## 2.3 TEORIAS PUBLICISTAS

Diversos doutrinadores relatam que as teorias de responsabilidade do Estado, fundadas em direito público, tiveram início na jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, o qual estabeleceu um marco na história do direito administrativo e da responsabilidade estatal. Pela primeira vez a responsabilidade civil do Estado teve solução com fundamento em termos publicísticos.

A partir desse caso surgiram diversas novas teorias, embasadas na culpa do serviço, na culpa anônima, na culpa administrativa e no risco proveniente das atividades administrativas.

### 2.3.1 Teoria da Culpa Anônima ou Acidente Administrativo

A transposição da responsabilidade do Estado, do campo do direito privado para o do direito público, implicou mudanças substanciais na sua aplicação.

O Prof. Romeu Felipe BACELLAR FILHO relata que a doutrina da culpa civil não resolvia os casos de lesão ocasionados por falhas da máquina administrativa, faltas próprias do serviço, onde não era possível indicar qual agente causou efetivamente o dano. Para resolver o problema foi necessário desenvolver uma nova concepção de responsabilidade. Com isso o Estado passou a ser responsabilizado sempre que os seus serviços não funcionassem, funcionassem mal ou funcionassem atrasados. Não era mais necessário identificar qual agente causou o dano e provar sua culpa ou dolo. A culpa era do próprio serviço, que prestado inadequadamente, ou não

prestado, ensejava a reparação o dano.<sup>12</sup>

Faz-se necessário relatar que, para parte da doutrina, a teoria da culpa anônima, ou culpa administrativa, deveria estar inserida nas teorias subjetivistas. Para outros deve fazer parte das teorias objetivas. São fortes os argumentos apresentados por ambas posições, a tal ponto de restar dúvidas nos dias atuais.

Discussões à parte, o importante é ressaltar que essa teoria certamente marcou a transição entre a responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado, a qual, representou grande evolução para a proteção do patrimônio, e também dos direitos dos indivíduos lesionados por atividades públicas.

Explica Hely Lopes MEIRELLES:

*A teoria da culpa administrativa* representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da Administração*. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiros. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.<sup>13</sup> (grifos do autor)

Romeu Felipe BACELLAR FILHO acrescenta: “...a culpa anônima da Administração foi o embrião do que hoje se entende como teoria objetiva da responsabilidade do Estado, aliás, a única capaz de compatibilizar a posição do Poder Público frente à dos cidadãos e o ordenamento constitucional vigente.”<sup>14</sup>

Parte da doutrina trata como teoria do acidente administrativo os casos em que o serviço público funciona mal, não funciona ou funciona tardiamente. É a teoria do “*faute du service*”, que surgiu em construção jurisprudencial do direito francês. A

---

<sup>12</sup> Romeu Felipe BACELLAR FILHO trata como teoria do acidente administrativo a teoria da culpa administrativa ou do “*faute du service*”. (*Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 192.)

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 626.

<sup>14</sup> BACELLAR FILHO, *Revista Interesse Público*, p. 31.

“*faute du service*” impunha a responsabilidade ao Estado sempre que a sua atuação impessoal e irregular resultasse em danos ao particular.

Para finalizar cabe ressaltar que nem todo funcionamento defeituoso do serviço acarretava responsabilidade do Estado. Era necessária uma apreciação “*in concreto*” da falta, levando-se em conta uma diligência média a exigir-se de tais serviços.<sup>15</sup>

### 2.3.2 Teorias do Risco

Sob o fundamento da responsabilização objetiva, na qual a vítima do dano não teria que comprovar culpa ou dolo do funcionário, do serviço, ou da Administração, apenas demonstrando o nexó de causalidade entre o dano sofrido e a atividade estatal, desenvolve-se a teoria do risco.

Enquanto a teoria da culpa estrutura seus fundamentos no ato humano, seja pela ação ou omissão, a teoria do risco tem por foco principal o dano.

Não se cogita culpa, falta ou falha, o que importa é simplesmente o fato, a existência de um serviço prestado pelo Estado, que gere riscos e que possa causar prejuízos aos indivíduos.

Os pilares dessa teoria repousam no risco que certas atividades estatais geram para os particulares, quando da persecução de finalidades públicas e na justa distribuição dos ônus e encargos perante toda a coletividade – princípio da igualdade de todos perante a lei – característica do Estado Democrático de Direito.

Aspecto interessante da teoria do risco é o fato de que toda a sociedade, *inclusive a própria vítima*, contribui para a reparação dos danos causados pelo Estado. Os valores pagos a título de indenização provêm dos cofres públicos, da arrecadação de tributos, dos impostos e taxas pagos por todos os indivíduos. É a forma mais

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 864.



democrática e direta de distribuição dos encargos a que está sujeita a Administração Pública.

Essa teoria ampliou consideravelmente a proteção dos administrados, pois a simples comprovação da relação de causa e efeito entre o dano e a participação do agente público gera a obrigação ao Estado de indenizar.

A teoria do risco, segundo boa parte da doutrina, subdivide-se basicamente em duas espécies: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.<sup>16</sup>

### 2.3.2.1 Teoria do risco integral

Por esta teoria a vítima deve ser indenizada pela simples comprovação da relação de causalidade entre o evento causador do dano e a mera participação de um agente público. Não é permitido ao Estado argüir qualquer causa para excluir sua responsabilidade.

A principal diferença entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral é o desprezo desta a fatores circunstanciais como a força maior, o caso fortuito e o comportamento da vítima, circunstâncias estas que podem ter sido cruciais para a ocorrência do dano.

A teoria do risco integral constitui radicalismo exacerbado, propensa a produzir abusos e desintegração social, pois parece ser inconcebível que o Estado possa ser responsabilizado por todo e qualquer dano suportado por terceiros.

---

<sup>16</sup> Romeu Felipe BACELLAR FILHO explica: "...a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver o que hoje denomina-se, genericamente, teoria do risco, que acolhe duas espécies: a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas aceita certas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito)." (*Revista Interesse Público*, p. 35)

Se colocada em prática tal teoria o Poder Público estaria fadado ao colapso. Haveria uma enxurrada de ações indenizatórias fundadas em fatos que envolvessem a Administração Pública, todavia, sem que guardassem nenhuma relação causal com o evento danoso.

O erário público e, indiretamente, toda a sociedade, acabariam arcando com um ônus que não lhes cabe.

#### 2.3.2.2 Teoria do risco administrativo

Segundo a teoria do risco administrativo cabe a vítima comprovar apenas o nexo de causalidade entre o dano e o evento que o causou, uma ação ou omissão do Estado, independente de qualquer comprovação de culpa do agente público ou de falha da máquina administrativa. Entretanto há possibilidades de o Poder Público eximir-se de responsabilidades em determinadas circunstâncias.

Esta teoria está alicerçada na justa distribuição de ônus e encargos sociais perante toda a coletividade e considera relevante, ainda, os riscos produzidos pela atividade estatal na persecução de seus fins.

As Atividades públicas, muitas vezes de caráter essencial, podem criar situações inevitáveis de risco para os administrados<sup>17</sup>. Por exemplo, como poderia o Estado exercer seu poder de polícia sem correr, ou criar, riscos?

Da mesma forma como se torna inevitável correr determinado risco, também se torna forçoso não se responsabilizar pelos danos que eventualmente venha a causar.

---

<sup>17</sup> Odília Ferreira da Luz OLIVEIRA relata: “Segundo a teoria do risco administrativo, o Estado deve responder pelos danos causados por atividades que, embora lícitas, criam risco particular, especial, anormal para os administrados. É o que acontece quando agentes públicos utilizam coisas perigosas, como explosivos ou armas, ou quando empregam técnicas perigosas, como a implosão de imóvel que ameaça ruir, assim causando danos às propriedades vizinhas.” (*Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 294)

Hely Lopes MEIRELLES relata:

Tal teoria, como o nome está a indicar, 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.<sup>18</sup>

O ponto diferencial entre esta teoria e a do risco integral é a possibilidade de o Poder Público poder comprovar a incidência de causas excludentes de sua responsabilidade. Por isso é também denominada teoria do risco moderado.

Oportuna a lição de José CRETELLA JÚNIOR:

O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas, e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.<sup>19</sup>

Quanto às causas que podem excluir a responsabilidade do Estado, seguindo as orientações de Diogenes GASPARINI, elas podem estar inseridas em duas hipóteses: “A primeira diz respeito a acontecimento, imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado ... (caso fortuito e força maior). A segunda diz respeito aos casos em que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso.”<sup>20</sup>

Alguns autores apresentam outras situações em que poderia haver a exclusão da responsabilidade do Estado, como a ação de terceiros, o estado de necessidade e o exercício regular de direito, porém na doutrina esse assunto ainda não está bem sedimentado.

---

<sup>18</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 626.

<sup>19</sup> CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, op. cit., p. 44.

<sup>20</sup> GASPARINI, op. cit., p. 841.

A existência das mencionadas causas excludentes é ônus que compete exclusivamente ao Poder Público provar.

## 2.4 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

É possível aferir uma constante evolução no instituto da responsabilidade civil do Estado, no direito positivo brasileiro, a partir de uma análise dos preceitos normativos constitucionais que tangenciaram nossa história.

De uma fase de irresponsabilidade, ou responsabilidade restrita na opinião de alguns doutrinadores, até a aplicação das teorias mais modernas, de responsabilidade objetiva, é possível observar uma conquista gradual de proteção aos interesses dos cidadãos, frente à responsabilização da Administração Pública.

### 2.4.1 Período Colonial

No período colonial vigoravam as leis portuguesas no território brasileiro, as quais postulavam a teoria da irresponsabilidade do Estado. Dessa forma os colonos não conheciam qualquer direito à indenização por danos causados pelos agentes da Coroa Portuguesa.<sup>21</sup>

### 2.4.2 Período do Império

Já no período imperial, com a primeira Constituição do Brasil, que teve vigência a partir de 1824, foi estabelecida a estrita responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos.

Vejamos o texto constitucional de 1824, artigo 179, XXIX: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no

---

<sup>21</sup> GASPARINI, op. cit., p. 851.

exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subordinados.”

Para alguns doutrinadores o referido texto constitucional significou a aplicação da irresponsabilidade do Estado por admitir a estrita responsabilidade dos empregados públicos. Para outros a teoria da irresponsabilidade nunca fora acolhida no direito brasileiro.<sup>22</sup>

### 2.4.3 Período da República

A Constituição de 1891 tratou da responsabilidade do Estado no artigo 82, com uma pequena mudança na sua redação em relação ao texto constitucional anterior, entretanto manteve o mesmo sentido. Vejamos seu teor: Art. 82: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.”

O Código Civil de 1916, em seu artigo 15, atendendo as orientações da época, de caráter puramente subjetivista, responsabilizava as pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causassem danos a terceiros.

A responsabilidade do Estado somente existiria se o comportamento do agente fosse “contrário ao direito” ou “a dever prescrito em lei”. O texto induzia à idéia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário.

Assim tratava do assunto o Código Civil: Art. 15: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa

---

<sup>22</sup> Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO: “A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro; mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação. As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previasse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções.” (op. cit., p. 528)

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.”

A Constituição de 1934, em seu artigo 171, estabeleceu a responsabilidade solidária entre o Estado e seus agentes, os quais, por determinação constitucional, eram considerados litisconsortes necessários.

Art. 171: Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Parágrafo primeiro. Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

Parágrafo segundo. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

A Constituição de 1937 repetiu, em seu artigo 158, o texto do caput da constituição anterior, excluindo os parágrafos.

Com a Constituição de 1946, em seu artigo 194, houve uma mudança significativa a respeito da responsabilidade do Estado.

Vejamos seu teor: Art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

A partir desta Constituição foi definitivamente consagrada a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a particulares no exercício da função pública, prevendo ainda a ação regressiva quando houvesse culpa do funcionário público. A grande inovação do texto constitucional foi não fazer qualquer referência ao comportamento culposo do agente público.

A Constituição de 1946 trouxe grande avanço à matéria relativa a responsabilidade civil do Estado. A partir dela, a comunidade jurídica teve a oportunidade de conviver, pela primeira vez na história, com a responsabilidade civil

direta do Estado encarada em termos objetivos.<sup>23</sup>

A Constituição de 1967, em seu artigo 105, manteve a mesma tendência, responsabilizando objetivamente as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causassem a terceiros. Houve um pequeno avanço ao dispor em seu parágrafo único que a ação regressiva seria cabível tanto no caso de culpa como no de dolo do funcionário.

Eis o texto da Constituição de 1967: Art. 105: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, alterou sensivelmente o texto da constituição anterior, entretanto o sentido da norma foi mantido. Assim ficou o texto com a alteração: Art. 107: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, *causarem* a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” (Grifamos)

A atual Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, alterou sensivelmente o trato do tema da responsabilidade civil do Estado ao estender a responsabilidade da Administração Pública às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

O texto constitucional atual dispõe em seu artigo 37, parágrafo 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A novidade inserida no texto constitucional vigente ampliou a faixa de incidência da responsabilidade civil estatal pelos danos causados a terceiros e, de certa

---

<sup>23</sup> BACELLAR FILHO, *Revista Interesse Público*, p. 21.

forma, eliminou as controvérsias sobre o cabimento da responsabilidade objetiva às entidades de direito privado que prestam serviços públicos, mesmo que não façam parte da estrutura orgânica do Estado.

Seguindo a mesma tendência da Constituição de 1988, o atual Código Civil, de 2002, apresenta a seguinte redação em seu artigo 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de 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.”

O texto do código civil, apesar de estar em sintonia com o texto constitucional vigente, apresenta a deficiência de não fazer referência à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

A atual Constituição, no que tange à responsabilidade civil, elegeu como princípio básico, o da responsabilidade objetiva do Estado e quanto à responsabilidade de seus agentes, ficou clara a incidência da responsabilidade subjetiva. Entretanto, cabe ressaltar, que tanto doutrina como jurisprudência, em determinados casos de omissão do Estado, defendem a aplicação de teorias subjetivas.

O artigo 37 da Constituição trata de modo genérico a responsabilidade do Estado, mas não é o único a abordar o assunto. Carmen Lúcia Antunes ROCHA aponta também os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, inciso LXXV, que trata da responsabilidade do Estado no caso de erro judiciário e pela prisão além do tempo fixado na sentença; e art. 21, inciso XXIII, alínea “c”, que aborda a responsabilidade civil estatal em decorrência de danos nucleares.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, jul./set. 1991. Brasília. 1991. p. 116-118.



Vejamos o texto constitucional:

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

.....L  
XXV: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Art. 21: Compete à União:

.....  
XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

.....  
c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Por opção do legislador a responsabilidade do Estado por erro judiciário recebeu tratamento específico ao ser inserido entre os direitos fundamentais do indivíduo.

Quanto à responsabilidade decorrente de danos nucleares, na opinião de Carmen Lúcia Antunes ROCHA<sup>25</sup>, a hipótese é de responsabilidade por risco integral, pois a obrigação de indenizar é devida tão-somente pela circunstância de sobrevir dano nuclear, independente de quaisquer circunstâncias. A União é responsável sempre, pois a Constituição estabeleceu a exclusiva competência da União para a realização de atividades atinentes a energia nuclear. Diogenes GASPARINI tem entendimento em sentido contrário.<sup>26</sup>

Diante do histórico supra exposto resta evidente um contínuo avanço da responsabilidade civil do Estado no direito positivo brasileiro. A constante ampliação da proteção do cidadão visa acompanhar a tendência de aumento da interferência do Poder Público na vida de seus administrados.

---

<sup>25</sup> ROCHA, op. cit., p. 118.

<sup>26</sup> GASPARINI, op. cit., p. 855.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA ATUALIDADE

A atividade do Estado está, teoricamente, sempre voltada para a consecução de finalidades públicas, dirigidas ao bem-estar de toda a sociedade. Desse labor estatal podem surgir, como conseqüências indesejáveis e, às vezes, inevitáveis, danos a alguns membros da coletividade, tendo em vista que as atribuições estatais, por suas características singulares, estão propensas à produção de danos em maior volume e intensidade do que no relacionamento entre os particulares. É cada vez mais expressiva a ingerência do Estado no cotidiano dos cidadãos e, com isso, cada vez maior o volume de danos causados ao patrimônio alheio.

É neste contexto que se insere a responsabilidade civil do Estado na atualidade. Diante da ocorrência do evento lesivo ao patrimônio de seus administrados, não pode o Estado deixar de dar uma resposta equânime e em consonância com os preceitos normativos vigentes.

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “A responsabilidade do Estado consiste na obrigação de reparar os danos causados a bens juridicamente tutelados, decorrente de ações ou omissões, lícitas ou ilícitas, de seus agentes, nessa qualidade.”<sup>27</sup>

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas, ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.<sup>28</sup>

A responsabilidade civil do Estado, atualmente, encontra-se disciplinada na Constituição Federal, artigo 37, parágrafo 6º, de forma genérica, e também nos artigos 5º, inciso LXXV, e artigo 21, inciso XXIII, alínea “c”. No Código Civil de 2002 é tratada no artigo 43.

A corrente majoritária da doutrina, ao analisar o atual preceito normativo

---

<sup>27</sup> BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo*, p. 189.

<sup>28</sup> DI PIETRÒ, *op. cit.*, p. 523.

constitucional, afirma que se trata de responsabilidade objetiva, embasada na teoria do risco administrativo, quando da relação entre o Estado e a vítima. Já no que tange a relação entre o Estado e o agente causador do dano, a responsabilidade é subjetiva.

Neste contexto, importante ressaltar a obrigação legal de o Poder Público indenizar os prejuízos que causar, através de seus agentes atuando nessa qualidade, aos bens e interesses juridicamente protegidos dos particulares, independente de questionamentos acerca da culpa ou dolo. À vítima cabe apenas comprovar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão da Administração Pública e o dano auferido.

Alguns autores, entre eles Celso Antonio Bandeira de MELLO, defendem posicionamento doutrinário de que a responsabilidade do Estado é objetiva quando se trata de ato comissivo, porém, em se tratando de ato omissivo, a responsabilidade é subjetiva, justificando que não há como se estabelecer um nexo de causalidade entre o ato omissivo do Estado e o dano ocorrido, a menos que fique comprovado que havia um dever legal de impedir o evento lesivo. Vejamos seus argumentos:

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

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico.<sup>29</sup>

Tal situação obrigaria a vítima a provar que havia um dever legal de o Poder

---

<sup>29</sup> MELLO, op. cit., p. 872.

Público agir para impedir o evento nocivo. Caso não houvesse dever de impedir o dano não seria possível imputar responsabilidades ao Estado.

Por este prisma haveria responsabilidade estatal por omissão quando, devendo agir, por imposição legal, permanecesse inerte; ou quando tivesse atuado, mas de maneira deficiente, incorrendo em imprudência, negligência ou imperícia.

O grande problema está no estabelecimento do nexos de causa e efeito entre a omissão do Estado e o advento do dano. Em última análise, o Estado não é o causador do dano. A sua omissão é apenas uma das condições para a ocorrência do dano.

Vejamos o interessante exemplo citado por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

...mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocarem enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público. A omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do Poder Público.<sup>30</sup>

O Prof. Romeu Felipe BACELLAR FILHO defende o posicionamento de ser possível inserir a falta de serviço na teoria objetiva. Afinal, em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial. Segundo ele a *faute du service* determinava o ressarcimento ao particular sempre que este se visse lesado por dano resultante da atuação estatal, sem dedicar preocupação em detectar o agente que o causou.”<sup>31</sup>

O posicionamento jurisprudencial sobre a aplicação da teoria objetiva ou subjetiva na responsabilidade civil do Estado não faz opção por apenas uma das

---

<sup>30</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 531.

<sup>31</sup> BACELLAR FILHO, *Revista Interesse Público*, p. 32-33.

teorias, como pode ser observado em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, parágrafo 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexó causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. *Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo*, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 6. Recurso Especial provido. (STJ, Segunda Turma, RE nº 602102/RS, Ministra Relatora ELIANA CALMON, julgado em 06.04.2004). (grifamos)

Diante do impasse estabelecido, oportunos os ensinamentos de Diogenes

GASPARINI:

...se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, *a teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado* ou *teoria do risco administrativo*. Ao contrário, em todos os Estados acontecem ou estão presente as teorias da *culpa administrativa* e do *risco administrativo*, desprezadas as da *irresponsabilidade* e do *risco integral*. Aquela (culpa administrativa) se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido em comportamentos impostos por lei. Esta (risco administrativo), nos demais casos. (grifos do autor)

Pelo exposto constata-se que a responsabilidade civil do Estado na atualidade, pode ser objetiva, por atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos, praticados por agentes públicos que atuem nessa qualidade. Dessa forma estaria a responsabilidade estatal baseada na teoria do risco administrativo, conforme art. 37, parágrafo 6º da atual Constituição da República. Em determinados casos, por atuação omissiva específica, haveria responsabilidade do Estado com base na teoria da culpa administrativa (*faute du service*) ou também denominada teoria do acidente administrativo, tendo em vista a ineficiência dos serviços prestados pela Administração Pública.

Passo importante foi dado com a introdução da responsabilidade objetiva nos

preceitos normativos constitucionais, no sentido de garantir e facilitar a proteção dos direitos dos indivíduos, ao exigir-lhes apenas a comprovação do dano e a aferição do nexo de causalidade. Porém ainda existem situações (e por isso há divergência doutrinária) que não são devidamente tratadas e explicadas pelo prisma da responsabilidade objetiva do Estado. Resquícios de responsabilidade subjetiva, que exigem maior esforço para reparação dos danos, ainda permeiam nosso sistema jurídico.

Hoje, independente de qual teoria será aplicada, objetiva ou subjetiva, do risco ou do acidente administrativo, o importante é ressaltar que existem mecanismos para atribuir responsabilidades ao Estado, porém por meios diversos.

### 3.1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE

A doutrina aponta diversos fundamentos para a responsabilização do Estado pelos danos que venha a causar em decorrência de sua atuação.

Aponta-se primeiramente, como um desses fundamentos, a própria noção de Estado Democrático de Direito, nos termos da atual Constituição, aliado aos princípios vetores da Democracia e da República.

Odete MEDAUAR ensina que a concepção de Estado de direito, na atualidade, tem como elementos básicos: sujeição do Poder Público à lei e ao direito; declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e paz social <sup>32</sup>

Sendo o Estado o principal garantidor dos direitos dos indivíduos, é intrínseco à sua estrutura e organização o dever de observar e subordinar-se ao ordenamento jurídico.

---

<sup>32</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª edição, ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 29.

A responsabilidade extracontratual do Estado também pode ser considerada uma consequência de seu próprio regime jurídico administrativo, formado por prerrogativas e sujeições.

Prerrogativas da Administração traduzem-se nos poderes especiais que possibilitam a sua atuação. Tem como base de sustentação a supremacia do interesse público sobre o privado.

Sujeições do Poder Público são restrições postas à sua atuação. As atividades estatais devem estar sempre pautadas em vetores constitucionais, que limitam e condicionam sua realização, tais como os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e outros.

Exceder aos limites das prerrogativas ou a não observância das sujeições, implica abuso de poder, ilegalidade do ato e responsabilização dos agentes públicos.

Entretanto, segundo a doutrina majoritária, preponderam duas razões elementares que respaldam a responsabilização do Estado, quais sejam: o respeito ao princípio da legalidade e o respeito ao princípio da igualdade dos indivíduos perante os ônus e encargos sociais.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Celso Ribeiro BASTOS aponta os dois principais fundamentos para a responsabilização do Estado: “A primeira justificativa, e a mais óbvia, é a de que o Estado indeniza porque praticou um ato ilícito. Com efeito, sob o Estado de Direito, não é permissível a ninguém infringir a norma legal sem incorrer na consequente sanção. Do ponto de vista patrimonial, essa sanção consiste na indenização do dano. A ilegalidade do ato é elemento imprescindível para fundamentar os casos de responsabilidade do Estado por ato omissivo. A Segunda razão de ser da responsabilidade do Poder público é a prática de um ato injusto, é dizer, embora fruto de um comportamento legal, a atuação do Estado acaba por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, bem individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda a sociedade. Não é porque o ato é lícito que ele deixa de ser passível de indenização. Esta será devida toda vez que ocorrer um dano patrimonial suportado por alguns em proveito do bem comum. Essa justificativa do ato injusto é importante para explicar os casos de responsabilidade objetiva do Estado, pela qual este responde mesmo tendo agido com a cautela, a prudência e a perícia requeridas pela lei.” (op. cit., p. 188)

### 3.1.1 Princípio da Legalidade

A aplicação do princípio da legalidade como o fundamento para a responsabilização civil do Estado é de fácil percepção. A ninguém é dada permissão, nem ao Estado, para violar a norma legal ou o direito de outrem sem que haja uma respectiva sanção. A sanção consiste exatamente na obrigação de reparar os danos causados, o que normalmente ocorre mediante uma indenização. Dessa forma, em havendo atuação ilícita do agente público, haverá responsabilização da Administração Pública com fundamento no princípio da legalidade.

Entretanto parte da doutrina acena para a importância na distinção de atos ilícitos comissivos e atos ilícitos omissivos.

Nos atos ilícitos comissivos do Estado basta demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a atuação lesiva, pois o Poder Público responde objetivamente.

Já nos atos ilícitos omissivos, provar a ilegalidade do ato se torna tarefa de extrema importância, tendo em vista a dificuldade de estabelecer o nexo de causalidade entre uma atuação omissiva e o dano.

É necessário que a vítima prove, primeiramente, que havia um dever legal de agir do estado. Em segundo lugar cabe à vítima provar, ainda, que o Estado não agiu, não obedeceu ao preceito normativo, ou, se agiu, foi com ineficiência.

Segundo Lucia Valle FIGUEIREDO, ainda que o texto constitucional consagre a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2003. p. 264.



Essa mesma posição também é defendida por Celso Antonio Bandeira de MELLO<sup>35</sup>, conforme demonstrado anteriormente (vide p. 22).

### 3.1.2 Princípio da Justa Distribuição de Ônus e Encargos Sociais

Este princípio é utilizado para fundamentar, principalmente, a reparação dos danos causados em decorrência de atuação lícita dos entes estatais.

Supondo que a atuação estatal sempre tenha como finalidade a obtenção de benefícios para a sociedade, que se repartem indistinta e eqüitativamente entre todos os indivíduos, há que se supor que todos os indivíduos contribuam de forma semelhante, ou proporcional, na absorção dos encargos derivados desse desempenho. Partindo desse raciocínio, é evidentemente injusto que apenas alguns membros da sociedade arquem com um ônus superior àquele que normalmente é repartido entre todos os demais cidadãos.

A título de exemplo, suponha-se a construção de viaduto em área onde existam estabelecimentos comerciais. Com o advento da obra pública o acesso a determinados estabelecimentos ficou prejudicado por alguns meses, causando prejuízos à apenas alguns membros da coletividade. Os benefícios decorrentes da obra realizada beneficiaram indistintas pessoas. Entretanto os encargos de tal obra ficaram restritos a alguns elementos. Como a obra é de interesse público, toda a comunidade deve responder pelos danos que vier a causar. A forma mais equânime de reparação dos danos causados é a indenização através dos cofres públicos, pois todos os administrados, inclusive o próprio lesado, contribuem através do pagamento de impostos.

---

<sup>35</sup> Celso Antônio Bandeira de MELLO`argumenta ainda: “Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido.” (Op. cit., p. 864)

Neste sentido tem entendido a jurisprudência:

Apelação Cível. Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico. O fundamento da responsabilização objetiva do Estado está ancorado no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Não há motivo para se excluir a responsabilidade do Estado em se tratando de acidente de trânsito. A razão está em que, a toda evidência, o veículo oficial que trafega pelas ruas, o faz em benefício de toda coletividade, ainda que não esteja realizando uma atividade-fim. Comprovado o dano e o nexo de causalidade entre este e a ação do Estado, a responsabilidade do Estado resta configurada. Recurso a que se dá provimento. (TRF, 2ª Região, 2ª Turma, AC nº 250206, Relator Juiz Sérgio Feltrin Correa, julgada em 05.11.2003)

### 3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

Para que haja responsabilidade civil do Estado é necessária a presença de alguns elementos.

- a) um dano, material ou moral, sofrido por alguém;
- b) uma ação ou omissão, lícita ou ilícita imputável ao Estado;
- c) um nexo de causa e efeito entre o dano e a atuação do Estado (ação ou omissão de seus agentes, atuando nessa qualidade); e
- d) ausência de causa excludente.

O ordenamento jurídico atual impõe ao administrado lesionado apenas o ônus de comprovar o nexo de causalidade entre uma atuação do Estado e o dano para que o Poder Público responda objetivamente. É o que ocorre na maioria dos casos.

Porém, em alguns casos específicos de omissão do Estado, faz-se necessário demonstrar, além do nexo de causalidade entre a omissão e o dano, o dever de evitar a ocorrência do dano e a ineficiência do serviço público prestado.

Mesmo depois de imputada a responsabilidade ao Poder Público, resta ao Estado, ainda, a possibilidade de argüir causas que excluam sua responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior ou a culpa da vítima.

A seguir serão abordados os principais elementos que compõem a responsabilidade do Estado.

### 3.2.1 O Dano

Dano é o resultado de uma ação danosa, que causa prejuízo patrimonial ou moral a alguém, em decorrência de fato ou ato estranho a sua vontade.

O dano material consiste na redução da esfera patrimonial de um sujeito, propiciando a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam ou poderiam vir a integrar sua titularidade. O dano moral é a lesão imaterial e psicológica, restritiva dos processos psicológicos de respeito, de dignidade e de autonomia.<sup>36</sup>

A indenização dos danos materiais significa o dever de pagar o valor correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, ou seja, aquilo que perdeu e o que deixou de ganhar. A indenização por danos morais compreende certa importância destinada a atenuar o sofrimento moral a que a vítima foi submetida, além de ter certo caráter de punição para o infrator.

Para Celso Ribeiro BASTOS o dano moral, assim como algumas espécies de dano material, não precisam ser recompostos necessariamente mediante uma indenização em dinheiro. O importante é que seja recomposta a ordem sociojurídica lesionada, o que pode ser obtido mediante outras providências, tais como publicações de artigos ou prestações de serviços.<sup>37</sup>

Como o ordenamento jurídico não acolheu a teoria da responsabilidade objetiva integral, não é qualquer dano que deva ser reparado. Para que haja responsabilidade civil do Estado o dano deve apresentar certas características. A doutrina majoritária aponta que o dano deve ser:

- a) *certo*, efetivo, não apenas eventual, possível;
- b) *especial*, no caso de atos lícitos, ou seja, particular a uma ou algumas vítimas, que não seja um prejuízo distribuído entre toda a sociedade;

---

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 792-795.

<sup>37</sup> BASTOS, op. cit., p. 193.

c) *anormal*, que exceda aos incômodos e inconvenientes comuns, a que todos estão submetidos;

d) *relativo a uma situação juridicamente protegida*, ou seja, ofensivo a direito ou interesse legitimamente protegido, pois se o dano não for tutelado pelo direito não será ressarcível.

Diogenes GASPARINI acrescenta que esse dano deve ser, também, *de valor economicamente apreciável*, pois não há sentido em reparar danos de valores irrisórios.<sup>38</sup>

Até a Constituição de 1988, o ressarcimento do dano moral era quase inexistente. O artigo 5º, X, da atual Constituição dispõe: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

O preceito não restringe o dever de reparar tão-somente às pessoas privadas. Não discrimina entre umas e outras do que se infere que o Estado está também jungido a reparar o dano moral, desde que violador da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.<sup>39</sup>

### 3.2.2 O Nexo de Causalidade

A responsabilidade do Estado, de acordo com a teoria objetiva, que é a mais aplicada na atualidade, exige que a vítima apenas comprove o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o ato comissivo ou omissivo praticado pelo Estado, através de seus agentes no exercício de suas funções. A indenização dependerá diretamente de prova de que o dano sofrido está relacionado a uma atuação estatal.

---

<sup>38</sup> GASPARINI, op. cit., p. 845.

<sup>39</sup> Celso Ribeiro BASTOS explica: “Em diversos momentos e sob as mais variadas formas, o Estado tem o direito e até o dever de levantar suspeitas e mesmo de enquadrar o cidadão em inquéritos e processos pela prática de atos que em si são desonrosos e causadores de agravos à imagem das pessoas. Toda vez que essas inculpações se derem sem fundamentos fáticos e jurídicos que as tenham ensejado, o Estado terá de responder pelo mero dano moral decorrente da violação desses bens jurídicos tutelados.” (op. cit., p. 192)

A palavra nexa quer dizer que há uma ligação, um vínculo, um liame. Nexa de causalidade representa uma relação de causa e efeito, derivando o segundo elemento diretamente do primeiro.

A jurisprudência brasileira é rica em exemplos de não responsabilização do Estado devido à falta de nexa causal.

Apelação Cível. Responsabilidade civil. Alegada omissão da polícia rodoviária, em identificar o condutor do carro que causou a morte de motociclista. Pretensa responsabilização da União. Manifesta improcedência. É correta a sentença que rejeita o pedido de reparação por morte, movido em face da União Federal, à conta de suposta omissão dos agentes policiais rodoviários em identificarem o veículo que adentrou a contramão, e causou a colisão fatal. *Inexistência de nexa de causalidade entre a alegada omissão, sequer caracterizada, e o evento anterior*, qual o atropelamento e falecimento da vítima. A União não é uma seguradora geral, e nem o é a Administração Pública, e o pedido dos autos equivale a afirmar, simplesmente, que em todo o caso de morte, cuja autoria não seja descoberta, o Poder Público deve reparar o prejuízo. Inaplicável a teoria do risco administrativo, não se tratando de evento produzido por conduta de risco assumida pelo Estado administrador. Inteligência do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição. Recurso desprovido. (TRF, 2ª Região, 6ª Turma, AC nº 312896, Relator Juiz Guilherme Couto, julgada em 03.09.2003). (grifo nosso)

Para que o Estado seja responsável por qualquer dano, há que se comprovar que sua atuação, comissiva ou omissiva, tenha gerado o efeito lesivo, ou contribuído substancialmente para sua ocorrência.

### 3.2.3 O Agente Público

O Estado é um ente abstrato no qual a presença de recursos humanos é indispensável para a realização de suas finalidades públicas. Obras, serviços e outras tarefas que estão a seu cargo, somente podem se tornar materialmente possíveis mediante a atuação de pessoas físicas.

É dessa forma que a União, os Estados Membros, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas e outras entidades ligadas à Administração Pública, realizam diversas atividades no interesse da coletividade.

A pessoa física, ao investir-se no cargo, age em nome do Estado, na qualidade de agente seu. A relação entre a vontade do Estado e a atuação de seus

agentes é uma relação de *imputação direta*, conforme os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de MELLO. “O que o agente queria, em qualidade funcional, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal.”<sup>40</sup> O indivíduo despede-se de suas atribuições individuais e reveste-se de suas qualificações funcionais.

Atualmente a noção de agente público é extremamente abrangente, pois constitui a massa de pessoas físicas que, sob variados vínculos, prestam serviços à Administração Pública ou realizam tarefas cuja responsabilidade é do Estado.

O termo agente público é mais abrangente do que os de servidor público ou funcionário público. Abarca desde o Presidente da República até o mais modesto dos funcionários que compõe os quadros do Estado.<sup>41</sup> Engloba os agentes políticos, temporários, colaboradores, agentes militares, servidores públicos estatutários ou celetistas, enfim, agente público é qualquer indivíduo investido em função pública ou que desempenhe função pública.

O texto constitucional, em seu art. 37, parágrafo 6º, dispõe: “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 (...)” (grifamos).

Celso Ribeiro BASTOS explica:

Em virtude da utilização pela Constituição da palavra agente – que é denotadora de qualquer pessoa que pratica função pública, ainda que irregularmente investida, como é o caso do funcionário de fato, podemos, pois, afirmar que ela não se refere apenas ao ato provindo especificamente do Estado, nas suas diversas expressões, mas de quaisquer pessoas privadas ou públicas que cumpram função pública. Basta que se cumpra uma função pública para que haja a responsabilidade civil do Estado.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> MELLO, op. cit., p.867.

<sup>41</sup> O termo agente público deve ser tomado em sentido amplo, englobando qualquer pessoa que pratica função pública, como bem explica Celso Antônio Bandeira de MELLO: “São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, preposta que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.” (op. cit., p. 867)

<sup>42</sup> BASTOS, op. cit., p. 190.

Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado o texto constitucional abrange inclusive pessoas jurídicas de direito privado que desempenhem atividades tipicamente públicas, mediante delegações ou concessões, embora estejam essas organizações fora da estrutura orgânica do Estado.

Muito oportuna essa inserção no texto constitucional atual, dirimindo quaisquer dúvidas a esse respeito. Evidentemente não faria o menor sentido se o Estado pudesse repassar suas atribuições às entidades privadas, alheias a sua estrutura, de modo a esquivar-se de suas responsabilidades. Porém, em tais circunstâncias, o Estado responderá subsidiariamente às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos em havendo danos a terceiros. Isso quer dizer que somente existirá dever de reparação por parte do ente estatal se o responsável originário, a pessoa jurídica de direito privado, não puder cumprir com a obrigação de reparar o dano.

Apenas as entidades da administração indireta, que executem atividade econômica, de natureza privada, não estarão sujeitas à responsabilidade ora tratada, pois se submetem ao regime do direito privado.

É importante ressaltar que haverá responsabilidade do Estado quando o agente causador do dano atuar na qualidade de agente público. Deve-se averiguar se a qualidade de agente público foi determinante ou não para a ocorrência do dano. Há que se distinguir condutas pessoais do indivíduo, que não guardam qualquer relação com o Poder Público, de condutas que ensejam a responsabilidade estatal.<sup>43</sup>

### 3.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Restando comprovada a existência de um dano e o relacionamento deste a uma participação estatal, haverá a responsabilidade objetiva determinada pelo

---

<sup>43</sup> BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo*, p. 197.

ordenamento jurídico vigente. À vítima cabe apenas demonstrar a relação entre o evento danoso e os prejuízos que sofreu. Isso não quer dizer que o Poder Público deva ser responsabilizado sempre e em qualquer conjuntura.

É óbvio que em determinadas circunstâncias, cuja origem seja estranha à atividade estatal, não haverá como imputar ao Poder Público qualquer encargo.

Essas circunstâncias são denominadas causas excludentes da responsabilidade do Estado. Destacam-se as hipóteses de força maior, caso fortuito e culpa da vítima. Alguns autores apontam ainda o exercício regular de direito, o estado de necessidade, a culpa de terceiros e outras circunstâncias que poderiam também eliminar, ou amenizar, a responsabilidade do Estado. Entretanto não há entendimento pacífico na doutrina sobre a aplicabilidade de tais excludentes.

A jurisprudência tem, via de regra, o seguinte entendimento:

Apelação Cível. Processual civil. Responsabilidade civil do Estado extracontratual. Acidente de veículo. Aplicação do artigo 37, parágrafo 6º da CF/88. Dano e nexos causais comprovados. Sentença confirmada. Configura-se a responsabilidade objetiva do Estado pela comprovação do nexo de causalidade entre o agente causador do evento e o dano. Neste caso, *a responsabilidade do Estado somente será elidida se houver a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior*, hipóteses que não ocorrem no caso em apreço. Apelação e Remessa Necessária improvidas. (TRF, 2ª Região, 5ª Turma, AC nº 74053, Relator Juiz Franca Neto, julgada em 26.05.2004). (grifo nosso)

Essas hipóteses, oriundas de fontes estranhas à atividade administrativa, só excepcionalmente podem ser abrangidas pela responsabilização estatal se de alguma maneira a omissão culposa dos Poderes Públicos facilitou ou tornou possível a ocorrência do dano.

Explica Hely Lopes MEIRELLES:<sup>44</sup>

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos *agentes da Administração* (servidores) dos danos ocasionados por *atos de terceiros* ou por *fenômenos da Natureza*. Observe-se que o art. 37, parágrafo 6º, só atribui responsabilidade objetiva à administração *pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros*. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o *risco administrativo* da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem

---

<sup>44</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 631.



por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. (grifos do autor)

A principal característica das circunstâncias excludentes é a inexistência do vínculo de causa e efeito entre o comportamento do Poder Público e o dano aferido pelo administrado.<sup>45</sup>

### 3.3.1 Força Maior e Caso Fortuito

Caso fortuito e força maior são situações que podem afastar a responsabilidade do Estado, desde que não haja ação ou omissão do Estado e que tenha relação direta com a produção do dano.

A força maior e o caso fortuito podem eliminar a responsabilidade do Estado por não haver nexo de causalidade entre o dano, o evento que o causou e qualquer atuação do Poder Público. A situação de força maior ou de caso fortuito é caracterizada pela imprevisibilidade, irresistibilidade e inevitabilidade, hipóteses em que não está ao alcance do Estado impedir seu acontecimento.

A doutrina diverge quanto aos conceitos de caso fortuito e força maior. Para alguns o evento imprevisível decorrente de atividade humana é caso fortuito e o evento imprevisível decorrente de ação da natureza é força maior. Para outros é exatamente o contrário. Há ainda aqueles que consideram a mesma coisa.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO sintetiza: “Em se tratando de caso fortuito, o traço marcante é a imprevisibilidade. Se o evento pudesse ser previsto, certamente poderia ser evitado. Já em se tratando de força maior, o que transcende é a irresistibilidade. O evento em muitos casos, embora previsível, afigura-se inevitável

---

<sup>45</sup> Para Celso Antonio Bandeira de MELLO o Estado só se exime de responder, nos casos de responsabilidade objetiva, se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. As excludentes por força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima, seriam todos casos de falta de nexo causal. (op. cit., p. 882)

por sua força maior.”<sup>46</sup>

Os exemplos mais comuns de força maior são as tempestades, furacões, nevascas, raios, terremotos, eventos produzidos pela natureza e incontroláveis. Como exemplos de caso fortuito temos as greves e outras aglomerações humanas que causem grave perturbação da ordem.

Como relatado anteriormente, caso fortuito e força maior podem excluir a responsabilidade. Entretanto, se ficar comprovada a participação do Estado para a produção do dano, este haverá de indenizar. Cita-se, por exemplo, a ocorrência de chuvas torrenciais em determinada localidade com a conseqüente inundação de várias casas, gerando prejuízos aos seus moradores. Se ficar comprovado que o Poder Público omitiu-se, ou agiu de forma ineficiente, estará descartada a hipótese de exclusão de sua responsabilidade por motivo de força maior.<sup>47</sup>

### 3.3.2 Culpa da Vítima

A participação da vítima para a produção do efeito lesivo pode afastar total ou parcialmente a responsabilidade do Estado. Esta situação merece destaque dada a sua reiterada ocorrência na produção de danos e prejuízos.

Caso o lesado tenha contribuído para a produção do evento lesivo, o Estado responderá em parte, na proporção de sua participação, ou estará isento, caso a culpa seja exclusiva da vítima.

Pode acontecer de o lesado e o Estado concorrerem para o surgimento do episódio lesivo. Neste caso não há que se cogitar a responsabilidade exclusiva de um ou de outro, devendo o prejuízo ser repartido na proporção de suas participações.

Importante ressaltar, mais uma vez, que à vítima cabe apenas comprovar o

---

<sup>46</sup> BACELLAR FILHO, *Revista Interesse Público*, p. 39-40.

<sup>47</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 531.

nexo entre o dano e participação do Estado.

Cabe ao Estado provar que o comportamento da vítima foi concorrente ou exclusivo para a produção do dano.<sup>48</sup>

Na atualidade, o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, entretanto o próprio ordenamento jurídico, que impõe tal responsabilidade, também confere à Administração Pública a possibilidade de defender-se de eventuais abusos, onde fique comprovada a participação crucial da vítima. O Estado não é um segurador universal, propenso a indenizar quaisquer danos sofridos por seus administrados.

A culpa exclusiva da vítima elimina a responsabilidade do Estado porque não seria justo, ou razoável, que a vítima pudesse beneficiar-se com o próprio dano a que deu causa. Também contribui para esse entendimento o fato de não haver qualquer nexo causal, pressuposto indispensável para a responsabilização do Poder Público, entre o comportamento do Estado e o evento danoso.

---

<sup>48</sup> Celso Ribeiro BASTOS explica: "É bom frisar, no entanto, que mesmo na teoria do risco é possível aos responsabilizados por ela fazerem prova da culpa ou dolo da vítima. Nestas hipóteses desaparece a responsabilidade administrativa, quer totalmente, no caso de a culpa ter sido exclusiva da vítima, quer concorrentemente, no caso de a culpa desta ter sido meramente parcial." (op. cit., p. 195)

#### 4 A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO E A AÇÃO REGRESSIVA

O agente público pode sujeitar-se as responsabilidades civil, penal e administrativa, conforme a espécie de atos ilícitos que praticar. O entendimento majoritário da doutrina é de que os processos para apuração da responsabilidade criminal, administrativo disciplinar e civil tramitam de forma independente. Entretanto a apuração dos fatos ocorridos em uma dessas esferas pode gerar conseqüências em outra.<sup>49</sup>

Para fins do presente estudo, será feito o exame tão-somente da responsabilidade civil do agente público e o modo como deverá ser procedida a reparação dos prejuízos causados.

A responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização.<sup>50</sup>

Os agentes públicos, no desempenho de seus cargos, empregos ou funções, podem causar danos ao próprio Estado ou a terceiros. No primeiro caso a responsabilidade é apurada no âmbito da própria Administração, por meio de processo administrativo, que não será o objeto de nossa análise. Interessa, agora, analisar os danos que os agentes públicos causam a terceiros e a ação regressiva que o Estado pode realizar contra esses agentes, conforme disposição normativa vigente.

Definida a responsabilidade do Estado, em decorrência de sua atuação ilícita, omissiva ou comissiva, cabe analisar, a partir de agora, a responsabilidade do agente

---

<sup>49</sup> Explica Hely Lopes MEIRELLES, que a condenação criminal implica o reconhecimento automático da culpa civil e da culpa administrativa, pois o ilícito penal é mais que o ilícito administrativo e o ilícito civil. Entretanto a absolvição no crime nem sempre isenta o servidor das responsabilidades civis e administrativas. (op. cit., p. 476)

<sup>50</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 475.

causador do dano, no termos do artigo 37, parágrafo 6º, da atual Constituição: “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.*”(grifamos).<sup>51</sup>

O texto constitucional vigente não deixa dúvidas de que a responsabilidade do agente público causador do dano é subjetiva. Cabe ao Poder Público comprovar que seu preposto atuou lesivamente com culpa ou dolo.

Importante ressaltar que a responsabilização do agente público somente pode ser argüida se o dano for decorrente de um *ato ilícito*, comissivo ou omissivo, tendo em vista não haver o menor sentido imputar responsabilidades ao agente público que atuou em conformidade com o direito.

Como visto anteriormente, o fundamento para a responsabilidade do Estado por atos lícitos advém do princípio da justa distribuição de ônus e encargos sociais. Imputar tais encargos somente ao agente público, que agiu de acordo com os preceitos normativos, obrigando-o a reparar o dano em ação regressiva, seria atitude evidentemente contrária ao princípio apontado. Feito o esclarecimento deixa-se posto que é inaceitável a ação regressiva contra o agente público nos casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos.

Se a vítima deve ser ressarcida pelos danos que injustamente sofreu, também o Estado deve ser indenizado pelo agente que causou os danos, sempre que este agiu de maneira dolosa ou culposa. A sociedade, o Estado, os cofres públicos, não devem arcar com todo e qualquer dano causado a terceiros. É por isso que o ordenamento jurídico prevê, desde o código civil de 1916, a possibilidade de reparação do dano

---

<sup>51</sup> Faz-se referência apenas ao texto constitucional por ser mais abrangente e completo do que o atual texto do Código Civil, artigo 43, que também tratar do assunto: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de 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.”

havido pelo Estado, através de ação regressiva contra o agente que o causou.

A ação regressiva constitui-se um direito do Estado e da sociedade, pois está atrelada às idéias de moralidade e ética no desempenho das atividades públicas, conforme ensinamentos de Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

Em verdade, o princípio do regresso contra o autor do dano, quando este se origine de culpa ou dolo, atenta para o direito da sociedade ao Estado Moral, à ética no exercício das funções públicas. Assim, se de um lado não se pode deixar ao desabrigo os direitos maculados dos particulares por um comportamento imputável ao Estado, também é exato que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos. Por outro lado, pretende-se que a moralidade administrativa, antes diria, a moralidade estatal (porque não se requer a sua observância apenas na gestão da coisa pública, mas em todo o comportamento do Estado, entendendo-se por este o que ocorre no exercício das funções legislativas e judiciais também) impeça que agentes públicos exorbitem das suas atividades legais ou as exerçam de forma incompatível com os ditames da legalidade e da moralidade, adotando condutas que, por culpa ou dolo, agridem ou ameacem direitos dos particulares.<sup>52</sup>

#### 4.1 A REPARAÇÃO DO DANO

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, deverão indenizar as vítimas pelos danos decorrentes de sua atuação. Essa reparação pode ocorrer amigavelmente, via procedimento administrativo, se houver acordo entre as partes, ou via procedimento judicial, através de ação ordinária.

Na opinião de Celso Ribeiro BASTOS, Hely Lopes MEIRELLES e Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a vítima não pode acionar diretamente o agente causador do dano. A reparação deve ser sempre intentada junto à Administração Pública, mais precisamente, junto à pessoa jurídica prestadora do serviço público.

Defendendo posição contrária, Celso Antonio Bandeira de MELLO admite a possibilidade de ajuizamento da ação de reparação contra o agente, somente, ou contra o agente e o Estado, solidariamente.

---

<sup>52</sup> ROCHA, op. cit., p. 118-119.

É possível que o servidor possa ter interesse em intervir na ação, principalmente para assegurar o justo valor da indenização, porém seria mais adequado fazê-lo na qualidade de assistente voluntário, e não na de litisconsorte necessário.<sup>53</sup>

O posicionamento doutrinário que parece ser o mais aceitável, e em sintonia com a Constituição, expõe claramente que somente são acionáveis pela vítima as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, prestadoras de serviços públicos. O agente público não responde diretamente à vítima, somente perante a Administração pública e pelos valores que esta houver efetivamente desembolsado.<sup>54</sup>

A reparação do dano deve se dar da forma mais completa possível, a fim de restabelecer o patrimônio lesionado. Para tanto deve abranger tudo aquilo que a vítima perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar, os juros e correções monetárias. Se ocorrer a morte da vítima, a reparação pode envolver ainda a prestação alimentícia aos seus dependentes, além da cobertura de outros gastos.

Vale lembrar que a reparação do dano não precisa ser necessariamente feita através de uma indenização em dinheiro. Nos casos de dano moral, e em alguns casos de dano material, o importante é reestabelecer o *status quo* anterior ao dano ou refazer a ordem sociojurídica lesionada, meta que pode ser alcançada de outras maneiras, tais como a prestação de um serviço, uma restauração do patrimônio, ou uma publicação de artigo nos veículos de comunicação.

---

<sup>53</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 477.

<sup>54</sup> Interessante a observação de Celso Ribeiro BASTOS: “...nunca chegamos a entender muito bem como possa a vítima preferir acionar uma pessoa física, muito provavelmente não detentora de um patrimônio suficiente para fazer face aos altos montantes normalmente assumidos nesse tipo de responsabilização, a uma pessoa jurídica de direito público ou mesmo a um concessionário. Além do mais, escolhendo estes últimos, a ação torna-se mais fácil, já que independe de demonstração de dolo ou culpa.” (op. cit., p. 195)

#### 4.1.1 Via Procedimento Administrativo

A reparação do dano via procedimento administrativo, ou pedido amigável de indenização, processa-se no âmbito da Administração Pública responsável pelo agente causador do dano.

Ensina Diogenes GASPARINI que a vítima deve fazer o pedido em termos, relatando os fatos e suas conseqüências, comprovando-os sempre que necessário. Deve conter pedido de reparação ou de indenização, demonstrando o que efetivamente perdeu, o que deixou de ganhar e o que despendeu. Esse pedido será analisado pela Administração, mediante órgão específicos tais como: setor de obras, setor financeiro, setor jurídico etc. Verificada a procedência do pedido, será realizado o pagamento ou a reparação na forma específica.<sup>55</sup>

O pagamento da indenização normalmente é feito em dinheiro, mas pode também haver pagamento em bens, conforme acordo firmado entre as partes.

Importante lembrar que o direito à indenização é prescritível, extingue-se em cinco anos.

#### 4.1.2 Via Procedimento Judicial

Neste caso a ação de indenização deve ser proposta pela vítima perante a justiça competente, antes de haver decorrido o prazo prescricional. A ação é de rito ordinário e deve ser ajuizada contra a entidade responsável pelo ressarcimento.

A petição inicial deve preencher os requisitos contidos no artigo 282 do Código de Processo Civil. Na maioria dos casos cabe à vítima apenas a comprovação do dano e o nexo de causalidade para que obtenha êxito.

Em uma minoria de casos deve comprovar que houve omissão do ente público e que havia um dever legal de agir, ou seja, de impedir a ocorrência do dano, ou é necessário comprovar a ineficiência do serviço prestado.

---

<sup>55</sup> GASPARINI, op. cit., p. 847.



Transitada em julgado a sentença será procedido o pagamento nos termos determinados pela decisão.

Há divergência doutrinária sobre a possibilidade de ajuizamento da ação diretamente contra o agente causador do dano ou contra o agente e o Estado, solidariamente. Foi dada preferência à orientação de que a ação deve ser movida pela vítima somente contra a Administração pública. A esta é assegurado o direito de regresso, conforme disposições constitucionais, que deve ser exercido imediatamente após a reparação do dano, desde que comprovada a culpa ou o dolo do agente.

Como na maioria dos casos a responsabilidade do Estado se dará com base na teoria objetiva, seria prejudicial ao autor o envolvimento do agente público no processo, pois haveria necessidade de apurar sua culpa ou dolo, causando mais demora na prestação jurisdicional.

Outro ponto de controvérsias é a possibilidade de a Administração Pública denunciar à lide o agente causador do dano, com base no artigo 70, III, do Código de Processo Civil, com o seguinte texto: “Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória: (...) III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

Apesar da clareza do texto constitucional, no qual se pode constatar a lógica das relações que podem ser estabelecidas, entre a vítima e a Administração e entre a Administração e o agente, há quem defenda a possibilidade de denunciação à lide do funcionário responsável.

Celso Ribeiro BASTOS argumenta:

Não pode, por igual, haver a denunciação da lide, já que isso se traduziria em compelir o agente a participar da própria ação de indenização, que como vimos, por força da Constituição, tem por sujeito passivo as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. No entanto, se o servidor desejar ingressar no feito, na qualidade de assistente, isso é legítimo, pois que ele tem interesse em que a ação seja dada por procedente, o que impede desde logo a futura e hipotética ação de regresso.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> BASTOS op. cit., p. 200.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro enuncia os principais argumentos contra a denúncia da lide:

a) Seriam diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor;

b) A diversidade de fundamentos retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria introduzindo outra lide no bojo da lide entre a vítima e o Estado;

c) O inciso III do artigo 70 do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional.

A jurisprudência tem se manifestado da seguinte forma:

Recurso especial. Processual civil. Indenização. Responsabilidade civil. Denúncia à lide de servidor da recorrente. Desnecessidade, em face dos princípios da economia e celeridade processuais. Ação regressiva garantida. Precedentes. 1. Recurso especial ofertado contra v. acórdão que indeferiu a denúncia da lide em ação de indenização em virtude de seqüelas decorrentes de cirurgia ginecológica realizada na recorrida. 2. A responsabilidade pelos atos dos servidores públicos quando em serviço ativo é imputada ao Poder Público do qual são agentes, dado o princípio da despersonalização dos atos administrativos. Tem-se, pois, por incabível a denúncia à lide, uma vez que, sendo a responsabilidade do recorrente objetiva, independe da aferição de existência de culpa ou não, por parte de seus agentes. 3. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça envereda no sentido de que “embora cabível e até mesmo recomendável a denúncia à lide de servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denúncia, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais”* (REsp nº 197374/MG, Rel. Min. Garcia Vieira), *além de que “em nome da celeridade e da economia processual, admite-se e se recomenda que o servidor público, causador do acidente, integre, desde logo, a relação processual. Entretanto, o indeferimento da denúncia da lide não justifica a anulação do processo”* (REsp nº 165411/ES, Rel. Min. Garcia Vieira) e, por fim, que “os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denúncia da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma.” (REsp nº 11599/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4. Precedentes das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte Superior. 5. Recurso não provido. (STJ, Primeira Turma, RE nº 584701/RJ, Relator Ministro José Delgado, julgado em 02.12.2003). (grifamos)

Contata-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido cabível, e até recomendável, a denúncia da lide, porém não obrigatória. Com isso há possibilidade de aceitação da denúncia, desde que não haja prejuízo à

economia e à celeridade processual.

Com relação à incompatibilidade entre a denunciação da lide e a responsabilidade civil do Estado, vejamos outro julgado:

Apelação Cível. Responsabilidade civil objetiva. Litisdenunciação. Impossibilidade. Abaloamento de veículo particular por veículo do ministério do exército. Relação de causalidade. Indenização. Sentença mantida. *Não é cabível denunciação da lide ao servidor nos casos de indenização com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que não se discute culpa.* O parágrafo 6º do art. 37 da CF/88, ao disciplinar a responsabilidade civil do Estado, prestigiou a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo, onde requer apenas a prova do dano e o nexo causal para ensejar à administração a obrigação de reparar o dano. Recurso, agravo retido e remessa improvidos. Sentença mantida. (TRF, 2ª REGIÃO, 4ª TURMA, AC nº 288030, Relator Juiz Benedito Gonçalves, julgado em 01.09.2004). (grifamos)

Resta evidente que não é recomendável introduzir no processo, cuja responsabilidade é objetiva, uma outra lide fundada em responsabilidade subjetiva, pois haveria flagrante prejuízo à prestação jurisdicional.

A Lei 8112, de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, tem o seguinte texto: “Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. (...) parágrafo 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.” A Lei não deixa qualquer dúvida de que o servidor responde somente perante a Administração Pública, afastando qualquer possibilidade de denunciação à lide ou litisconsórcio.

#### 4.2 A AÇÃO REGRESSIVA

A ação regressiva é medida judicial de rito ordinário prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, que tem por finalidade recompor o patrimônio público através responsabilização do agente público causador do dano, quando este houver agido com culpa ou dolo.

O Estado, de acordo com o atual texto constitucional, tem assegurado o

direito de regresso contra o agente causador do dano, após haver indenizado a vítima através do erário público. Dessa forma, reparado o dano à vítima, deve o Estado buscar recompor seu patrimônio, às custas do patrimônio do seu preposto, o qual efetivamente desempenhou a atividade lesiva.

A ação regressiva constitui mais que um direito da sociedade, é um dever do Estado, e, por isso, seu exercício se torna obrigatório sempre que for possível identificar um ou alguns dos agentes responsáveis pela causação do dano.

O direito de regresso do Estado está condicionado a aferição de alguns pressupostos, dentre eles:

- a) efetiva reparação do dano à vítima;
- b) individualização do agente que causou o dano; e
- c) comprovação de dolo ou culpa do agente público.

Se o Estado nada despendeu para o pagamento de indenização, não há porque acionar o agente em ação regressiva. Por isso alguns autores alegam ser indispensável o trânsito em julgado da sentença que condenou a Administração Pública à reparação, além do efetivo prejuízo aos cofres públicos com o pagamento.

Diogenes GASPARINI explica que o direito de regresso não prescreve e a ação pode ser ajuizada contra o agente causador do dano, ou na sua falta, contra herdeiro seu, pois se trata de obrigação meramente patrimonial.<sup>57</sup>

#### 4.2.1 A Ação Regressiva como Dever do Estado

A interpretação literal do texto constitucional pode levar o interprete a entender que ao Estado faculta a possibilidade de exercer, ou não, a ação regressiva, tal como o entendimento dominante nas constituições anteriores.

Entidades estatais e a própria jurisprudência, até a Constituição de 1988, afirmavam que o texto normativo concedia um “direito ao Estado”, que poderia ser exercido, ou não.

---

<sup>57</sup> GASPARINI, op. cit., p. 850.

Apesar da evidente deficiência de redação do parágrafo 6º, artigo 37, da atual Constituição, não há como deixar de entender que se trata de uma obrigação o ajuizamento da ação regressiva contra o causador do dano imputado ao Estado, desde que presentes os pressupostos da ação regressiva. Os princípios norteadores do atual sistema constitucional não permitem interpretação diversa daquela que define a ação regressiva como um *dever inafastável* do Estado.

Carmen Lúcia Antunes ROCHA faz as seguintes observações:

Não se imaginaria que, num sistema constitucional que adotasse o princípio da moralidade pública, pudesse ficar ao arbítrio do agente público competente a eleição sobre o exercício do regresso, que é um direito da sociedade. (...) Seria inegável desavença entre o sentido da norma em causa e a sua finalidade atribuir-se à palavra “direito”, empregada naquele dispositivo constitucional, o significado menor de faculdade ou prerrogativa, como se o interesse público pudesse ficar à disposição de algum agente público.<sup>58</sup>

Por uma questão de lógica, não se pode aceitar que a ação regressiva, criada para evitar que recaiam sobre o patrimônio público os encargos decorrente de comportamentos ilegais, possa ser usada ao arbítrio dos agentes competentes. É inaceitável a idéia de que possa haver uma escolha sobre em quais casos será exercido o direito de regresso, e em quais casos o Poder Público arcaria com os ônus da indenização.

A Administração não pode isentar de responsabilidade civil seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu dever zelar pela integridade desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor.<sup>59</sup>

Aceitar a interpretação da ação regressiva como um mero direito seria deixar ao livre arbítrio dos agentes competente a dilapidação do patrimônio público. A simples possibilidade de escolher entre, se vai ajuizar a ação regressiva contra algum agente público ou quando se vai debitar à sociedade o ônus, é cometimento tipicamente injusto e arbitrário. Essa interpretação equivocada criaria, também, uma

---

<sup>58</sup> ROCHA, op. cit., p. 120.

<sup>59</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 475.

situação de desigualdade entre os agentes públicos, visto que alguns teriam que arcar com os prejuízos e outros não, conforme fosse a vontade de seus superiores. Seria uma flagrante violação ao princípio da isonomia no tratamento dos agentes públicos.

Explica Celso Ribeiro BASTOS:

...muitas vezes a Administração deixa de promover essa ação regressiva, mas isso é anomalia que não pode fundar ou embasar uma solução jurídica. O certo é que os Poderes Públicos têm o dever de mover essa ação de regresso em havendo indícios de culpa ou dolo. Se assim não procede, é um caso de ilegalidade administrativa a ser combatido pelos meios normais de controle da Administração.<sup>60</sup>

Como o patrimônio público, que assume o ônus pecuniário do ressarcimento havido, não pode refugir aos princípios da legalidade e da moralidade pública, certo é que a ação regressiva não era, nem poderia ser, direito do Estado, mas dever incontornável e de cumprimento obrigatório deste.<sup>61</sup>

Sobre os argumentos de que a ação regressiva estaria sujeita à discricionariedade do ato administrativo vejamos a opinião de Celso Ribeiro BASTOS:

...de nada adianta privilegiarem-se princípios, tais como os da legalidade, da impessoalidade, da isonomia, se não se atentasse também para aquelas hipóteses em que o ato administrativo, a pretexto de valer-se de poderes discricionários da Administração, violenta o particular com os efeitos de um ato onde a relação entre o seu objeto e sua finalidade é despida de qualquer sentido lógico e eivada de obscuridade.<sup>62</sup>

O texto constitucional se refere a um direito de regresso, mas esse ato deve ser entendido como um dever, com base em uma interpretação sistemática da Constituição, caso contrário, se for realizada uma interpretação literal do texto constitucional, haverá violação de vários de seus princípios.

A ação regressiva será obrigatória, segundo Toshio MUKAI<sup>63</sup>, por força do

---

<sup>60</sup> BASTOS, op. cit., p. 195-196.

<sup>61</sup> ROCHA, op. cit., p. 120.

<sup>62</sup> BASTOS, op. cit., p. 39.

<sup>63</sup> MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 539.

princípio da indisponibilidade do interesse público, sempre que existam indícios de culpa ou dolo do agente.

Do princípio da indisponibilidade do interesse público, acrescenta-se, como derivação, o princípio da *indisponibilidade do patrimônio público*, o qual não pode ser dilapidado para atender a interesses pessoais dos agentes públicos.

Assim, comprovado o dano, responsabiliza-se a Administração Pública, que ressarcirá o patrimônio do particular ofendido. Em seguida, nos casos indicados pela lei, refaz-se obrigatoriamente o patrimônio público, através da ação regressiva, oposta ao provocador do gravame.

Por outro lado há que se observar com atenção as limitações impostas ao Poder Público para ajuizar a ação regressiva contra funcionário seu. Deve ficar devidamente comprovada a atuação culposa ou dolosa do agente. Tal restrição constitucional visa evitar o repasse do Estado aos seus agentes, de todos os danos que tiver que reparar.

#### 4.2.2 O Ressarcimento ao Erário Público

O ressarcimento ao erário público pelos danos indenizados pelo Estado, em decorrência de atuação ilícita, dolosa ou culposa de agente público, deve ser realizado após o desfecho da ação regressiva, ou, nos casos de acordo entre o agente e a Administração Pública, com o efetivo pagamento do valor devido.

O pagamento pode ser realizado diretamente ou mediante desconto em folha de pagamento no valor integral da indenização, de uma só vez, ou em parcelas, que podem ser fixas ou variáveis. A Administração não pode proceder a desconto em folha, de forma unilateral e ilegal, sem conhecimento do agente. Deve ser observado também, que em determinados casos existe um limite máximo, um percentual, para desconto nos vencimentos.

---

## 5 CONCLUSÃO

Após a análise das teorias acerca da responsabilidade do Estado verifica-se que elas decorrem de um determinado momento histórico, das conjunturas e ideologias dominantes de cada época. Constatou-se a ocorrência de uma constante evolução no sentido de proteger os direitos dos indivíduos contra as ingerências do Poder Público, visando reparar os danos injustamente causados e buscando fundamentos em teorias cada vez mais abrangentes e em sintonia com os ideais de justiça.

No direito positivo brasileiro também pode ser identificada essa progressão. Os textos constitucionais pátrios, a cada reformulação, deram maior proteção aos indivíduos lesados pelo Poder Público.

Na atualidade a responsabilidade civil do Estado está disposta basicamente no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal e no artigo 43 do Código Civil e prevê, conforme orientação majoritária da doutrina, a responsabilidade objetiva da Administração, com base na teoria do risco administrativo.

Apesar da grande abrangência e aplicabilidade da teoria do risco administrativo e da responsabilidade objetiva, elas não são suficientes para fundamentar todas as situações em que o Estado deve ser responsabilizado.

Segundo a teoria da responsabilidade objetiva, cabe à vítima demonstrar somente a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre a atuação estatal e o dano auferido. Não é necessário demonstrar a culpa ou dolo dos agentes.

Entretanto, em determinados casos, cuja atuação do Estado é omissiva, doutrina e jurisprudência apontam soluções fundamentadas na teoria da responsabilidade subjetiva. Nestes casos a vítima precisa provar que havia um dever de o Estado evitar a ocorrência do evento lesivo. Uma vez comprovada a obrigação do Poder Público, cabe à vítima demonstrar ainda, que o Estado não agiu, ou, se agiu, foi de maneira ineficiente.

São raras as hipóteses de incidência da responsabilidade civil do Estado em termos subjetivos, devendo a vítima comprovar a ocorrência de negligência,



imprudência, imperícia ou ineficiência do serviço público.

A responsabilização do Poder Público em termos subjetivos apenas torna mais árdua a tarefa da vítima em obter a justa reparação dos prejuízos que sofreu. É importante destacar que, apesar de mais tortuosos, estão presentes no ordenamento jurídico os mecanismos para a reparação dos danos injustamente causados. Se a vítima buscar seus direitos não ficará desamparada.

Delimitada a responsabilidade do Estado, faz-se necessário esclarecer que não serão todos ou quaisquer danos reparados pelo Poder Público, pois nosso ordenamento jurídico não acolheu a teoria do risco integral. Dessa forma podem ser plenamente argüidas causas excludentes de responsabilidade, tais como o caso fortuito, a força maior ou a culpa da vítima.

Constatou-se que são dois os principais fundamentos para incidência da responsabilidade estatal na atualidade.

Nos casos de atuação lícita da Administração Pública a responsabilização e a reparação dos danos se dará por obediência ao princípio da justa distribuição de ônus e encargos sociais, pois não seria justo, ou razoável, que apenas uma parcela da sociedade tivesse que absorver os prejuízos decorrentes de atividades que proporcionam benefícios para toda a coletividade.

Quando os danos derivarem de uma atuação ilícita da Administração, a responsabilidade estatal estará fundada na observância do princípio da legalidade, haja vista que a ninguém é dada autorização para violar as normas legais ou os direitos de outrem. O Estado, como guardião do direito, tem o dever de respeitá-lo.

Verificou-se que o texto constitucional atual, ao atribuir responsabilidades também às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, tornou ainda mais efetiva a reparação dos danos injustamente causados aos administrados. Foram eliminadas as dúvidas que pairavam sobre a aplicabilidade da responsabilidade a essas entidades e restou evidenciado que o aspecto mais importante é o exercício de uma atividade tipicamente pública.

Com relação aos agentes públicos causadores do dano, o atual diploma

normativo optou pela responsabilidade subjetiva do agente em relação ao Estado, não cabendo qualquer ação direta da vítima contra o agente público. As relações jurídicas possíveis são: entre a vítima e o Estado; e entre o Estado e o agente público.

Para que os danos sejam definitivamente imputados ao Estado é importante averiguar se o agente causador atuou na qualidade de agente público, ou seja, se o indivíduo atuou investido em função pública ou desempenhando função pública. Devem ser descartadas todas as condutas pessoais do indivíduo que não guardem relação com atividades típicas do Estado.

Sobre o tema específico desta monografia, a ação regressiva do Estado contra o agente causador do dano, demonstrou-se que não se trata de um mero direito, uma facultatividade da Administração.<sup>64</sup>

A ação regressiva é um dever do Estado e do agente público competente. Estando presentes os pressupostos da ação regressiva, ou seja, realizada a reparação do dano pelo Estado à vítima, individualizado o agente causador do dano e demonstrada sua culpa ou dolo no desempenho de suas funções, não restará alternativa ao Poder Público a não ser buscar no patrimônio particular do agente a recomposição dos prejuízos sofridos pelo erário público.

A ação regressiva não pode ser tratada como uma atividade discricionária da Administração Pública, submetida ao bel-prazer dos agentes competentes.<sup>65</sup>

Se a vítima deve ser ressarcida dos danos que injustamente sofreu, também o estado deve ser indenizado pelos prejuízos que suportou ao ter que reparar os danos

---

<sup>64</sup> Carmen Lúcia Antunes ROCHA adverte: “Assim, embora a letra do art. 37, parágrafo 6º, in fine, não tenha favorecido, tecnicamente, o melhor entendimento que há sobre a obrigação de ser ajuizada ação regressiva contra o causador do dano imputável ao Estado, nos casos de dolo ou culpa deste, certo é que a principiologia que domina o sistema constitucional positivado não permite outra interpretação que não aquela que a fixa como dever estatal inafastável.” (op. cit., p. 121)

<sup>65</sup> Explica Hely Lopes MEIRELLES: “A administração não pode isentar de responsabilidade civil seus servidores, porque não possui disponibilidade sobre o patrimônio público. Muito ao contrário, é seu dever zelar pela integridade desse patrimônio, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos a ele causados, qualquer que seja o autor.” (op. cit., p. 475)

causados por ato doloso ou culposo de agente seu.

A sociedade, na figura representativa do Estado, não deve arcar com todos ou quaisquer danos sofridos por terceiros. É por esses motivos que o ordenamento jurídico prevê, explicitamente, a possibilidade de ressarcimento aos cofres públicos, através da ação regressiva, dos prejuízos decorrentes de atuação ilícita de seus agentes.

O dispositivo constitucional que prevê a ação regressiva como um direito do Estado deve ser interpretado em conformidade com todo o sistema normativo, e, em especial, com a observação dos princípios da legalidade, da moralidade, da supremacia do interesse público sobre o privado, e, principalmente, com obediência ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Neste sentido são inestimáveis os ensinamentos do Prof. Romeu Felipe BACELLAR FILHO<sup>66</sup>, para o qual a ação regressiva constitui um verdadeiro *poder-dever do Estado*, ao qual não resta alternativa em caso de ser verificada culpa ou dolo do agente público, e do Prof. Celso Antonio Bandeira de MELLO, que finalizam este trabalho:

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração. (...) A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los”.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> BACELLAR FILHO, *Revista Interesse Público*, p. 25.

<sup>67</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 48. 64.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos. **Revista Interesse Público**. Ano 2, nº 6. São Paulo: Notadez. p. 11-47, abril/junho de 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Administrativo**. Volume VIII, 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2003.

FRIEDE, Roy Reis. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª edição, ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 111, p. 79-122, jul./set. 1991.