RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO POR ATOS ILÍCITOS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO - Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA -- Professor da graduação e pós-graduação na UNAMA, CESUPA e FACI/Pa, Procurador do Estado do Pará e advogado

I INTRODUÇÃO. ELEMENTOS COMUNS A TODA RESPONSABILIDADE

Em uma sociedade, toda conduta de seus componentes deve estar de acordo com os ditames e os princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico, com vistas a busca do equilíbrio da convivência humana.

Assim, a conduta humana pode ser obediente ou não violadora à ordem estabelecida, possibilitando, aos cidadãos, a prática de atos jurídicos ou mesmo atos ilícitos, sendo estes últimos como sendo aqueles comportamentos contrários aos ditames do ordenamento jurídico. É justamente esse ato ilícito que será objeto deste breve estudo, principalmente quando o mesmo advém de conduta estatal.

Ressalte-se, por oportuno, que esse trabalho acadêmico não pretende elaborar uma obra de fôlego sobre o assunto, mas apenas algumas considerações incidentes sobre a matéria.

Verifica-se, nesse prisma, que a partir do momento em que o sujeito de direito pratica um ato lícito, tem como consequência o reconhecimento de um direito, criando direitos e obrigações para o agente, ao passo que o ato ilícito, considerado aquele contrário ao ordenamento jurídico, não traz a possibilidade de criar uma situação em benefício do mesmo[1].

Nesse sentido, considerando que o ato ilícito é uma ofensa ao direito posto, "é criador tão-somente de deveres para o agente, em função da correlata obrigatoriedade de reparação, que se impõe àquele que, transgredindo a norma, causa dano a outrem"[2].

---

[1] Sobre fato, ato e negócio jurídico, ver importantes colocações feitas pelo conceituado civilista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra *Instituições de Direito Civil*, 13ª edição, vol 1, Rio de Janeiro: Forense,1992.

[2] Idem. Ibidem, p. 452.

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, pode-se caracterizar o ato ilícito com os seguintes elementos: *a) uma conduta, que se apresenta como um ato intencional (comissivo ou omissivo); b) violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) penetração da conduta na esfera jurídica alheia; e) a produção de um dano a ser indenizado pelo infrator*.

Analisa-se, a partir desse momento, cada um desses elementos. A ação é todo comportamento humano voluntário capaz de produzir direitos ou obrigações para aquele que o produz. Sem embargo, o agente responde pelos seus atos que juridicamente produziu efeitos na esfera de outrem.

Ademais, lhes são também imputáveis as conseqüências provenientes das omissões que causarem prejuízos na esfera de outrem, naqueles casos em que a omissão possa vir a gerar prejuízo pela inobservância do dever de agir do infrator [3].

No que tange a antijuridicidade, deve-se ter em vista que a conduta humana, para ser considerada ilícita, há de ser infratora dos fundamentos maiores do ordenamento posto. Essa infração, ademais, tem que trazer uma lesão a esfera protegida.

O Código Civil de 1916 (art. 159) seguindo a orientação da legislação francesa, expressava afirmando ser passível de reparação a violação a um direito, sem declarar necessariamente ser necessário a injustiça ou a ilicitude em suas características. Já o novo Código Civil também consagra a responsabilidade decorrente de ato ilícito, em seu art. 927 (dentre outros).

II. A CULPA E O DOLO COMO CARACTERIZADORES DO ATO ILÍCITO.

É fato que quando se fala em ilícito civil, deve-se ter em vista a noção de dano causado a terceiro por um comportamento contrário aos ditames da ordem jurídica.

Assim, a doutrina moderna passou a enfrentar o problema da conceituação dos ilícitos em duas grandes hipóteses: *aqueles em que o agente atua com o intuito de causar dano a terceiro; e aqueles cuja conduta causadora do dano não estava na intenção primária do infrator*. Daí decorreram as clássicas noções de dolo e culpa como hipóteses do dever de indenizar[4].

---

[3] Voltar-se-á a tocar nesse aspecto da responsabilidade decorrente de conduta omissiva. Ver item IV e V.

[4] Não se deve olvidar das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, independente de culpa ou dolo; o que, aliás, tem previsão expressa no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

Ademais, não se pode deixar de afirmar a gradação da culpa feita por alguns dos maiores doutrinadores pátrios. Nesse sentido, essa gradação "extrema a chamada culpa grave, equiparável ao dolo, da culpa leve, que seria a violação de um dever em situação na qual se encontra o bom pai de família, e ainda a culpa levíssima, em que se apresentaria a atuação do homem diligentíssimo, padrão de cuidado e probidade"[5].

No conceito supramencionado, o legislador procurou evidenciar as duas formas de cabimento do dever de indenizar: **dolo e culpa**, sendo o elemento diferenciador desses institutos a intenção e a malícia, com o propósito de praticar o ato danoso. O Código Civil de 2002 também trouxe previsão quanto a culpa corrente da vítima, em seu art. 945[6].

Vale ressaltar, como bem faz a doutrina civilista, que "na culpa ocorre sempre uma violação de um direito preexistente; se esse dever se funda num contrato, a culpa é contratual; se no preceito geral, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual ou aquiliana"[7].

De outra banda, na hipótese de acidente causado por um motorista de uma empresa no qual se verificou a culpa do mesmo, gerará o dever de indenizar para a própria empresa, em vista da culpa extracontratual, cabendo o direito de regresso contra o funcionário causador do dano[8] .

Ademais, apenas à guisa de argumentação, a conduta culposa caracterizadora do dever de indenizar, se perfaz através de três hipóteses: negligência, imprudência e imperícia. Todas elas evidenciando um ato contrário aos preceitos legais[9].

Por fim, só poderá haver o dever de indenizar se presente estiver o nexo causal entre a conduta dolosa ou culposa e o dano sofrido. Dai porque se costuma falar que os três elementos formadores do ato ilícito são: fato lesivo (culposo ou doloso); o dano sofrido e o nexo causal entre o fato e o dano. Apenas quando

---

[5] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 454.

[6] Aliás, comentando tal dispositivo legal, observa Maria Helena Diniz que: "se o lesado, por ato culposo, veio a concorrer para o prejuízo que sofreu, o órgão judicante, na fixação do montante indenizatório, deverá considerar a gravidade de sua culpa, confrontando-a com a do lesante. Se para o dano concorreram a culpa do lesante e do lesado, esse fato não pode deixar de ser levado em conta na fixação da indenização, de tal sorte que o montante global do prejuízo sofrido se abaterá a quota-parte que, para o magistrado, for imputável à culpa da vítima". *Código Civil Anotado*. 8ª edição. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 555.

[7] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, Parte Geral* 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 275..

[8] No caso de culpa extracontratual, ainda se pode falar em *culpa in vigillando* (no caso de um filho que furta a chave do carro do pai , passando a dirigí-lo e causando um acidente); *in elligendo* (contratação de um funcionário inabilitado que causa prejuízo a terceiro, atuando em nome da firma), *culpa in committendo (*a que causa prejuízo por uma conduta ativa) e *culpa in ommittendo (*através de uma conduta passiva, omissiva), dentre outras hipóteses.

[9] Ressalte-se que a doutrina de direito penal ainda faz várias classificações entre dolo e culpa, a saber: dolo direto, dolo indireto, culpa consciente e culpa inconsciente. Ocorre que não se deve adentrar nessa esfera nesse breve trabalho. Acerca desse assunto ver obra de Damásio Evangelista de Jesus. *Direito Penal*. 1º volume, 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 1993.

evidenciados esses elementos é que surgirá a obrigação de indenizar por parte do infrator.

III. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO E SUAS TEORIAS

Após tecer observações de ordem geral acerca do comportamento que tende a gerar a responsabilidade civil, passa-se a analisar especificamente o tema proposto - a Responsabilidade Civil da Pessoa Jurídica de Direito Público (doravante denominada apenas de PJDP).

Nesse desiderato, de imediato critica-se a expressão '*Responsabilidade Civil da Administração*', utilizada, dentre outros, por Hely Lopes Meirelles[10].

Com efeito, falar-se em Responsabilidade Civil da Administração Pública é restringir demais um campo que necessariamente está cada vez mais alargado. A Responsabilidade Civil não se restringe apenas a atos administrativos (como induz essa expressão), mas alcança também comportamentos (atos) judiciais e até legislativos, o que se nos afigura mais correta a utilização do preceito *'Responsabilidade Civil do Estado'*.

Sob esse aspecto, acompanha-se o posicionamento de Diógenes Gasparini, ao salientar que: "Nós preferimos dizer responsabilidade civil do Estado, posto que o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais e não sé de atos e fatos administrativos, como essa expressão parece induzir, em que pesem as críticas levantadas por certos autores. Por outro lado, a palavra *civil* não significa, em absoluto, regulado pelo Direito Privado (Direito Civil), mas que o Estado deve satisfazer a devida reparação econômica"[11].

Vale observar, de passagem, que essa responsabilidade civil da PJDP pode ser evidente em comportamentos comissivos, omissivos, lícitos ou ilícitos, conforme restará claro posteriormente.

Sob outro prisma, essa responsabilização civil, evidentemente, não se apresentou durante a sua evolução histórica, da forma pela qual se nos afigura hodiernamente, mas passou por uma complexa evolução, superando uma fase de absoluta irresponsabilidade, para a fase da responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, os doutrinadores de direito administrativo, quando da análise da evolução histórica da responsabilidade civil da PJDP, normalmente se filiam a duas correntes básicas: a primeira, defendida por Hely Lopes Meirelles, pela qual a evolução passa pelas teorias da culpa administrativa, do risco

---

[10] In *Direito Administrativo Brasileiro.* 17ª edição, São Paulo: Malheiros, 1992, p. 553.
[11] in *Direito Administrativo.* 4ªedição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 586.

administrativo e do risco integral[12]. A segunda, defendida dentre outros por Celso Antônio Bandeira de Mello[13] fala em princípio da irresponsabilidade do Estado, princípio da responsabilidade de cunho subjetivo (culpa civil e culpa administrativa), e princípio da responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, como se pretende abordar de maneira genérica o tema em questão, analisar-se-á cada uma dessas doutrinas.

III.1. FASE DA IRRESPONSABILIDADE DA PJDP

No que respeita a evolução das fases da responsabilidade, o presente estudo deve ser feito no que se refere ao período histórico que passa a ser estudado.

Com efeito, na origem do direito público, a PJDP se caracterizava como ente dominador e superior nas relações com os Administrados. A soberania dessa PJDP era tamanha que comumente se reconhecia que não poderia causar danos aos administrados, ou mesmo que a soberania tinha como fundamento maior a imposição de todos às raias do pensamento estatal.

Nesse sentido é que ficaram grandemente difundidas frases eloquentes que evidenciam tal submissão às ordens legais, tais como "le roi ne peut mal faire" como ficou conhecido esse poder na França; ou mesmo "the king can do not wrong", como diziam os ingleses.

Vale ressaltar que essa soberania e essa imposição de todos aos mandamentos estatais só alcançavam exceções; ou seja, possibilitavam uma responsabilização estatal, quando as leis esparsas assim se manifestassem, ou quando se permitia a responsabilização de um funcionário pessoalmente.

Nesse prisma, na responsabilização pessoal do infrator era permitida a sua correção e indenização desse dano, desde que o ato danoso ocorresse, fosse diretamente relacionado a um comportamento pessoal do infrator e se pudesse fazer ligação entre o ato e o dano sofrido. - Nexo causal.

Após essa paulatina superação da teoria da irresponsabilidade, que se observa pelos posicionamentos absolutistas que se espalharam à época, passou-se a reconhecer, timidamente, uma responsabilização do Estado por atos que causassem danos aos administrados. Ainda assim, teve-se que superar o posicionamento dominante na 2ª metade do século XIX e início do século XX, a qual se filiava a uma tendência subjetivista (considerando o ente público como uma pessoa jurídica idêntica em direito e deveres, daquelas de direito privado), para a tendência atual de responsabilidade no

---

[12] *Direito Administrativo Brasileiro*. Cit. pp. 554 e ss.
[13] In *Curso de Direito Administrativo*.8ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 575 e ss.

campo objetivo, expressada em grande parte das Constituições Hodiernas, inclusive na Carta Magna de 1988 [14].

III.2. FASE DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Dentro dessa evolução histórica, passou-se a considerar a possibilidade concreta de responsabilização do estado pelos danos causados a terceiros, desde que se comprovasse que o ato danoso foi culposo ou doloso.

Com efeito, a grande ênfase que foi considerada como passível de responsabilização certa conduta estatal teve como seu ponto de partida a idéia de culpa ou dolo, nos termos em que fora explicado anteriormente (item II) e idêntica a responsabilização das demais pessoas jurídicas existentes tanto no domínio público como no domínio privado.

Nesse sentido, a culpa ou dolo tornava-se passível de indenização pelos próprios institutos de direito privado que, em especial o Código Civil Brasileiro, já trazia, desde sua elaboração em 1916, em seu art. 15, a concepção idealizada pelos jurisconsultos da época acerca da responsabilidade das pessoas de direito público, ao afirmar que: "*As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano*" (sem grifo no texto original).

Essa doutrina da responsabilidade subjetiva baseada na ocorrência do dolo e culpa do funcionário esteve em vigor na legislação pátria até o advento da Constituição Federal de 1946.

Mesmo sendo superada a teoria dos estados absolutistas da irresponsabilidade do Estado, ainda sofria o cidadão pesados gravames na defesa de seu direito em juízo, tendo em vista ser seu o ônus de provar a conduta culposa ou dolosa do agente administrativo. Ademais, havia sempre a necessidade de comprovação da imputabilidade dessa culpa ao funcionário.

Nesse prisma, salutar são as palavras trazidas à baila pelo direito comparado, ao afirmar que: "El juicio sobre la culpa que presupone la realización de una voluntad considerada como antijurídica consiste, pues, en una apreciación o valorización del proceso de formación de la voluntad del agente que pone de relieve una responsabilización antijurídica de esa voluntad como personalmente reprochable. La acusación personal de que el agente no ha manifestado una voluntad conforme a las normas, aunque se hallaba en situación de ello, presupone en primer

[14] CF/88, art. 37, parágrafo 6º.

lugar la imputabilidad, es decir, la capacidad de comprender la injusticia de su acción y de obrar en consecuencia".[15]

Portanto, conclui-se que essa teoria, em que pese a profunda superação dos princípios anteriormente avessos à matéria, ainda deixava muito a desejar, principalmente em se levando em conta o profundo e complexo instrumento probatório que ainda deveria ser objeto do administrado que sofre um dano e lamenta em juízo uma indenização.

Dessa forma, foi sendo desenvolvida ainda mais a teoria da responsabilidade civil do Poder Público, superando essa visão tipicamente privatista, na qual tratava a PJDP como as demais pessoas jurídicas de direito privado, para alcançar uma fase intermediária entre a responsabilidade de cunho subjetivo (comparando a PJDP às demais pessoas jurídicas), e a teoria hoje largamente aceita da responsabilidade objetiva (independentemente de comprovação do dolo ou culpa, por vezes até atingindo atos considerados lícitos, bastando ao administrado a comprovação do ato danoso e do NEXO CAUSAL entre o comportamento e o dano).

Com efeito, passou-se a considerar a chamada *culpa administrativa* como sendo aquela passível de responsabilização do infrator. Esta teoria baseava-se não apenas às hipóteses previstas pela legislação civil de 1916 (art. 15), mas trouxe à baila a possibilidade de ressarcimento dos atos em que for observada a *faute du service*, como largamente defendiam os franceses.

Destarte, salutar é a observação citação transcrita por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao mencionar o teor básico da doutrina francesa da *faute du service*, nos seguintes termos: "Par la suite, l'évolution des idées sur l'État, considéré non plus exclusivement comme une puissance mais aussi comme un prestataire de services, permettra de développer une responsabilité administrative fondée sur la notion de mauvais fonctionnement du service, *forme publicisée de la notion de faute*"[16].

Pelo que pode observar, a pedra de toque da superação da teoria do direito comum da responsabilidade subjetiva e da teoria ora examinada da culpa administrativa é que pela primeira tão somente poder-se-ia falar em responsabilidade em caso de comportamento doloso ou culposo realizado por um funcionário, ao passo que pela teoria da culpa administrativa é suficiente para caracterização do dever de indenizar a comprovação da culpa ou falha do serviço. *A culpa individual, antes a única forma de cabimento do dever de indenizar, passa a ser uma das modalidades, ao lado da responsabilização por faute du service.*

Não se pode deixar de salientar, nesse particular, as lições inesquecíveis de 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*

---

[15] BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad Civil. Derecho Sustativo e Derecho Procesal.*7ª edición, Madri: Editorial Montecorvo S.A, 1993, p. 54.

[16] BÉNOÎT, Francis-Paul. *Le Driot Administratif Français.* Dalloz, 1968, p. 677. *APud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 577.

serviço - culpa da administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*"[17].

Em casos práticos, havia esse dever de indenizar sempre que se comprovasse que o serviço, que deveria funcionar, não funcionou, funcionou atrasado ou com deficiência, como nos exemplos citados por Gasparini: A) Na PJDP devesse existir um serviço de prevenção e combate a incêndio em prédios altos e não houvesse (o serviço não existia); B) o serviço de combate a incêndio existisse, embora funcionasse chegou ao local do sinistro atrasado (serviço funcionou, mas com atraso)[18].

Em que pese essa teoria da culpa administrativa tivesse significado um importante passou rumo a hoje difundida teoria da responsabilidade objetiva, ainda havia a necessidade de comprovação, pelo administrado que lamenta uma indenização em juízo, dos fatos alegados como culposos e o nexo causal entre o prejuízo e o ato[19].

É fato, por outro lado, que a partir do momento em que se passou a considerar a possibilidade de responsabilização por atos gerais e não apenas individuais (defendido pela teoria da responsabilidade subjetiva do direito civil) foi apenas questão de tempo para que se chegasse ao conceito de responsabilização do ente público, por comportamentos lícitos ou ilícitos, independentemente da culpa; a saber, teoria da responsabilidade objetiva.

III.3. FASE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Esta fase, que teve seu ponto de partida as decisões do Conselho de Estado da França, ampliou sobremaneira a proteção dos administrados por atos provenientes da atuação do Estado e de sua Supremacia dentro da Organização da Sociedade.

A grande observação que se nos parece necessária é a que concerne ao ônus probatório. Caberá ao infrator, única e exclusivamente, a comprovação do ato lesivo e o nexo causal entre esse ato e o dano. Não há que se falar, portanto, em cabimento dessa espécie de indenização apenas em se tratando de ato

---

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* Cit. p. 555.
[18] *Direito Administrativo*.Cit. p. 590.
[19] Não se pode deixar de aduzir o comentário feito por Celso Antônio Bandeira de Melo, ao criticar que em alguns doutrinadores nacionais e da América do Sul, chegaram a considerar a responsabilização por *faute du service* como responsabilidade objetiva. Em suas palavras "é muito provável que a causa desse equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de *culpa*. Todavia, no Brasil, como de resto em outros países, foi inadequadamente traduzido como "falta" (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo". Cit. p. 578.

culposo ou danoso, mas qualquer ato ofensivo a esfera protegida do administrado traz consigo o dever de indenizar.

O seu ponto de partida na legislação pátria foi a Constituição Federal de 1946, e hoje está amplamente difundido na Carta Magna de 1988, em seu art. 37, parágrafo 6º.

Nesse particular, já salientou Meirelles que: "o exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiro por seus servidores, ***independemente da prova de culpa no cometimento da lesão***. Firmou, assim, o princípio objetivo *da responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados"[20] (salientou-se).

Ao se analisar essa evolução vista pela concepção dos estudiosos do direito, percebe-se que alguns doutrinadores, em especial Hely Lopes Meirelles, afirma que a responsabilidade civil do Estado adota a teoria do risco administrativo, em contraposição a teoria do risco integral. Mas, como a distinção em questão é muito importante para o atual estudo, passar-se-á analisá-la no item subsequente.

Ademais, apenas à guisa de arrematação, complementa-se aduzindo que se tem hoje como dominante a teoria da responsabilidade objetiva, cabendo apenas a comprovação da culpa ou dolo em casos de comportamentos omissivos, como defendido pela melhor doutrina, além de ser passível a chamada ação regressiva quando se tratar de ato passível de comprovação de culpa por porte do servidor. Tal fato nos leva a afirmar que hodienamente a responsabilidade civil é objetiva da administração pública ao mesmo tempo em que se tem a responsabilidade subjetiva do servidor, considerando que este terá que arcar com os prejuízos sofridos pelo Erário em casos de comportamentos culposos ou dolosos.

III.4. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E TEORIA DO RISCO INTEGRAL.

A teoria do risco administrativo enseja em sua configuração uma categoria intermediária entre a teoria da culpa administrativa (*faute do service)* e a teoria do risco integral.

Explica-se.

Através dessa teoria basta o simples fato da ocorrência de dado comportamento para que se possa falar em responsabilização da PJDP. Logo, não é apenas a configuração da falta, da ausência ou do atraso do serviço para se ter em vista a responsabilização, mas sim pelo simples *fato do serviço*.

[20] Cit. p. 558.

Portanto, em única frase pode-se sintetizar que a teoria do risco administrativo tem por fundamento precípuo *o risco que a atividade administrativa, dada a sua prevalência sobre o interesse particular, gera para todos os cidadãos sujeitos a tal conduta impositiva***.**

Por outro lado, necessário também destacar a *teoria do risco integral*. Tal teoria, fomentada como uma extrema concepção da teoria do risco administrativo, traz consigo a necessidade de ressarcimento de qualquer dano causado aos administrados, inclusive aqueles em que se adere a culpa ou dolo da própria vítima. Em vista disso, é evidente que a teoria do risco integral deve ser rechaçada pela doutrina e jurisprudência pátrias, dado o seu caráter nitidamente distorcido.

Em síntese, a doutrina hoje dominante é a do risco administrativo, na qual a PJDP se responsabiliza por danos causados aos administrados independentemente de comprovação de dolo ou culpa; cabendo a este, para eximir-se do dever de indenizar, comprovar que inexistiu nexo de causalidade.

IV. ALGUNS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LÍCITOS E ATOS ILÍCITOS.

Ao se falar em alguns fundamentos da responsabilização estatal por comportamentos comissivos ou omissivos, é estudar justamente as condições sociologicamente apreciáveis que autorizam essa responsabilização.

Assim, antes de mais nada, é vertente ratificar que o ente público, no desempenho das funções públicas e na prevalência do interesse público sobre o particular, edita comportamentos que podem vir a lesar direitos individualmente considerados. Esses comportamentos podem ser comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos.

Nesse prisma, ao se analisar os fundamentos ensejadores da responsabilidade, deve-se separar esses comportamentos lícitos dos ilícitos, posto que seus fundamentos são distintos.

Primeiramente, no que tange aos comportamentos ilícitos, os quais são objeto primordial da presente exposição, tem-se por fundamento maior a ofensa aos ditames e princípios constitucionais democráticos, em especial o princípio da legalidade.

Sob esse particular, deve-se fazer breves comentários acerca desse princípio inerente ao Estado de Direito. Nesse sentido, completas são as lições de José Afonso da Silva, para quem: “o princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. ***Sujeita-se ao império da lei, mas***

da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualdade das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei"[21](grifo nosso).

Após essas lições, tem-se por desnecessária qualquer outra observação a não ser fomentar que o ideal maior do Estado Democrático de Direito é a obediência aos ditames legais, e, se a conduta proveniente da própria Administração contrariar esse ordenamento jurídico, é cabível o ressarcimento em razão dessa ofensa.

Por outro lado, no que tange aos comportamentos lícitos praticados pelo Estado e que ferem direitos dos administrados, o fundamento maior do dever de indenizar é a ofensa ou o tratamento desigual atribuído a certas pessoas.

Com efeito, no Estado idealizado como cumpridor dos anseios sociais é imprescindível seja atribuído tratamento igualitário entre os membros dessa sociedade. Assim, nos casos de comportamentos que tragam consigo, mesmo que não seja esse o fim precípuo, o tratamento desigual e a imposição de gravames a alguns em favor do interesse geral, cabe falar-se em dever de indenizar.

Sob essa ótica, é salutar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no que se refere ao comportamento lícito do Estado: "Entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito"[22].

*In fine***,** verifica-se sempre possível um comportamento lícito do ente público, na procura de corresponder aos anseios sociais - Idealização dos Interesses Públicos. Mas se essa conduta -- repita-se -- ocasionar ofensa aos direitos individualmente considerados -- caberá ao Estado o dever de indenizar. Isso ocorre, v.g., no caso de pavimentação de uma avenida que ocasionou o rebaixamento de diversas residências, que passaram a sofrer inundações constantes em razão das águas pluviais. Neste caso, não há que se indagar de um comportamento ilícito, posto que realizado estritamente de acordo com os ditames legais e na busca do desiderato maior da tutela dos interesses socialmente analisados, mas caberá uma indenização em razão do ônus sofrido pelos proprietários dos imóveis em questão, tendo em vista a ofensa aos seus interesses individuais e, consequentemente, estar-se atribuindo uma parcela não equânime de distribuição dos ônus administrativos.

---

[21] In *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 400.
[22] Cit. p. 580-581.

V. SUJEITOS QUE COMPROMETEM A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E DIREITO DE REGRESSO.

Em vista de tudo que fora exposto até o momento, já é possível constatar que a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público é um instituto de proteção colocado à disposição dos membros da sociedade, em vista de possíveis condutas comissivas ou omissivas, lícitas ou ilícitas, que possam causar danos aos indivíduos.

É fato que para a realização de suas inúmeras obrigações o Estado pratica atos jurídicos, que em Direito Administrativo recebem a denominação de atos administrativos, todos passíveis de considerações acerca da viabilidade ou da conveniência, os quais podem ser impugnados caso estejam a causar danos aos indivíduos.

Nesse sentido, para o cumprimento desses deveres, é assegurado, através dos institutos da desconcentração ou da descentralização administrativa, ao Estado dividir entre vários Órgãos a competência para tal matéria. Logo, o Estado como ente abstrato (pessoa jurídica de direito público interno) pratica os chamados atos administrativos, através das pessoas físicas que atuam em cada fração dessa Organização Descentralizada ou Desconcentrada do Serviço Público.

Em uma concepção sintética: *todos os atos dos agentes, em qualquer nível e escalão na organização administrativa, comprometem o ente público como se tivessem partido da própria pessoa jurídica, e assim é tratado pelo Ordenamento Jurídico.*

Ademais, como bem colocou Celso Antônio Bandeira de Mello, não só a organização descentralizada do Estado é que responsabiliza diretamente o Estado, mas todos os atos praticados no exercício de uma função estatal, ainda que praticados por pessoa jurídica de direito privado, compromete o Estado pela responsabilização, nem que de forma subsidiária.

Em seu posicionamento deve-se sempre ter em vista que: "para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob *concessão* ou *delegação* explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito)"[23].

[23] Cit. p. 582.

Assim, é possível concluir que qualquer pessoa no exercício de uma atividade dentro da estrutura estatal tende a responsabilizar o próprio ente público pela sua conduta causadora do dano, restando apenas a indagar, o que se nos parece fugir do tema inicialmente proposto, se a responsabilidade é diretamente imputada à pessoa jurídica de direito público ou apenas subsidiariamente.

VI. ESPÉCIES DE ATOS ILÍCITOS CULPOSOS E DOLOSOS E SUA RESPONSABILIDADE

Quando se analisam as espécies de atos que possam causar danos a terceiros, tem-se que ter em vista, *a priori*, que esses atos podem ser analisados à luz da obediência ao princípio constitucional da legalidade.

Nesse particular, pode-se imediatamente verificar que a conduta estatal é desenvolvida através de atos lícitos ou ilícitos, que causam danos aos administrados. Ratifica-se, por oportuno, que o objeto principal do presente trabalho são apenas os últimos.

Com efeito, os atos ilícitos do Estado, provenientes de uma conduta comissiva, que trazem consiga a ofensa ao direito individual do cidadão, podem ser divididos da seguinte maneira: atos jurídicos ilícitos e atos materiais ilícitos. Como exemplo da primeira hipótese, pode-se mencionar uma demissão de um funcionário público sem a obediência dos preceitos legais, sem a instauração ou com o desenvolvimento viciado do processo administrativo disciplinar; ao passo que como ato material ilícito afirma-se o caso de um homicídio de um cidadão em vista de uma bala perdida deflagrada por militar durante uma perseguição a um criminoso.

Lembre-se que em todas as hipóteses em estudo, o que se tem que levar em conta é que a conduta ilícita praticada por um agente com poderes decorrentes da estrutura administrativa causou prejuízos e feriu o direito individualmente considerado.

Nunca é demais ressaltar que em todas as hipóteses de cabimento da responsabilização do Poder Público por conduta de seus agentes, tem-se que ter em vista que o prejuízo causado é de cunho especial e não aquele genericamente disperso em toda a coletividade, razão pela qual não se pode considerar legítimo um pedido de indenização em vista de pertubação provocada pelo asfaltamento de uma avenida às vésperas de uma eleição, em vista de que tal dano é suportado não apenas pelo reclamante, mas por todos os habitantes daquele perímetro.

Ademais, quando se analisa a responsabilidade civil do Estado por danos causados por condutas ilícitas comissivas (por ação), deve-se ter em vista que a teoria a ser aplicada é a objetiva, na qual independe de prova a intenção do Estado, apenas se leva em conta a ocorrência do dano e o elo de ligação entre esse dano e a conduta estatal.

De outra banda, afirma-se também que é possível discutir a responsabilidade em caso de ato ilícito omissivo, nas hipóteses em que o ente público tinha o dever de prestar o serviço, mas este não funcionou (ex: escoamento de águas em razão de obstáculos nos esgotos), funcionou mal (ex: incêndio em um edifício que não foi combatido em vista da altura limitada que poderia chegar a escada do carro dos bombeiros), ou funcionou atrasado (chegada atrasada desse carro de bombeiros quando o incêndio já tivesse encerrado e destruído todo o imóvel).

Nesses casos, observe-se, não foi a conduta direta da pessoa jurídica de direito público que ocasionou o dano, mas esse dano foi aprofundado dada a ausência de uma prestação legal a que ele estava obrigado. De outra banda, se o caso concreto ventilar hipótese em que a conduta ilícita não foi atribuída diretamente ao ente estatal, não caberá falar em *responsabilidade de cunho objetivo.*

Nesse prisma, a responsabilidade a ser averiguada só tem razão de ser, caso seja realmente comprovado a ausência, o defeito no funcionamento ou o funcionamento tardio do serviço, dai porque tem-se que analisar a demanda à luz da teoria *da culpa administrativa, ou simplesmente teoria subjetiva.*

Logo, deve o reclamante da indenização comprovar os três elementos caracterizadores do dever de indenizar pela teoria subjetiva: A) a ausência do serviço no qual estava obrigado o ente público; B) A culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo do ente em deixar de cumprir o serviço que obrigado; C) O Nexo causal, entre a conduta omissiva ilícita e o dano causado ao direito individualmente considerado.

VII. BREVES PALAVRAS ACERCA DAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

A partir desse momento, e como forma de finalizar esse breve trabalho acerca da responsabilidade civil da PJDP, após tecer breves comentários acerca da responsabilidade por atos ilícitos, não se podia deixar de verificar as causas que excluem esse dever de indenizar previamente estabelecido, decorrente de cometimento de ato ilícito por parte do agente administrativo.

Antes de mais nada, deve-se mencionar que a regra é o dever de indenizar, sendo apenas a exceção é a negativa desse dever. E essa excludente vai variar de acordo com o tipo de comportamento ilícito a ser analisado: comissivo ou omissivo, tendo em vista que no primeiro caso trata-se de responsabilidade objetiva, ao passo que o segundo tem em vista a responsabilidade subjetiva.

Nesse prisma, se nos faz imperioso afirmar, ratificando posicionamento já adotado, que o pressuposto do ato ilícito é um procedimento contrário aos ditames legais, o qual enseja ao infrator o dever de indenizar. Ora, se não

se configura, em hipótese, a contrariedade do ato ao mandamento legal, não há que se falar em responsabilização por ato ilícito.

No que tange ao comportamento comissivo da PJDP, essa responsabilidade independe da ocorrência de dolo ou culpa, bastando a comprovação do ato danoso e do nexo causal entre dito comportamento e o dano. Assim, as hipóteses em que se cogita de exclusão do dever de indenizar são restritas as seguintes: A) comprovar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima, tendo em vista que se tratar de dano proveniente de culpa concorrente do agente e da vítima, ao Estado permanece o dever de indenizar, sofrendo apenas uma redução nesse montante; B) o dano seja proveniente de ato exclusivo de terceiro; C) Casos de comportamentos danosos provenientes de caso fortuito e força maior.

Em que pese a existência de posicionamento no sentido de considerar que a responsabilidade da PJDP por comportamentos comissivos ilícitos se exime nessas três hipóteses, nos filiamos, como de regra, aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, para afirmar que, nas hipóteses de exclusão de responsabilidade do Estado no que se refere aos comportamentos ora analisados, o que se está verificando, na verdade, é a ausência do *nexo causal entre o comportamento e o dano.*

Com efeito, nos casos de comportamento culposo da própria vítima, o que a PJDP tentará demonstrar é que a causadora do dano foi a própria vítima, inexistindo o comportamento apontado contra o ente público. Haverá, em verdade, ausência do *nexo causal entre o suposto comportamento estatal e o dano ocorrido*[24].

Nas palavras do renomado publicista: "de conseguinte, a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas sê-lo-á unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano"[25].

Evidentemente que esse raciocínio só deve vir a tona nos casos de culpa *exclusiva da vítima*, posto que nos casos de culpa *concorrente* da vítima e do Poder Público, haverá o nexo causal, em que pese a tese de compensação do valor da indenização ser francamente defendida. Aliás, a culpa da vítima também está prevista no Código Civil de 2002, *ex vi* art. 945.

Ademais, a arguição de força maior ou de caso fortuito, também leva a concretização da conduta independentemente de ato da PJDP; portanto, inexiste o nexo causal entre o dano e a conduta estatal. Ora, se o dano adveio de força da natureza, evidentemente que não há o que atribuir o dever de indenizar ao Poder Público.

---

[24] O mesmo ocorrendo nos casos de ato de terceiro, já que faltará, em verdade, ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

[25] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Cit. p. 596.