
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 36	p. 1-252	abr./jun. 2009
------------------------------------------------	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Direção-geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editor Acadêmico Responsável

Emerson Gabardo

Conselho Diretivo

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luís Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Prof. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Prof. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Prof. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Responsabilidade civil do Estado em face de terceiros não-usuários de serviços públicos: teoria e jurisprudência¹

Humberto Alves de Campos

Bacharel em Administração de Empresas e Direito, e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceub. Atualmente, é integrante da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Resumo: A responsabilização civil do Estado é tema recorrente no Direito Público, especialmente no Direito Administrativo. O objetivo deste artigo é realizar uma breve pesquisa sobre o tema na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com enfoque na responsabilização subjetiva do Estado em face de não-usuários de serviços públicos. Para tanto, será feita uma breve revisão do processo histórico-jurídico do instituto e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Serviços públicos.

Sumário: 1 Introdução - 2 Responsabilidade civil do Estado: uma visão histórico-jurídica - 3 Responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro - 4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a responsabilidade com os terceiros não-usuários - 5 Considerações finais - Referências

1 Introdução

A responsabilização civil do Estado é tema recorrente no Direito Público, especialmente no Direito Administrativo. A matéria é de suma importância para a definição das responsabilidades entre os administrados e a administração pública, derivadas da ação ou omissão desta última. A segurança do administrado e a responsabilidade civil do Estado estão intimamente ligadas, pois aquela só é possível a partir de uma clara definição da amplitude de responsabilização a que este último está submetido.

O Direito brasileiro admite que a responsabilidade civil do Estado é objetiva para os prestadores de serviços públicos que causarem danos a terceiros. Entretanto, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, está assentado o entendimento de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público em face de não-usuários de serviços públicos é subjetiva.

O propósito deste artigo é fazer uma articulação entre o processo histórico-jurídico do instituto e atual fase da jurisprudência do Supremo

¹ Este artigo é a adaptação do trabalho final elaborado pelo autor para a disciplina Direito e Serviços Públicos do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub), ministrada pelo professor Doutor Carlos Bastide Horbach no 1º semestre de 2009.

Tribunal Federal, investigando os fundamentos doutrinários da decisão que assentou tal entendimento, bem assim a tendência da Corte para julgamentos futuros.

Para tanto, o artigo descreve o processo histórico do instituto, contemplando o entendimento da doutrina internacional, especialmente a francesa. Posteriormente, é analisada a responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro, tanto do ponto de vista doutrinário como do ponto de vista do Direito positivo. A seguir, são relatados dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal. No primeiro, investigam-se os fundamentos do voto do relator que concluiu pela responsabilização subjetiva das prestadoras de serviço público em face de terceiros não-usuários de serviços públicos; no outro, são analisados os fundamentos expostos pelo relator, em um julgamento que ainda não foi concluído, que se inclinou pela responsabilização objetiva destas prestadoras de serviços públicos, ainda que para não-usuários de serviços públicos. Por fim, são expostas algumas considerações finais sobre o instituto e a possibilidade de mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2 Responsabilidade civil do Estado: uma visão histórico-jurídica

O entendimento da responsabilidade administrativa depende do esclarecimento do instituto paralelo do direito civil — a responsabilidade privada. A responsabilidade advém de um prejuízo ocasionado a outrem, isto é, do dano. Com ensina Silvio Rodrigues, o princípio geral de direito, subjacente à teoria da responsabilidade, “encontradiça no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar”.² A responsabilidade, quer pública, quer privada, pode ser contratual e extracontratual. A responsabilidade contratual deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes. A responsabilidade extracontratual é derivada da idéia de que quem desempenha uma atividade deve suportar-lhe os riscos e perigos, as vantagens e as desvantagens. Do ponto de vista histórico, a responsabilidade privada é instituto antigo e milenar, tendo suas bases no direito romano; já a responsabilidade pública nasce praticamente com o Direito Administrativo, nos fins do século XIX.³

² RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 13.

³ CRETILLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 22-23.

Na doutrina clássica de Paul Duez, o esquema proposto para a transformação do instituto da responsabilidade civil do Estado se divide em três fases: a) na primeira, a questão inexistia; a irresponsabilidade do Estado era o axioma; b) na segunda, a questão se põe no plano civilístico: a dedução da responsabilidade pecuniária do Estado é derivada das teorias do Código Civil sobre os atos dos prepostos e dos mandatários; c) na terceira, a questão se desenvolve no plano do Direito Público.⁴

A teoria de irresponsabilidade absoluta da Administração é firmada em três postulados: a) na soberania do Estado que proíbe igualdade ao súdito; b) o Estado é soberano do direito e não pode violá-lo, o que seria uma contradição; c) decorre daí que os atos contrários à lei praticados pelos funcionários devem ser imputados a estes e não ao Estado.⁵ Esta teoria, que vigorou em todo *Ancien Régime*, sendo derogada somente na Idade Moderna, no segundo quartel do século XIX, se refletia na assertiva inglesa “*the king can do no wrong*”, de tradução francesa “*Le roi ne peut mal faire*”.⁶ Esta concepção de exclusão da responsabilidade do Estado após o advento dos regimes constitucionais dominou a doutrina jurídica quase todo o século XIX, sendo que a decisão célebre no *Arrêt Blanco*,⁷ de 1873, é o marco de alteração de entendimento que permitiu a responsabilização estatal, consagrando a tese da responsabilidade de Estado, em virtude do mau funcionamento do serviço público, equacionado-a em termos derogatórios do Código Civil francês.⁸

⁴ DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. Apud CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 20.

⁵ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 21.

⁶ BAZHUNI. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. 2. ed., p. 26.

⁷ O Caso Blanco (1873) assinala momento culminante no direito administrativo francês. Em fins do século XIX, a menina Agnès Blanco, ao cruzar os trilhos que cortavam a cidade francesa de Bordeaux foi colhida por um vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. No dia 8 de fevereiro de 1873, a decisão dada neste caso pelo Tribunal de Conflitos retoma e confirma, em definitivo, os termos da decisão proferida dezoito anos antes, em 6 de dezembro de 1855, na denominada decisão Rotschild — “O Estado devedor”, que não teve tanta repercussão. A decisão do Tribunal de Conflitos, prolatada em 1º de fevereiro de 1873, equaciona a questão, em termos publicísticos, derogando a colocação privatística fundamentada nas disposições do Código Napoleônico, consagrando, também, a teoria autônoma da responsabilidade administrativa... CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 28-29. Na virada para o século XX, a Escola de Serviço Público na França fez da noção de serviço público a pedra angular da separação das autoridades administrativas e judiciais, tendo em vista que naquele país há separação entre jurisdição administrativa e judiciária. A Escola definiu o direito administrativo como o direito dos serviços públicos. A decisão Blanco afirmou que a definição da responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares por falta de pessoas que trabalham no serviço público não pode ser regida por princípios que estão estabelecidos no Código Civil que dizem respeito de particular para particular. O Tribunal de Conflitos e o Conselho de Estado reconheceram que a gestão de serviço público provoca, em princípio, aplicação de um regime exorbitante de direito público, e que no caso de litígio a competência é do tribunal administrativo (LE MESTRE. *Droit du service public*, p. 22-27).

⁸ CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 95.

Na segunda fase, a questão se põe sobre o terreno civilístico. Buscava-se manter uma diferença entre atos de império que são funções essenciais ou necessárias que tendem a assegurar a existência do Poder Público, como manutenção da ordem jurídica e constitucional; e atos de gestão que são as funções facultativas e contingentes que não são essenciais para a sobrevivência do Estado, como atividades para a satisfação das necessidades da coletividade. No exercício dos atos de império — *jure imperii* — não haveria qualquer julgamento quanto a eventos danosos para os súditos, por serem insuscetíveis de gerarem direito à reparação. Todavia, na prática de atos de gestão — *jure gestionis* — o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, sendo o ressarcimento devido apenas quando houvesse culpa do funcionário.⁹ Como aponta Canotilho, a doutrina dos atos de gestão limitava-se a ladear o problema da responsabilidade do Estado. Aproximava-se, porém, o momento em que os postulados do Estado de Direito começavam a ser interpretados em um sentido mais favorável ao cidadão. A consolidação do princípio da legalidade e novas idéias no campo da responsabilidade serão a base da admissão de uma responsabilidade do Estado “*potência pública*”.¹⁰

Na terceira e última fase da transformação do instituto há uma desvinculação do direito civil, passando a desenvolver-se no terreno próprio do direito público. Segundo Caio Mário,

seguindo a linha de evolução no sentido do reconhecimento do dever de reparação, a doutrina foi pouco a pouco marchando para a meta da afirmação do princípio da responsabilidade civil e, abolindo, a distinção entre os atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, e sustentou pura e simplesmente a obrigação de reparação pelos danos causados aos particulares.¹¹

Esta posição foi adotada a partir do famoso *Arrêt Blanco* em que os julgadores do Conselho de Estado Francês, rejeitando os princípios válidos para o direito civil apontaram, seguindo a colocação do Conselheiro David, os postulados de direito público como únicos necessários e suficientes para o equacionamento e solução dos casos em que o Estado é o causador de danos aos administradores. Dessa forma, a “doutrina *civilística* ou da *culpa civil comum*, por sua vez, vem perdendo terreno a cada

⁹ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 22-23.

¹⁰ CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 45.

¹¹ PEREIRA. *Instituições de direito civil*. V/393, n. 116. Apud CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 25.

momento, com o predomínio das normas de direito público sobre as regras de direito privado na regência das relações entre a Administração e os administrados”.¹²

Adotando-se a classificação de Pedro Lessa, há três sistemas de responsabilidade em direito público: a) teoria do risco integral, ou por causa do serviço público; b) teoria da culpa administrativa; c) teoria do acidente administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público.¹³

Na transição histórica das teorias civilistas, de caráter eminentemente subjetivo, para as teorias desprovidas do elemento culpa, desenvolve-se a chamada teoria da culpa administrativa. A doutrina da culpa administrativa sustenta que a responsabilidade civil do Estado estará caracterizada sempre que se provar a existência do elemento culpa. A teoria da culpa ou teoria subjetiva é baseada no elemento humano, na pessoa física do funcionário causador do dano. É a culpa da Administração por ato de seu preposto fundado no nexo causal entre ato ou omissão do funcionário, culposo ou doloso, e as suas conseqüências danosas. O principal problema da teoria era a dificuldade de fixar a responsabilidade pessoal do funcionário, isto é, comprovar a sua culpa. Havia prejuízo e ninguém respondia por ele, pela impossibilidade de descobrir-se o elemento humano, ou subjetivo, cuja atividade tivesse dado como conseqüência o dano.¹⁴

A noção de culpa é substituída pela noção de falta de serviço ou acidente administrativo. O serviço público tem de apresentar-se perfeito, regular, contínuo, sem falhas. De acordo com Mário Masagão, ocorre o acidente administrativo:

quando o serviço público a) funciona mal; b) quando não funciona, devendo funcionar, como na hipótese de inexecução de trabalhos públicos, na de ausência de vigilância policial, quando havia motivos para que se exercesse; c) quando o serviço funciona, mas só tardiamente e do retardamento advém o dano; quando a execução contravém preceito legal, regulamentar, ou mesmo de caráter técnico.¹⁵

Aguiar Dias identifica três modalidades de falta de serviço; “fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: de mau

¹² MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed., p. 531.

¹³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. Apud CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 33. Ver também CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 71-85.

¹⁴ CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 71-74.

¹⁵ MASAGÃO, Mário. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 284. Apud CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 75.

funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço”.¹⁶ Dessa forma, não podendo imputar o evento a ninguém, pessoalmente, fica excluída a culpa pessoal do agente, mas resta a culpa do serviço, de caráter anônimo, mas danosa. Observa-se, daí, a transformação da teoria da responsabilidade civil do Estado que transita da culpa pessoal à culpa do serviço, da responsabilidade identificada à responsabilidade anônima, consubstanciada esta na doutrina do acidente administrativo.¹⁷

A teoria do risco integral é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva porque se esgota na verificação do nexos de causalidade material: o prejuízo sofrido pelo particular. A teoria do acidente administrativo e a teoria da culpa administrativa guardam resquícios da teoria civilista da responsabilidade do Estado. O que as caracteriza é a transposição da noção de culpa do terreno civilístico para o publicístico, em que a responsabilidade do Estado assume seu próprio caráter de instituto peculiar ao direito público, regulado, em particular, por normas próprias de direito público, distintas das do direito privado.

O fundamento da responsabilidade objetiva do Estado encontra amparo no princípio da igualdade na repartição dos ônus sociais. No fim do século XIX, alguns autores europeus, atentos à evolução econômica e social, lançaram a idéia de uma inadaptação da culpa a essa evolução. A culpa, até então incontestável, ter-se-ia tornado incapaz de propiciar a indenização das vítimas de acidentes de trabalho cada vez mais numerosas. Das necessidades dessa época, surgiu a Teoria do Risco no Direito Civil. Por razões semelhantes, diante de uma Administração Pública cada vez mais ampla, a Teoria do Risco foi estendida ao Direito Administrativo. A doutrina clássica do período — início do século XX até o final da II Guerra Mundial — era unânime na adoção do fundamento da igualdade dos indivíduos perante as cargas públicas: as coisas se passariam como se o Estado gerisse um seguro mútuo contrato entre os administrados contra riscos dos acidentes administrativos. A idéia de tal seguro advém logicamente do princípio da igualdade perante a lei e os encargos públicos.¹⁸

¹⁶ DIAS. *Da responsabilidade civil*. 6. ed., v. 2, p. 237-238. Apud CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 75.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 76.

¹⁸ HAURIOU, Maurice. Les Actions en Indemité contre l'État pour préjudices causes dans l'Administration Publique. *Revue de Droit Public*, p. 51 et seq., 1896. Apud ARAGÃO. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 268.

Após a II Guerra Mundial, essa doutrina passou a sofrer críticas. Na leitura de Alexandre Aragão, Charles Eisenmann critica a generalização do argumento pelo qual o fundamento da responsabilidade do Estado seria equânime repartição de encargos em virtude do princípio da igualdade e da solidariedade social, que seria compatível apenas com os encargos específicos para satisfazer um interesse público expresso, como uma obra pública. Não haveria responsabilidade em razão de ilegalidades ou acidentes porque a sociedade não se beneficiaria nestas situações porque apenas nos primeiros casos poderia se afirmar que a coletividade é beneficiária das atividades que ocasionaram danos necessários e conscientes a um particular específico, que, portanto, foi desigualmente onerado para propiciar este benefício.¹⁹

No direito europeu, ainda na virada para o século XX, se destacaram algumas doutrinas sobre a responsabilidade do Estado que, de uma forma ou de outra, alteraram a transformação do instituto. O jurista alemão Otto Mayer, um dos principais expoentes do direito administrativo no final do século XIX, elaborou a teoria do sacrifício que preconizava que o fundamento da responsabilidade, fosse por ato lícito ou ilícito, estaria na existência de um dano anormal a ser suportado pelo particular, sendo decisivo o nexo de causalidade entre a medida lesiva e o sacrifício especial, isto é, somente a imposição de um sacrifício desigualmente onerador é considerada imprescindível ao reconhecimento da pretensão indenizatória. A teoria do risco integral foi preconizada embrionariamente pelo jurista francês Léon Duguit. Este jurista rejeitava a doutrina da *faute de service* e defendia um dever indenizatório sempre que os serviços públicos tivessem causado danos aos cidadãos, ainda que estivessem funcionando bem. Esta obrigação de indenizar estava edificada na idéia de segurança social, suportada coletivamente, em proveito daqueles que sofrem um prejuízo, proveniente do bom ou mau funcionamento dos serviços. O jurista italiano Vittorio Emanuele Orlando, considerado fundador do direito público italiano, propôs uma reconstrução total da responsabilidade com o abandono da culpa ou ilicitude da conduta lesiva do agente e a concentração do fundamento do dever de indenizar na lesão de um direito, retirando qualquer necessidade de indagação sobre o caráter culposo da conduta do agente lesante. Em Portugal, Cunha Gonçalves também proclama a

¹⁹ EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1983. t. II, p. 870-872. Apud ARAGÃO. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 268-269.

necessidade do abandono do princípio da culpa e a sua substituição por um critério moderno: o risco. Este critério preconiza que todo o dano deve ser reparado por quem se arriscar, com ou sem intenção de tirar proveito, a exercer por si, por via de outrem, uma atividade qualquer positiva ou negativa, da qual podia resultar esse dano, sendo irrelevante a legalidade ou ilegalidade do ato. Por maiores que sejam as divergências nas doutrinas dos autores relacionados, nota-se uma convergência no repúdio à distinção entre atos lícitos e ilícitos e na acentuação do particular lesado com um prejuízo ressarcível.²⁰ Como será visto, todas estas posições tiveram influência na construção da noção de responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro.

3 Responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro

No direito brasileiro, é a teoria do risco que vem sendo defendida de forma mais constante como fundamento da responsabilidade pública. O princípio fundamental em que repousa a teoria do risco administrativo, no direito brasileiro, é o denominado princípio da igualdade dos ônus e encargos, segundo o qual a responsabilidade pela má prestação dos serviços públicos deve ser suportada por todos, contribuindo cada um para a indenização do dano que incidiu numa só pessoa.²¹ O princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais articula-se com o princípio da justiça distributiva, que ordena sejam repartidos por todos os prejuízos que iriam incidir sobre um só. O princípio da solidariedade humana, enfim, estaria no âmago da questão, informando toda a teoria objetiva fundamentada no risco.²² Segundo Cahali, a concepção publicística da responsabilidade civil do Estado, ao consagrar a responsabilidade objetiva do ente estatal degenera para a adoção da teoria do risco; risco este criado pelas atividades normais ou anormais da Administração.²³ A partir da Constituição de 1946, com reiteração posterior, foi consagrada no ordenamento jurídico pátrio a responsabilização objetiva do Estado.

Esta concepção reflete a evolução da inovação da teoria publicista, que, à diferença da responsabilidade solidária do patrão, ou do comitente, fazia com que a responsabilidade do serviço público se constitua numa

²⁰ CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 57-59.

²¹ LESSA, Pedro... 1915, p. 164. CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 305.

²² CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 305.

²³ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 35.

responsabilidade primária, vinculando o patrimônio da Administração direta e imediatamente. Dessa forma, desaparece a dualidade de pessoas: Estado-funcionário; a pessoa do funcionário é absorvida²⁴ pelo ente administrativo. A falta do serviço público não é mais necessariamente ligada à idéia da falta de um agente determinado, bastando, para a responsabilidade, um mau funcionamento geral, anônimo, uma falha do serviço à qual o dano possa ser imputado.²⁵ A absorção da pessoa do funcionário pelo ente administrativo permite que a vítima não tenha que encontrar o agente causador do dano porque a prestação do serviço público é atribuição do Estado que se responsabiliza pelo seu bom funcionamento. Entretanto, aquela absorção não exime a responsabilidade do agente, isto é, não absorve a responsabilidade do agente. Como aponta Couto e Silva,

no direito brasileiro, a responsabilidade do Estado não absorve a responsabilidade do agente. A responsabilidade é solidária, cabendo à vítima escolher se proporá a ação de ressarcimento contra ambos ou somente contra aquele que terá melhores condições de reparar o prejuízo, e que é geralmente o Estado.²⁶

Visando intencionalmente atenuar os efeitos da responsabilidade objetiva constitucional, Hely Lopes Meirelles acena com uma discriminação nominal do conceito do risco.²⁷ Assim, passou-se a adotar uma distinção no interior da teoria do risco, sendo criadas as modalidades do “risco integral” e o “risco administrativo”, sendo Meirelles o principal defensor desta última.²⁸ Para o autor, a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano pelo risco que a atividade estatal gera para os administrados, sendo desnecessária a prova de culpa da Administração. Entretanto, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização, isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral que é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social.²⁹ Nesta linha, a teoria do risco administrativo passa a ser fundamento da responsabilidade objetiva

²⁴ É mister registrar que esta absorção não exonera a responsabilidade solidária do servidor público.

²⁵ ARAGÃO. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, nota de rodapé n. 2, p. 264.

²⁶ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *RGPE*, v. 27, n. 57, p. 158.

²⁷ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 38.

²⁸ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed., p. 532.

²⁹ MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed., p. 533.

do Estado e a responsabilidade civil do Estado se dá sob as seguintes condições: o ato comissivo ou omissivo gerador do dano deve ter sido prático por agente administrativo no exercício de sua competência; ocorrência do dano; nexos de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado; inexistência de culpa ou dolo exclusivo ou concorrente da vítima, ou quaisquer outras excludentes como caso fortuito ou motivo de força maior.³⁰

A teoria do risco administrativo é contestada pela doutrina como, por exemplo, por Alcino Pinto Falcão que demonstra que a tese do risco integral não se divorcia da jurisprudência formada em torno do dispositivo constitucional, assinalando que nem é exato que a fórmula seja radical e que, por ela, a Administração fique obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante da culpa e dolo da vítima.³¹ Weida Zancaner também critica a posição de Meirelles, sugerindo que sua colocação é mera questão semântica, não sendo possível a delimitação do contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo.³² Cahali assevera que a distinção proposta por Meirelles é artificiosa e carente de fundamentação científica. Assim, a distinção entre risco administrativo e risco integral não é uma distinção conceitual, mas simplesmente decorrente das conseqüências de uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.³³

Segundo Couto e Silva, a noção da responsabilidade objetiva supera as diferentes espécies de responsabilidade conhecidas — por culpa individual, por falha ou culpa do serviço, por risco, pela distribuição desigual dos encargos públicos —, apagando a importância de cada uma delas para fundi-las em um conceito dilatado para proporcionar maior amparo à vítima que somente não será ressarcida se tiver culpa exclusiva na produção do evento ou que o dano resulte exclusivamente de força maior

³⁰ BAZHUNI. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. 2. ed., p. 36.

³¹ FALCÃO, Alcino Pinto. Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público. *RDP* 11/45. Apud CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 39.

³² ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. Apud CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 39-40.

³³ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 41.

ou de fato de terceiro, isto é, se não existir nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo.³⁴ Cahali entende que a questão é deslocada para o plano da causalidade, sendo no exame das causas do dano injusto que se determinam os casos de exclusão ou atenuação da responsabilidade pública, excluída ou atenuada esta responsabilidade em função da ausência do nexo de causalidade ou da causalidade concorrente na verificação do dano injusto indenizável.³⁵

As Constituições brasileiras também acompanharam as transformações do instituto da responsabilização civil do Estado. A Constituição de 1824, em seu art. 179, prescrevia que os “Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. A Constituição de 1891 dizia, no artigo 82, que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”. A Constituição de 1934 manteve o caráter subjetivista da responsabilização civil, caracterizada pela necessidade de comprovação de culpa e, no seu artigo 171, estabelecia que os “funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”, permitindo, ainda, a ação regressiva do Estado contra o funcionário. A Carta de 1937 continuou a consagrar a solidariedade passiva do Estado e do funcionário, repetindo em seu artigo 158 a mesma redação da Constituição anterior. A Constituição de 1946 abandonou o aspecto subjetivo da responsabilidade civil do Estado, para substituí-lo pelo aspecto objetivo.³⁶ O artigo 194 da Constituição de 1946 preceituava que as “pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, cabendo, ainda, a ação regressiva, quando tiver havido culpa destes. A Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, manteve a responsabilidade civil do Estado, conforme a redação do artigo 105. A Constituição de 1988 adotou, em

³⁴ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *RGPE*, v. 27, n. 57, p. 149-170.

³⁵ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 43.

³⁶ No Brasil, doutrina e jurisprudência, preponderantemente, afirmam a responsabilidade objetiva do Estado como regra de nosso sistema a partir da Constituição de 1946, vigorando até a atual Constituição Federal, de 1988. Ver também MELLO. *Curso de direito administrativo*. 14. ed., p. 840.

seu artigo 37, §6º, a teoria da responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos que, dessa forma, respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No plano infraconstitucional, o Código Civil de 1916 dispunha, no artigo 15, que: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”. Cahali destaca a controvérsia doutrinária trazida pelo dispositivo, pretendendo alguns autores que ali se conteria implícita concessão à responsabilidade objetiva, sob inspiração da teoria do risco, que já florescia no fim do século XIX. Porém, segundo o autor, tem-se certo que o dispositivo, no contexto individualista do Código Civil de 1916, não teria ultrapassado os limites da teoria da responsabilidade civilística do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido dolo ou culpa do funcionário-representante.³⁷ O atual Código Civil preceitua, no seu artigo 43, que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Assim, a regra deste novo diploma legal foi bastante restrita, ao apenas reproduzir parcialmente a redação do Código Civil revogado, deixando de incorporar expressão que explicitasse que as pessoas jurídicas de direito privado também respondem objetivamente quando estejam prestando serviços públicos. De qualquer maneira, isto não afasta a aplicação da regra prescrita na Constituição Federal que responsabiliza objetivamente as pessoas jurídicas de direito público e direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados a terceiros. Sobre o assunto, José Afonso da Silva observa que o direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação de o Estado compor os danos que seus servidores, nesta qualidade, causem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente, destacando que a Constituição de 1988 vai além, ao equiparar, para tal fim, a pessoa jurídica de direito público àquelas de direito privado que prestem serviços públicos.³⁸

³⁷ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 31.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1988. p. 650-651.

Na realidade, qualquer que seja o fundamento doutrinário invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação da responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação e omissão do ente público. Cahali estabelece alguns enunciados gerais que possibilitam o reconhecimento do nexo causal e, conforme o caso, a exclusão ou atenuação da responsabilidade pelo ressarcimento do dano sofrido pelo administrado: 1) o dano determina responsabilidade estatal se há causa exclusiva na deficiência ou falha do serviço público, ainda que tenha havido acontecimentos naturais; 2) o dano não determina responsabilidade do Estado se encontra sua causa exclusiva na força maior ou em fatos necessários ou inevitáveis da natureza; 3) o dano não determina responsabilidade estatal se encontra sua causa exclusiva no procedimento doloso ou gravemente culposos do próprio ofendido; 4) o dano determina responsabilidade estatal e ressarcimento quando tem como causa a sua atividade; 5) se o dano injusto foi provocado por uma pluralidade de causas, todas devem ser consideradas na determinação proporcional da indenização.³⁹

Cretella sistematiza as causas excludentes da obrigação de indenizar, quais sejam: a força maior, o caso fortuito e estado de necessidade. Aponta ainda que alguns autores acrescentam a culpa da vítima⁴⁰ e a culpa de terceiro⁴¹ como causas excludentes da obrigação de indenizar. As noções de força maior e caso fortuito não são pacíficas na doutrina. A força maior pressupõe acidente cuja causa é conhecida, mas o traço de irresistibilidade com que se apresenta ultrapassa qualquer meio humano de resistência. O caso fortuito refere-se a algo interno, refletindo-se no funcionamento da própria empresa ou do serviço, como a explosão da caldeira ou o desabamento do prédio. Para a doutrina do risco integral, a distinção entre os dois institutos se impõe porque a força maior é causa excludente de responsabilidade; o caso fortuito, não. Diferentemente, a doutrina fundada na culpa administrativa pressupõe que ambas as causas não acarretam a responsabilidade pessoal do agente, exonerando a responsabilidade estatal,

³⁹ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 46-64.

⁴⁰ WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Sirey, 1963. p. 838-839; VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 387. Cf. CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 134.

⁴¹ WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Sirey, 1963. p. 839; VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 387-388. Cf. CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 134.

pois a força maior é irresistível ao funcionário e o caso fortuito está além de sua captação intelectual. O estado de necessidade ocorre em momento de graves perturbações, impondo-se a necessidade pública que prevalece sobre os direitos privados, como no caso de guerra ou de revolução.⁴²

Sob outra perspectiva, Couto e Silva, estabelece alguns pressupostos da responsabilidade objetiva. A responsabilidade é imposta a todas as pessoas jurídicas de direito público interno e suas respectivas autarquias e fundações públicas quando atuem quer sob regras de direito público, quer sob as de direito privado. Da mesma forma, respondem objetivamente as pessoas jurídicas de direito privado, da administração pública descentralizada ou indireta, sempre que prestadoras de serviços públicos, bem assim os concessionários ou permissionários de serviços públicos ou de exploração de obras públicas. O agente causador do dano, no preceito da Constituição Federal, é toda a pessoa que, no momento do evento danoso, esteja no exercício de suas funções, como órgãos de qualquer Poder do Estado — Executivo, Legislativo ou Judiciário —, de entidade da administração pública direta ou indireta prestadora de serviço público, independentemente da validade ou não da sua investidura ou dos seus atos e omissões. A responsabilização depende do nexo causal entre o dano e ação ou omissão do Estado. O dano pode ser material ou imaterial ou moral, devendo consistir na violação, restrição ou supressão de um direito subjetivo ou na contrariedade a interesse juridicamente protegido. Há ainda dois requisitos típicos do direito público, e que concernem exclusivamente à responsabilidade do Estado por atos lícitos: a especialidade e a anormalidade. Assim, se o dano se espalha por toda a sociedade ou não ultrapassa os marcos da normalidade — que é um julgamento arbitrário —, não é indenizável; se for anormal e especial, sim. O fundamento da responsabilidade, nessas hipóteses, está na distribuição desigual dos encargos públicos, isto é, é iníquo que alguém sofra sacrifício em proveito da coletividade sem que seja indenizado.⁴³

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 37, §6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos

⁴² CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 131-139. Ver também PAILLET, Michel. *La Responsabilité Administrative*. Paris: Dalloz, 1996. p. 47-56.

⁴³ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *RGPE*, v. 27, n. 57, p. 160-161.

casos de dolo ou culpa. Segundo Couto e Silva,⁴⁴ a noção de responsabilidade objetiva, como foi posta na Constituição Federal, tem uma dupla vantagem: 1) tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos; 2) superação das diferentes espécies de responsabilidade — culpa individual, por falha ou culpa do serviço, pela distribuição desigual dos encargos públicos, apagando ou, ao menos, reduzindo a importância de cada uma delas para fundi-las em conceito mais abstrato e dilatado, de modo a proporcionar, assim, o maior amparo possível à vítima.⁴⁵

A questão do erro judiciário também é pertinente no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Na França, desde os fins do século XIX, os escândalos provocados por erros judiciários suscitaram veemente intervenção dos parlamentares, a fim de assegurar sua reparação, culminando com a Lei de 08.06.1895, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado em matéria de erro judiciário.⁴⁶ A teoria da irresponsabilidade do Estado, em razão do Poder Judiciário, prevaleceu durante muito tempo entre nossos doutrinadores que a defenderam com base no direito inglês. Dois fundamentos eram invocados em sua defesa: a soberania do Poder Judiciário — este Poder exerceria uma função que envolve a soberania, situação que o colocaria acima da lei; e o da força incontrastável da coisa julgada — a coisa julgada é tida como verdadeira, sendo irretratável e incontrastável.⁴⁷ Essas teses passaram a ser contestadas pela doutrina nacional e internacional, e já a partir da década de 30 a legislação brasileira incorporou a possibilidade de indenização por erro judiciário. A Consolidação das Leis Penais, adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14.12.1932, reconhecia o instituto da reabilitação e o direito do reabilitado a uma justa indenização. No direito vigente, o Código de Processo Penal, de 1941, dispendo a

⁴⁴ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *RGPE*, v. 27, n. 57, p. 153-154.

⁴⁵ Na doutrina que distingue a responsabilidade por atos lícitos e ilícitos ganha pertinência a distinção terminológica entre indenização e ressarcimento. O ressarcimento é instituto diferente e diverso da indenização. A indenização é devida pelos danos causados pelo Estado em razão do sacrifício de direitos particulares, por força de uma faculdade conferida ao Poder Público. O ressarcimento é para os casos de responsabilidade por danos ilegítimos, a indenização para os danos causados em razão do sacrifício de direitos particulares (cf. CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 13). É certo que na linguagem usual, mesmo na técnica, as duas expressões são empregadas indiferentemente. Ademais, na linha de Silva que identificou o tratamento unitário na responsabilização estatal na Constituição Federal, tal questão deixa de ser pertinente.

⁴⁶ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 474. O caso do capitão Alfred Dreyfus que foi acusado injustamente da prática de atos contra a pátria e condenado em 1894 teve grande repercussão. O capitão foi contemplado com o instituto penal da graça (1899) e com a reabilitação (1906), cf. CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 261.

⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 246-253.

respeito da revisão criminal, estabelece, no artigo 630, que “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. No âmbito civil, a Lei nº 4.898, de 1965, dispõe que o autor do abuso de autoridade está sujeito a uma sanção civil que consiste no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros, caso não seja possível fixar o valor do dano. A Constituição Federal, no seu artigo 5º, LXXV, referendou a indenização por erro judiciário com a seguinte redação: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Um dos pontos mais sensíveis das doutrinas sobre a responsabilidade civil do Estado é o que concerne aos atos emanados pelo Poder Legislativo, na função legislativa. A obrigação de indenizar por ato legislativo danoso tem duas perspectivas principais: a obrigação de indenizar em virtude de leis inconstitucionais; e a obrigação de indenizar em razão de lei constitucional danosa. No primeiro caso, o pressuposto é a declaração de inconstitucionalidade da lei, sendo que a responsabilidade indenizatória pelos danos causados ao particular por lei inconstitucional não comporta condicionantes, sendo esta a posição da jurisprudência do STF.⁴⁸ No segundo caso, a questão é mais tormentosa. Estaria o Estado obrigado a indenizar o particular atingido que suporta sozinho todo o dano, ou caberia, na hipótese, a aplicação do princípio genérico da responsabilidade pública — o princípio da repartição eqüitativa dos ônus e encargos sociais. Cretella entende que, pela importância que se reveste, o ato legislativo será elaborado com toda técnica, examinando-se o alcance integral da norma editada, inserindo-se no texto as normas termostáticas de equilíbrio econômico, que restabeçam, no caso de dano a um, a justa redistribuição dos prejuízos e encargos a todos os membros da coletividade. Se, apesar de todos os cuidados, o ato legislativo perfeito ocasiona lesão ao direito subjetivo do particular, precisamente pela responsabilidade ímpar que cerca sua elaboração, empenhará a responsabilidade civil do Estado.⁴⁹ No direito comparado, o caso “La Fleurette”, de 1938, é apresentado como inovação da jurisprudência francesa. No caso, certo produto foi suprimido em razão da lei, justificada a medida como proteção ao mercado. O Conselho do Estado, embora reconhecendo o interesse geral da lei, decidiu que não seria lógico que a interessada suportasse sozinha os efeitos

⁴⁸ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 527.

⁴⁹ CRETILLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 278.

da medida.⁵⁰ Em sentido contrário, Carvalho Filho, entende que o ato legislativo não pode causar a responsabilidade estatal, se a lei é produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais, tendo em vista que os direitos adquiridos já incorporados a seu patrimônio jurídico são insuscetíveis de serem molestados pela lei nova, por força do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.⁵¹

4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a responsabilidade com os terceiros não-usuários

A previsão constitucional de que o Estado responde objetivamente pelos danos que causarem a terceiros remete à questão da abrangência desta expressão, isto é, se estes terceiros são todo e qualquer particular ou tão-somente os usuários de serviços públicos prestados pelas pessoas jurídicas a que se refere o texto constitucional. Na opinião de Clovis Beznos,

o termo *terceiros* em um primeiro exame parece ter pertinência a todos aqueles que, não tendo relação funcional com a Administração (agentes atuantes na prestação da atividade), ou relação de emprego com a pessoa privada prestadora de serviços público na situação causadora do dano, venham a sofrê-lo. Destarte, ao que respeita à atividade de serviços públicos, numa interpretação puramente literal do art. 37, §6º, da Constituição Federal, o termo *terceiros* parece designar tanto os *usuários dos serviços* como os *não-usuários* que sofram danos decorrentes de *atividade comissiva* da Administração, ou de quem lhe faça as vezes.⁵²

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, no RE nº 262651/SP, decidiu em sentido diverso, entendendo que não há responsabilidade objetiva do Estado para pessoas que não ostentem a qualidade de usuário do serviço público causador do dano, em Acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, §6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas

⁵⁰ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed., p. 540.

⁵¹ CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*. 14. ed., p. 457. Este também é o entendimento de Meirelles (MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed., p. 538). Justen entende que há três hipóteses de responsabilidade por ato legislativo: 1) lei inconstitucional; 2) lei defeituosa que gera disciplina de condutas aptas a produzir dano a alguém; 3) omissão legislativa. Cf. JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*.

⁵² BEZNOS. A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 8, p. 6.

jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, §6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido.

O Recurso Extraordinário nº 262651/SP versava sobre o caso de um ônibus, pertencente a uma concessionária de serviços públicos de transporte, que bateu em um automóvel particular. O voto do Ministro Relator Carlos Velloso relaciona a doutrina favorável à tese de que a responsabilidade do Estado é objetiva, independentemente da qualificação do sujeito passivo. Entre os doutrinadores que se alinham a esta posição, são citados Celso Antônio Bandeira de Mello,⁵³ José Cretella Júnior,⁵⁴ e Ruth Helena Pimentel de Oliveira.⁵⁵ Em sentido contrário, menciona a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho e de César Chaves.⁵⁶ O Relator se alinha à posição destes últimos, citando posição anterior do Ministro Nelson Jobim no voto que proferiu por ocasião do julgamento do AI 209.782-AgR/SP, segundo o qual:

“(...) a Constituição quer assegurar que os terceiros — contratantes do transporte — sejam indenizados, independente da disputa que possa haver entre o prestador de serviço e o eventual causador do sinistro. (...) a responsabilidade objetiva do §6º, que foi constitucionalizada, porque dispositivo anterior no sistema de Direito Civil estabeleceu que, nos contratos de transporte, o transportado não tem o ônus de participar da disputa de quem for o culpado, se prestador de serviço ou um outro envolvido no acidente; esse é o sentido. Ou seja: Protegeu-se quem? O titular, aquele que recebeu o serviço prestado pela administração pública. Agora, estender a responsabilidade objetiva é ir muito além e criar uma situação contraditória”. O Relator conclui seu voto afirmando que “estender a não-usuário do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva — CF, art. 37, §6º — seria ir além da *ratio legis*.”⁵⁷

Em voto divergente, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a vítima, ainda que não-usuária do serviço público, tinha direito à responsabilização objetiva do Estado. No voto, argumenta que a responsabilidade objetiva do Estado repousa em dois fundamentos jurídicos: 1) ao atuar e

⁵³ Posicionamento firmado em carta dirigida ao Ministro Relator por solicitação deste.

⁵⁴ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. v. 4, p. 2352.

⁵⁵ *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 205.

⁵⁶ Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. *Interesse Público*, n. 6, p. 11 et seq., especialmente p. 44-45, 2000.

⁵⁷ BRASIL. STF. RE nº 262651/SP. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 16.11.2008. 2ª Turma. Publicado no *DJ*, 06 maio 2005.

intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos que são a essência da atividade administrativa; 2) no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos, isto é, na solidariedade social, engendrada pelo fato de que toda a ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Cita Maurice Hariou como um dos defensores da responsabilidade objetiva, “*sans faute*”, em cometários ao aresto *Cames*,⁵⁸ de 1895, que pela primeira vez reconheceu a responsabilidade “*sans faute*” da Administração. Acrescenta, ainda, o posicionamento de Léon Duguit que entendia que as atividades do Estado se exercem no interesse da coletividade, e se uma intervenção prejudicasse especialmente alguém, a coletividade deveria repará-la.⁵⁹ Para fundamentar que a delegação ao particular não altera a responsabilização objetiva, relaciona os doutrinadores Mário Masagão, Celso Antônio Bandeira de Mello e Ruth Helena Pimentel de Oliveira. Ao final, destaca que é imprópria a indagação acerca da qualidade da vítima para averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, “já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares”.⁶⁰

O Ministro Relator Carlos Velloso confirmou o seu voto, que foi acolhido pela 2ª Turma do STF, por maioria, mantendo o entendimento de que não há responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços públicos privados em face os não-usuários destes serviços públicos. Na confirmação de voto o Ministro argumentou que:

tratando-se, entretanto, de delegação do Estado para a prestação de serviço público que pode ser remunerado por preços ou tarifas — serviço público, portanto, não inerente à soberania estatal e, comumente, não essencial e, portanto, não obrigatório — serviço público prestado por permissionário ou

⁵⁸ O caso *Cames* foi decidido em 21 de junho de 1895 e consagrou, na França, a teoria do risco profissional, responsabilizando o Estado por acidentes do trabalho ocorridos no serviço público. O operário *Cames* teve a mão atrofiada em consequência de estilhaço de metal que lhe perfurou o dedo, por efeito de violento choque do martelo-pilão, quando trabalhava no arsenal Tarbes. O Comissário Romieu argumentou que defesa nacional é serviço público e a responsabilidade da Administração por prejuízos acusados pelos serviços públicos não está sujeita, necessariamente, ao direito comum, devendo o Estado garantir seus operários contra os riscos resultantes dos trabalhos que ordena que sejam executados. Consagra-se, assim, a denominada teoria do risco profissional... CRETELLA JÚNIOR. *O Estado e a obrigação de indenizar*, p. 88-89.

⁵⁹ DUGUIT apud PHILLIPP. De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques. *Revue du Droit Public*, n. 2, p. 610.

⁶⁰ BARBOSA, Joaquim. Voto no RE nº 262651/SP. STF. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 16.11.2008. 2ª Turma. Publicado no *DJ*, p. 458, 06 maio 2005.

concessionário, a matéria deve ser visualizada de forma especial. Neste caso, as despesas decorrentes da reparação do dano devem ser repartidas entre os que utilizam o serviço. Noutras palavras a responsabilidade objetiva dá-se relativamente ao usuário do serviço e não quanto a quem não está recebendo o serviço.⁶¹

A questão ainda está em debate naquela Corte.⁶² Em março de 2007, o STF iniciou julgamento do Recurso Extraordinário nº 459749/PE interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, com base no princípio constitucional da responsabilidade objetiva, condenara a recorrente, empresa privada concessionária de serviço público de transporte, ao pagamento de indenização por dano moral a terceiro não-usuário, atropelado por veículo da empresa. O Ministro Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao recurso por entender que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva também relativamente aos terceiros não-usuários do serviço. Asseverou que, em razão de a Constituição brasileira ter adotado um sistema de responsabilidade objetiva fundado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, toda a sociedade deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, tendo em conta o princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos. Ademais, reputou ser indevido indagar sobre a qualidade intrínseca da vítima, a fim de se verificar se, no caso concreto, configura-se, ou não, a hipótese de responsabilidade objetiva, haja vista que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não é modificada pela mera transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto que acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau.⁶³ Dessa forma, o Tribunal sinaliza uma mudança de posicionamento sobre a matéria.

5 Considerações finais

O instituto da responsabilidade civil do Estado vem se transformando através dos tempos. Inicialmente, entendia-se que era inexistente

⁶¹ VELLOSO, Carlos. Confirmação de Voto no RE nº 262651/SP. STF. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 16.11.2008. 2ª Turma. Publicado no *DJ*, p. 458, 06 maio 2005.

⁶² Em despacho publicado em 1º de fevereiro de 2008, o STJ baixou o processo à Vara de origem para análise de proposta de transação.

⁶³ *Informativo STF*, n. 458, 5-9 mar. 2007.

a possibilidade de responsabilização do Estado em razão da soberania do Estado. O *Arrêt Blanco* é o marco do fim da irresponsabilidade total do Estado, resultando, também, em um entendimento de que o assunto deveria ser tratado na esfera do Direito Público.

No âmbito do Direito Público, há três teorias para a responsabilização estatal: a) risco integral; b) culpa administrativa; c) acidente administrativo. No direito brasileiro, é a teoria do risco que vem sendo defendida de forma mais constante como fundamento da responsabilidade pública, isto porque esta é a teoria que mais se aproxima da responsabilidade objetiva, adotada pela Constituição Federal, já que se esgota na verificação do nexo de causalidade material: o prejuízo sofrido pelo particular.

A interpretação literal do art. 37, §6º, da Constituição Federal leva ao entendimento de que a responsabilidade do Estado em relação a terceiros não-usuários de serviços públicos é ampla, abrangendo usuários e não-usuários. A jurisprudência atual do STF, entretanto, tem entendimento diverso, com a posição de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a terceiros não-usuários.

Este posicionamento do STF, porém, tem uma tendência a ser modificado. Assim como em seu processo histórico-jurídico a possibilidade de responsabilização estatal vem sendo ampliada, em votos recentes de um julgamento em andamento encontram-se fundamentos doutrinários presentes neste processo histórico-jurídico que autorizam se prever que a responsabilidade de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos poderão ser responsabilizadas objetivamente tanto em face dos usuários como dos não-usuários destes serviços públicos.

State Civil Responsibility for Damages Caused to Non-Users of Public Services: Theory and Judicial Precedents

Abstract: State civil responsibility is a common theme in Public Law studies, especially in Administrative Law. The purpose of this article is to expose a quick research on the theme as far as Brazilian Federal Supreme Court judicial precedents are concerned, focusing on State civil responsibility for damages caused to non-users of public services. Juridical and historical development of State civil responsibility institution will be provided according to Brazilian Federal Supreme Court judicial precedents

Key words: State civil responsibility. Public services.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 236, p. 263-273, abr./jun. 2004.
- BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BEZOS, Clovis. A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 8, nov./dez. 2006; jan./2007.
- BRASIL. *Informativo STF*, n. 458, 5-9 mar. 2007.
- BRASIL. STF. RE 262651/SP. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 16.11.2008. 2ª Turma. Publicado no *DJ*, 06 maio 2005.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.
- DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 1926. 2 v.
- DUGUIT, Léon apud PHILLIPP, Dominique. De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques. *Revue du Droit Public*, n. 2, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LE MESTRE, Renan. *Droit du service public*. Paris: Gualino, 2003. p. 22-27.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOREIRA, João Batista Gomes. A responsabilidade civil do Estado para com o usuário de serviço público. *Fórum Administrativo – Direito Público — FA*, ano 7, n. 82, p. 20-29, dez. 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. I/393, n. 116.
- SILVA, Almiro Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *RGPE*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 149-170, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMPOS, Humberto Alves de. Responsabilidade civil do Estado em face de terceiros não-usuários de serviços públicos: teoria e jurisprudência. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 155-176, abr./jun. 2009.

Recebido em: 13.03.09

Aprovado em: 10.06.09