

A Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002)

Flávio de Araújo Willeman

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito. Professor da UCAM,
EMERJ, ESAP, da FGV e da UFF.*

I - INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas de direito público exprimem sua vontade por meio dos seus agentes públicos¹, com a prática de atos administrativos, que deverão pautar-se pela lei e pelos princípios que regem

¹ Isso se explica em razão da Teoria do Órgão, bem delineada nas palavras sempre autorizadas de Hely Lopes Meirelles, *verbis*: "A Teoria do órgão veio substituir as superadas teorias do mandato e da representação, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela teoria do mandato considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante da só indagação de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da representação considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validade a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, Gierke formulou a Teoria do Órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão - sustentou Gierke - é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade. (Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie in die deutsche Rechtsprechung*, Berlim, 1887)." *In Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67, nota 20. Segundo Gustavo Peisier, a Teoria do Órgão entende o Estado como um "organismo vivo", que através de seus órgãos realiza suas funções. Trata-se, portanto, de uma visão organicista. A vontade da administração

a Administração Pública, mais especificamente no princípio da legalidade administrativa², para que sejam considerados válidos.

Deve-se dizer, porém, que quando do surgimento do Estado e até a Revolução Francesa, a administração pública era confundida com a própria administração da realeza, razão por que os atos administrativos eram concebidos como manifestação do próprio poder soberano do rei. Esta situação só veio a ser alterada com a instituição do Estado de Direito³, em que também o Poder Público passou a se submeter às próprias leis que editava⁴.

Neste contexto, se o ato administrativo transgredir norma de conduta estabelecida na lei ou na vontade das partes⁵ (obrigação jurídica originária) e, por conseqüência, causar dano a terceiro - aqui

pública e daqueles que agem em seu nome possui relação direta, uma vez que os atos de seus funcionários são os atos do Estado, que refletem, portanto, a sua vontade. Tem-se, portanto, a noção de unidade entre ambos. A atividade do agente configura-se como sendo a do órgão do qual ele faz parte ou do próprio Estado. PEISIER, Gustave. **Droit Administratif**. Treizième Édition, Editions Mémentos Dalloz, Paris, 1987, p. 137.

² Segundo Odete Medauar, o princípio da legalidade administrativa, em sua concepção originária, vincula-se à separação de poderes e ao conjunto de idéias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Afirma a ilustre publicista que "Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era o mesmo que obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade. Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa. (...) Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento." **In Direito Administrativo Moderno**. 5ª edição. São Paulo: RT, 2001, p. 144-145.

³ Segundo Carlos Ari Sundfeld, o Estado de Direito é aquele "criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado". **Fundamentos de Direito Público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

⁴ Esta, ao que parece, foi a conclusão a que chegou o jurista italiano Angelo Piazza: "*Storicamente, infatti, la pubblica amministrazione nasce come amministrazione del re, strumento di governo e diretta emanazione del potere sovrano, dal quale mutuava tutte le proprie prerogative. Il potere, del resto, era esercitato nei confronti di sudditi, non di cittadini, né risultava vincolato da limiti esterni ad esso.*

Com le costituzioni dell'ottocento si attua il tentativo di ricondurre l'attività della pubblica amministrazione entro limiti eterodeterminati. Innanzitutto viene introdotto il principio di legittimità, che subordina l'attività amministrativa alla legge, senza però ancora scalfire quella differenza di piani che rende il soggetto pubblico 'diverso' da quello privato, in quanto deputato a tutelare e realizzare l'interesse pubblico. D'altra parte, l'introduzione di regole esterne, infuizione prettamente garantistica, impone l'attivazione di meccanismi atti a consentirne la puntuale osservanza." **PIAZZA, Angelo. Responsabilità Civile ed Efficienza Amministrativa**. Giuffrè Editore: Milão, 2001, p.11.

⁵ Para Álvaro Villaça Azevedo, "A relação jurídica obrigacional nasce da vontade dos indivíduos ou da lei e deve ser cumprida no meio social, espontaneamente. Quando a obrigação não se cumpre pela forma espontânea é que surge a responsabilidade". **In Curso de Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 1997, p. 37. Colha-se também, neste contexto, a observação formulada por Norberto Bobbio, verbis: "(...). Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta". **In A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 8.

denominado lesado - surgirá o instituto da responsabilidade civil, impondo à pessoa jurídica de direito público o dever de cumprir obrigação jurídica sucessiva com vistas a restabelecer a situação jurídica ao estado anterior (*restitutio in integro*), quase sempre por meio do pagamento de uma indenização em dinheiro⁶.

Demarcando desde logo que este ensaio não cuidará da responsabilidade civil contratual das pessoas jurídicas de direito público, pode-se adiantar que, para se ter presente o dever de indenizar do Estado, necessária será a comprovação, por parte do lesado, de três elementos, a saber: (i) um fato ou um ato administrativo, ou mesmo uma omissão específica, praticado por agente público atuando nesta qualidade; (ii) um dano atual e efetivo, que poderá ser patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral); e, por fim, (iii) o nexo de causalidade⁷ entre a conduta administrativa e o dano.

Partindo dessas premissas é que será analisada a responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito público, mormente a sua sistematização após a vigência do Novo Código Civil, incorporado ao direito brasileiro por meio da Lei Nacional nº 10.406/2002.

Antes, porém, será analisada, de forma breve, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro, enfocando as excludentes do nexo causal em cada teoria ao longo da história e a sua tendência atual à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias.

II -EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SÍNTESE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

a) a fase da irresponsabilidade das pessoas jurídicas de direito público

Já se afirmou em doutrina que o estudo da responsabilidade civil do Estado inicia-se pela fase histórica em que o Estado não era responsabilizado por atos dos seus agentes⁸.

⁶ Digno registrar, à guisa de exemplo, que o artigo 948 do Código Civil de 2002 estabelece outras formas de indenização, mormente em casos de homicídios.

⁷ Sobre o tema nexo de causalidade como elemento necessário para o instituto da responsabilidade civil, remete-se o leitor ao excelente trabalho desenvolvido por Gustavo Tepedino, sob o título "Notas sobre o Nexo de Causalidade", *In Revista Trimestral de Direito Civil -RTDC*. V. 16, abril/junho, 2001, p. 3/49.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 4 - *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 84.

A teoria da total irresponsabilidade do Estado, também conhecida como "feudal", "regalista"⁹ ou "regaliana"⁹ surgiu no Estado Romano, em que se sustentava a impossibilidade de o Estado estar em juízo para ser responsabilizado por atos de seus agentes, eis que todo e qualquer ato dos "governantes" era reputado como se fosse praticado em prol do bem comum, o que incluía como beneficiários aquelas pessoas eventualmente lesadas.¹⁰ O erro do Estado que porventura causasse dano a um administrado era considerado um erro de todos e por todos devia ser suportado¹¹. Para justificar esta teoria também era utilizado o argumento de que a irresponsabilidade estatal servia para evitar o empobrecimento do Erário¹².

Posteriormente, após o surgimento do Estado Absoluto, outro foi o fundamento a respaldar a teoria que garantia ao Estado ausência do dever de indenizar, isto é, a sua total irresponsabilidade diante de atos de seus agentes que violassem direito dos administrados. O Estado mantinha-se irresponsável civilmente ante a noção de que o poder conferido ao Estado advinha da divindade, "uma vez que os Reis eram como tal considerados em razão de um direito divino. Daí porque, sendo infalíveis, não podiam causar danos a seus jurisdicionados"¹³.

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.58.

¹⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

¹¹ SAAD, Renal Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 49.

¹² Como crítica a essa doutrina, importante trazer à baila as palavras de José de Aguiar Dias, *verbis*: "Tem-se inocentado demais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado se ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o erário, por via de indenização". **In Da Responsabilidade Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 176.

¹³ SCAFF, Fernando Facury. Ob. cit. p. 127. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a tese da irresponsabilidade estatal estava fincada na noção de soberania, eis que responsabilizar o Estado por atos de seus agentes seria igualá-lo aos seus súditos, fato que poria em risco a mencionada soberania estatal. Confira-se: "A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the King can do no wrong, le roi ne peut mal faire*) e o de que 'aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei' (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania". **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 525.

A doutrina que propunha a total irresponsabilidade civil do Estado foi perdendo espaço no direito positivo com a queda do regime absolutista e com o conseqüente advento das classes burguesas ao poder, pois sendo o Estado uma pessoa jurídica, dotada de personalidade e titular de direitos e deveres, a conseqüência natural é a sua responsabilização¹⁴, como corolário lógico do Estado de Direito.

Foi neste mesmo período histórico que se iniciou, ainda que timidamente, a formulação das teorias que, mais tarde, iriam atribuir ao Estado o dever de indenizar atos praticados por seus agentes causadores de danos a terceiros.

O primeiro passo, ainda na linha da Teoria da Irresponsabilidade, surgiu com a chamada responsabilização indireta do Estado¹⁵, admitindo-se a possibilidade de o lesado procurar o ressarcimento do dano perante o próprio agente estatal que, praticando ato contrário ao direito, teria descuidado de suas funções e, individual e separadamente, causado dano a outrem. Se assim agisse, o causador do dano deixaria, no momento do ato, de ser considerado agente público, tão-somente para agir contrariamente à lei. Entendia-se - como já registrado - que na qualidade de agente público nenhum preposto do Estado seria capaz de praticar ato contrário ao direito.

É certo, porém, que esta teoria não vingou, eis que necessária se fazia a prévia autorização do Estado para que o seu preposto fosse civilmente acionado em juízo. Sobre o insucesso deste entendimento, Fernando Facury Scaff chegou mesmo a afirmar que "Obviamente esta teoria não resolveu a enormidade de problemas decorrentes da intervenção do Estado, posto que ou o Estado negava autorização para que seu funcionário fosse processado, ou, em o permitindo, este não tinha posses suficientes para cobrir os prejuízos causados"¹⁶.

Pois bem. Nada obstante a teoria da total irresponsabilidade civil do Estado ter imperado até bem pouco tempo em algumas civi-

¹⁴ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. 2ª ed. Editora Montchrestien. Paris: 1985, p. 837.

¹⁵ SCAFF, Fernando Facury. *Ob. cit.* p. 131.

¹⁶ *Ob. cit.* p. 131.

lizações do mundo, v. g., na Inglaterra e nos Estados Unidos da América¹⁷, cumpre censurá-la, porque viola, em última análise, a idéia de justiça¹⁸, que deve ser cunhada e garantida pelo Estado e, assim, afirmar que Brasil não passou por esta fase, pois mesmo à falta de disposição legal específica, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito¹⁹.

De fato, a Constituição do Império, de 1824, no artigo 178, n.º. 29, já acenava para a responsabilidade civil pessoal do servidor público, ao dispor que "Os empregados públicos são estritamente responsáveis por abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos".

Mencione-se, igualmente, a existência de normas infraconstitucionais específicas no direito brasileiro estabelecendo a responsabilização civil do Poder Público por exploração de serviços públicos, merecendo destaque o artigo 142, do Decreto n.º 1.930/1857, que dispunha sobre o serviço público de transporte de pessoas nas estradas de ferro.

Sobre o tema, o jurista Pedro Lessa foi enfático ao enunciar que a referida regra legal trouxe para o direito brasileiro norma bastante clara sobre a responsabilidade civil das pessoas jurídicas pú-

¹⁷ Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "Os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do Federal Tort Claim Act, de 1946, e Crown Proceeding Act, de 1947, respectivamente. Ob. cit. p. 525. Já o administrativista português Diogo Freitas do Amaral informa que Portugal afastou de vez a fase da total irresponsabilidade do Estado em 1930. Confira-se a evolução histórica da legislação acerca da responsabilidade civil em Portugal, segundo o jurista português citado: " - até 1930: princípio geral da irresponsabilidade do Estado, com exceções; - de 1930 a 1950: responsabilidade solidária do Estado com os seus órgãos ou agentes por actos ilícitos praticados por estes no exercício das suas funções; irresponsabilidade do Estado com base no risco ou no sacrifício especial de direitos, salvas as exceções legais; - de 1950 em diante: tentativa doutrinal de generalizar a responsabilidade do Estado por factos casuais (risco) e por factos lícitos iníquos (sacrifícios especiais de direitos); - em 1966/1967: revisão geral e consolidação do regime da responsabilidade civil da Administração; alteração das regras sobre competências contenciosas nesta matéria." (grifos no original). In **Direito Administrativo**. V. III. Lições aos alunos do curso de direito, em 1988/89. Lisboa: 1989, p. 485/486

¹⁸ Sobre a Teoria da Justiça colham-se as palavras do filósofo americano John Rawls, verbis: "A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas do pensamento. Uma teoria, por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas". RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 1ª ed.; 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p.163.

blicas ou concessionárias que exploravam as estradas de ferro²⁰ em decorrência do transporte de pessoas, eis que o dispositivo legal citado não fazia distinção entre o objeto transportado (se coisas ou pessoas), sendo vedado ao intérprete, como é de curial sabença, distinguir onde o legislador não fez distinção²¹.

Vê-se, então, à luz do acima exposto, que desde 30 de abril de 1854, data da inauguração da primeira Estrada de Ferro no Brasil, construída por Irineu Evangelista da Silva, o Barão de Mauá, existe a possibilidade de responsabilização civil do Estado ou das empresas que exploravam o serviço público de transporte de passageiros nas estradas de ferro, quer seja pela aplicação dos princípios romanos previstos no Digesto e nas Institutas de JUSTINIANO, em decorrência do Código Philippino e da Lei da Boa Razão, quer seja pela aplicação, a partir de 1857, do artigo 142 do Decreto 1.930²².

b) a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público com fundamento na teoria civilista da culpa civil

²⁰ Sobre a exploração das estradas de ferro pelo Estado ou por concessionários, imprescindível, até mesmo por sua importância histórica, trazer à baila a doutrina de José de Mattos Vasconcellos, *verbis*: "Regime jurídico das estradas de Ferro. Governo Monarchico - O Decreto n. 101, de 31 de Outubro de 1835, expedido em nome do Imperador Pedro II, pelo Regente Diogo Antonio Feijó, e subscripto por Antonio Paulino Limpo de Abreu, Ministro da Justiça e interino do Império, já cogitava da matéria. E assim que o Governo ficou autorizado a conceder a uma ou mais Companhias que fizessem uma estrada de ferro da Capital do Rio de Janeiro para as de Minas, Rio Grande do Sul e Bahia, carta de privilégio exclusivo por espaço de 40 anos, para o uso de carros para transporte de gêneros e de passageiros." *In Direito Administrativo*. V. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937, p. 91-92. A obra é por demais rica nos detalhes históricos das Estradas de Ferro, trazendo informações acerca das concessões, das fiscalizações, dos prazos, das encampações, das espécies, das competências etc.

²¹ Confira-se a lição do jurista Pedro Lessa, *verbis*: "Tenho antes estatuído a respeito dos danos causados às coisas, e determinado que em tudo ficariam sujeitos às regras do Cód. Comercial, é claro, é inquestionável que no art. 142 o legislador se refere aos danos causados às pessoas ou aos danos causados a quaisquer entidades, sem distinção ou limitação de espécie alguma. Ao contrário, teríamos o absurdo sesquipedal de repetir o legislador, na mesma lei, com um intervalo de poucos artigos, a mesma disposição, o mesmíssimo preceito". LESSA, Pedro. "Da Responsabilidade dos Empresários de Transportes". *Revista de Direito*, v. 10, págs. 235 e segs. *Apud* DIAS, José de Aguiar. *Ob. cit.* p. 216).

²² Dúvida, porém, pode surgir quanto à modalidade de responsabilização do Estado ou das empresas que exploravam as estradas de ferro. A responsabilidade seria subjetiva ou objetiva? No nosso entender, deve-se analisar a questão sob o enfoque dos dois sistemas normativos acima mencionados. Até 1857, como era omissa a legislação brasileira no trato do tema, deviam ser aplicadas as regras previstas no Digesto e nas Institutas de JUSTINIANO que, segundo a lição de AGUIAR DIAS, somente admitia como excludentes do nexos causal "o caso fortuito", que, por sua vez, se dividia "em fortuito propriamente dito e o *damnum fatale*, isto é, aquêle que fôsse humanamente impossível de evitar". Diante disso, somos de opinião que até 1857 vigia no direito brasileiro a teoria da responsabilidade civil objetiva para disciplinar os conflitos de interesses porventura surgidos em decorrência do transporte ferroviário de passageiros.

Afirma-se hoje em dia que o estudo da responsabilidade civil do Estado é matéria afeta ao direito público, mais especificamente ao direito administrativo²³.

Todavia, nem sempre foi assim. Após a fase da total irresponsabilidade do Estado e de sua responsabilização indireta, via seu agente, que responderia direta e pessoalmente pelos danos causados por seus atos, buscou-se ampliar a aplicação da teoria da culpa civil a certos atos praticados por agentes públicos, com o fim de impingir ao Estado o dever de indenizar.

Esta teoria fazia inicialmente a distinção entre ato administrativo de gestão e ato administrativo de império²⁴ para buscar naquele o dever de indenizar do Estado. Isto porque, em suma, o ato de gestão, ao contrário do ato de império, que depende da força estatal (v.g., exercício do poder de polícia administrativa), seria aquele praticado por um agente público como se particular fosse, para mera administração do patrimônio público²⁵. São exemplos de atos de gestão os contratos privados em geral celebrados pela administração pública, com exceção, por certo, dos contratos administrativos típicos.

Desta forma, já se admitia a responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, desde que o ato praticado por agente público fosse caracterizado como ato de gestão e que restasse apurada a culpa do agente.

Esta teoria, apesar de representar grande avanço na história da responsabilização civil do Estado²⁶, se revela insuficiente não só pela grande dificuldade de se identificar na prática o que seria um

²³ Neste sentido José de Aguiar Dias, ob. cit. p. 143. Maria Helena Diniz, ao que parece, também concorda com a assertiva, pois aduz que "... a responsabilidade civil estatal não está somente disciplinada pelo direito civil, mas, principalmente, pelo direito público, ou seja, direito constitucional, direito administrativo e direito internacional público." *In Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17ª edição. 7ª volume - Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p.558

²⁴ Esta terminologia, segundo José Cretella Júnior, passou a ser conhecida e utilizada no seio do direito público por volta de fins do século XVIII, logo depois da Revolução Francesa, eis que, antes, tais expressões eram conhecidas apenas no direito privado. *Ob. cit.* p. 63.

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.* p. 64.

²⁶ Jean Rivero chega a advertir que "A responsabilidade do Estado foi, mesmo na ausência de texto que a apoiasse, reconhecida para os denominados atos de gestão, que não punham em julgo a soberania do Estado". *Droit Administratif*. 8ª edição. 1997, p. 165.

ato de império ou um ato de gestão, como também pela necessidade de se comprovar, previamente, a culpa do agente público que praticou o ato.

Nesse sentido, Álvaro Lazzarini critica a teoria em comento ao afirmar que "Tímida essa evolução civilista, pois o Estado é Estado, quer quando pratica atos de império, quer quando pratica de gestão, oportunidade na qual não usa de sua supremacia".²⁷

Ainda na perspectiva civilista, ultrapassada a distinção dos atos administrativos de império e de gestão, passou-se a entender que o Estado seria responsável por atos de seus agentes por culpa *in eligendo* e por culpa *in vigilando*, isto é, em razão de o Estado ter escolhido mal o seu agente, causador do dano, ou porque teria se descurado de sobre ele exercer a vigilância quando do desempenho de suas funções administrativas.

Nota-se que, assim como na primeira faceta da teoria civilista da responsabilização civil do Estado, para o lesado pouco importa se o ato violador do direito foi praticado por agente público bem ou mal eleito pelo poder público ou se este deixou ou não de exercer sobre aquele o dever de vigilância. Para o lesado, o que importa é que seu direito foi violado por preposto do Estado e que, por isso, a sua responsabilidade não pode ser elidida em razão de ter bem escolhido o seu agente ou sobre ele ter exercido o dever de vigilância.

Tais argumentos proporcionaram, mais uma vez, evolução na busca da melhor teoria para a responsabilização do Estado por atos de seus agentes, culminando com o surgimento das chamadas Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço (*faute du service publique*), que serão a seguir analisadas.

c) teorias da culpa anônima administrativa e da falta do serviço (*faute du service publique*)

Também fundadas na culpa, as Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço surgiram com o objetivo de avançar e burilar, nos termos da evolução histórica de intervenção do Estado nas relações sociais, a tese da responsabilidade civil do Estado.

²⁷ In Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes. LEX 117. RJTJESP, p. 10.

Pela culpa anônima do serviço impinge-se responsabilidade à entidade de direito público sempre que alguém sofrer dano em decorrência de atividade culposa ou dolosa praticada por agente público, sem que se tome conhecimento da identificação deste preposto estatal.

A origem desta teoria remonta ao início do século XX, na França (1911), após o famoso caso Anguet, em que um cidadão, considerado como intruso pelos agentes públicos, foi forçado a deixar o Departamento do Correio pela porta dos fundos, tendo em vista que a porta da frente estava fechada indevida e imprudentemente, antes da hora final do expediente, o que lhe acarretou um acidente que o fez quebrar a perna.

O Conselho de Estado francês entendeu que, embora a causa próxima e real do dano sofrido pelo cidadão tenha sido a falta pessoal dos agentes que o tomaram por intruso e o expulsaram do Departamento do Correio, também concluiu que a causa remota do dano foi a culpa anônima do serviço público, ante a impossibilidade de se identificar o agente que, de forma imprudente e indevida, procedeu ao fechamento da porta da frente do Departamento do Correio antes da hora prevista, obrigando o lesado a se retirar pela porta dos fundos. E assim impôs ao Estado francês o dever de indenizar o dano sofrido pelo cidadão²⁸.

Seguindo a teoria da culpa anônima administrativa, foi cunhada a teoria da falta do serviço administrativo para também impor ao Estado o dever de indenizar²⁹.

Segundo José de Aguiar Dias, a teoria da falta do serviço foi idealizada pelo Conselho de Estado Francês, por Paul Duez, fazendo exsurgir para o Estado a obrigação de indenizar sempre que o lesado comprove que o serviço não foi prestado, que não foi prestado adequadamente, ou que foi prestado tardiamente³⁰.

²⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit. p. 87.

²⁹ Importante, neste momento, é a advertência formulada por José de Aguiar Dias, no sentido de que não se pode confundir a falta com o fato do serviço; distinção útil que serve para separar a teoria ora analisada, fulcrada na culpa, com a teoria do risco, que será adiante exposta. DIAS, José de Aguiar. Ob. cit. p. 157.

³⁰ Confira-se a lição do autor citado: "De três ordens são os fatos identificáveis como faltas do serviço público, conforme resultem: de mau funcionamento do serviço, do não funcionamento do serviço, do tardio funcionamento do serviço. Na primeira categoria, estão os atos positivos culposos da administração. Na segunda, os fatos conseqüentes à inação administrativa, quando o serviço estava obrigado a agir, embora a inércia não constitua rigorosamente uma ilegalidade. Na terceira, as conseqüências da lentidão administrativa". Ob. cit. p. 156.

As Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço (*faute du service publique*) encontravam, nos dias atuais, até a edição do Código Civil de 2002, aplicação no direito brasileiro, mormente para apurar a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

Segundo a doutrina pátria, a fonte normativa que albergava as Teorias da Culpa Anônima Administrativa e da Falta do Serviço (*faute du service publique*) estava estampada no revogado artigo 15 do Código Civil de 1916. Neste sentido, confira-se a doutrina de Sergio Cavalieri Filho:

*"Não obstante a redação ambígua desse dispositivo, o que ensejou alguma controvérsia inicial, a melhor doutrina acabou firmando entendimento no sentido de ter sido, nele, consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Tanto é assim que fala em representante, ainda ligado à idéia de que o funcionário representaria o Estado, seria o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Ademais, as expressões 'procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei' não teriam sentido se não se referissem à culpa do funcionário".*³¹

Importante frisar, neste contexto, que parte da doutrina e da jurisprudência buscavam o fundamento da responsabilidade civil estatal subjetiva no artigo 15 do Código Civil de 1916, hoje expressamente revogado pelo Código Civil de 2002³², como já asseverado, pelo artigo 43, que praticamente repete os termos do artigo 37, §

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 241. No mesmo diapasão, cite-se decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: "Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de seus três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses. Ação julgada procedente, condenando o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência de *faute du service*."(STF - 2ª Turma. RE 179.147-1. Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. 12.12.1997, pub. DJU 27/02/1998, p. 18).

³² Doutrinadores de renome já defendiam o entendimento de que o artigo 15 do C. Civil de 1916 não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Por todos, deve-se mencionar o nome de Gustavo Tepedino. *In Temas de Direito Civil*. "A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal". Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 173-197.

6º, da CFRB/88, estabelecendo a responsabilidade civil objetiva da administração pública, fundada na teoria do risco administrativo.

d) responsabilidade civil estatal sem culpa (objetiva)

Deve-se, mais uma vez, ao direito francês a evolução da responsabilidade civil do Estado, ultrapassando-se as teorias civilistas baseadas na culpa do direito privado para a teoria da responsabilidade civil sem culpa, fulcrada, exclusivamente, nas normas e princípios do direito público, e também na chamada teoria do risco criado pela atividade administrativa, que será aprofundada oportunamente.

Foi por ocasião do famoso caso Blanco³³, em 1873, que o Conselho de Estado francês afastou a idéia de recorrer ao direito privado para conhecer a responsabilidade civil do Estado, fazendo, a partir de então, exurgir de forma autônoma a responsabilidade civil pública, que, segundo Vedel, citado por José Cretella Júnior, cabia ao próprio magistrado construir³⁴.

A responsabilidade sem culpa do Estado surgiu com a evocação da chamada teoria do risco criado pela atividade administrativa, que tem como pilares os princípios da equidade, da justiça e da igualdade de ônus e encargos sociais³⁵.

Chegou-se à conclusão de que a atividade desenvolvida pelo Estado, mormente a de freqüente intervenção nos ordenamentos social e econômico, a de prestação de serviços públicos de nítida natureza empresarial, e também face à necessidade cada vez maior de fazer valer o poder de polícia administrativa, traria um risco criado aos administrados, em benefício deles próprios, e que, por isso, todos deveriam ser co-responsáveis socialmente pelos danos que a atividade administrativa causasse a terceiros.

Em razão desse entendimento Sergio Cavalieri Filho afirma que:

³³ Sobre as peculiaridades do caso da menina Agnes Blanco, consulte-se a doutrina de José Cretella Júnior. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. Ob. cit. p. 28/31.

³⁴ **Droit Administratif**, 5ª edição, 1973, p. 327. *Apud* CRETELLA JÚNIOR, José. Ob. cit. p. 28.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Ob. cit. p. 161. Maria Helena Diniz também chega a afirmar que a responsabilidade civil estatal funda-se no princípio da isonomia, razão por que deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos. Ob. cit. p. 556.

*"Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as conseqüências danosas da atividade administrativa."*³⁶

Vê-se, então, que a teoria do risco administrativo conduz à responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, em que não mais se perquire o elemento culpa do agente público para se chegar, como premissa necessária, ao dever de indenizar. Basta que atividade administrativa, lícita (nos casos especificados na legislação ou de irrazoável sacrifício imposto ao lesado) ou ilícita, cause dano a terceiro e que haja o nexo de causalidade entre o dano e a conduta administrativa.

Assim, em síntese, são elementos da responsabilização objetiva do Estado: i) um fato administrativo, merecendo destaque os atos praticados por agente públicos que atuarem nesta qualidade e em razão da função pública que lhes cumpre por mister; ii) um dano, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial, e iii) o nexo de causalidade entre os elementos anteriores.

É de suma importância destacar que ato administrativo capaz de gerar dano deve ser oriundo de conduta de agente público, que deve agir nessa qualidade e em prol do interesse público, sob pena de não restar configurada a responsabilidade civil estatal, mas sim a responsabilidade pessoal do agente que age em nome próprio e em razão dos seus interesses.

Foi por meio do artigo 194, caput e parágrafo único, da Constituição Federal de 1946 que pela primeira vez no texto constitucional foi inserida a responsabilização objetiva do Estado, o que foi seguido pelas Constituições de 1967 (art. 105, parágrafo único); pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 107 e parágrafo único); e,

³⁶ Ob. cit. p.161.

atualmente, a regra está consolidada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988^{37/38}.

Saliente-se que, malgrado o texto do artigo 37, § 6º da CRFB/88 não aduzir expressamente, possível será ao Estado afastar o nexos de causalidade, e assim, o dever de indenizar, quando presentes estiverem: i) situações que denotem caso fortuito ou força maior, sem que haja qualquer fato administrativo capaz de ser entendido como necessário à causa do dano; ii) fato de terceiro; e iii) fato exclusivo da vítima³⁹.

Como se disse, a presença de quaisquer das situações acima narradas faz fenecer o próprio nexos de causalidade, desaparecendo, por isso, o dever de indenizar do Estado.

Sobre as possibilidades de o Estado utilizar as excludentes do nexos causal, mais uma vez recorre-se aos ensinamentos de José de Aguiar Dias, que as denominou de "cláusulas de salvaguarda" do Poder Público. Veja-se:

"O que convém estabelecer, para prevenir o excesso prejudicial do erário público, são as suas cláusulas de salvaguarda: a)

³⁷ Reitere-se que no direito brasileiro não chegou a vigor a teoria da total irresponsabilidade do Estado. Sempre houve a possibilidade de o sujeito que teve um direito violado buscar reparação de seu dano por ato praticado por agente público, quer responsabilizando os próprios agentes públicos, conforme determinavam as Constituições do Império de 1824 (artigo 179, inciso 29) e a Constituição de 1891 (artigo 82); quer responsabilizando os servidores solidariamente com o Poder Público, conforme determinava o artigo 171, da Constituição de 1934 e demais normas infraconstitucionais específicas.

³⁸ Apesar de não corresponder à tese aqui defendida, importante registrar o posicionamento de Arnaldo Marmitt, para quem o artigo 37, § 6º, da CRFB/88 não exprime a responsabilidade civil objetiva fulcrada na teoria do risco administrativo, mas sim a teoria da culpa presumida. Confirma-se a fundamentação do posicionamento nas palavras do próprio autor, *verbis*: "Importa colocar tais postulados nos seus devidos termos, arredando o radicalismo e buscando o verdadeiro alcance da norma constitucional. Esta traduz mero risco administrativo, estabelecendo simples inversão do ônus probatório. É uma exceção à regra de inexistência de ressarcimento sem prévia comprovação de culpa. Proposta a ação reparatória contra a entidade pública, a ela competirá provar que seu funcionário não agiu culposamente, mas sim a vítima. Inverte-se, assim, a posição: não o autor, mas o réu, deve comprovar. Se a administração deixar de produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato". In *Perdas e Danos*. Rio de Janeiro: Aidê, 1992, p. 258. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218

³⁹ Mencione-se que por iniciativa da Advocacia-Geral da União, apoiada pelo Ministério da Justiça, foi constituída uma comissão especial sob a presidência do Professor Caio Tácito, para elaborar anteprojeto de lei sobre a responsabilidade civil do Estado, que fora entregue concluído em 15 de agosto de 2002 ao Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, Dr. José Bonifácio de Andrada e Silva, e lá constam tais excludentes nos artigos 7º e 8º. Ver o inteiro teor do anteprojeto de lei na *Revista de Direito Administrativo* nº 229. Julho/Setembro de 2002. Rio de Janeiro: Renovar, p. 369-376.

a força maior exonera o Estado de responsabilidade; b) a culpa da vítima constitui causa de isenção total ou parcial ; c) o dano eventual, incerto, inexistente a fortiori ou não apreciável não acarreta a responsabilidade; d) para que provoque a reparação, é preciso que o dano seja direto; e) desconhecimento do dano moral" ⁴⁰.

Hodiernamente não merece aplicação a exposição do autor citado no que diz respeito ao dano moral, quer diante do que aduz o artigo 5º, incisos V e X, da CRFB/88, quer diante do que prevêem o artigo 186 do Código Civil de 2002 e o verbete nº 37, da Súmula da Jurisprudência predominante no e. Superior Tribunal de Justiça, que dispõem implícita e explicitamente o dever de indenizar quando houver violação de direitos da personalidade.

Importante salientar e reafirmar que o direito brasileiro adotou como regra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na teoria do risco administrativo, admitindo, porém, a invocação das excludentes do nexo causal acima enumeradas, e não acolheu, salvo raras exceções previstas expressamente em lei, a teoria do risco integral, em que resta vedada a possibilidade de exclusão do nexo de causalidade⁴¹.

III - A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO EM RAZÃO DA EDIÇÃO DE ATOS LÍCITOS

Pode-se afirmar que, como regra, o ato da administração capaz de deflagrar o dever de indenizar do Estado deverá ser ilícito⁴².

⁴⁰ Ob. cit. p. 207.

⁴¹ Não se pode deixar de registrar aqui a crítica formulada pelo saudoso publicista Hely Lopes Meirelles à teoria do risco integral: "A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de 'brutal', pelas graves conseqüências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza". In **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 533.

⁴² Karl Larenz, ao abordar o tema da indenização pela prática de atos ilícitos que causam danos, afirma que: "*el ordenamiento jurídico no se conforma con establecer la responsabilidad por conducta culpable y antijurídica. La convivencia humana hace exigible que el ordenamiento jurídico permita actividades a las que va unido un riesgo considerable. Cuando este riesgo acaece y otra persona resulta perjudicada, puede ser conforme a la equidad imponer en todo o en parte la responsabilidad en estos supuestos a aquella persona que originó la situación de riesgo o se sirvió de ella para su provecho, aunque no se le pueda acusar en haber infringido la ley. En estos casos hablamos de 'responsabilidad pro riesgo'*". LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 191.

Excepcionalmente, porém, as pessoas jurídicas de direito público poderão vir a responder por danos oriundos de condutas lícitas⁴³. Esta situação ocorrerá quando houver expressa previsão legal ou quando a atividade administrativa impuser sacrifício especial, irrazoável, injusto⁴⁴, anormal e excepcional ao direito do administrado⁴⁵. Neste sentido é a lição do publicista português Diogo Freitas do Amaral, pois afirma, *verbis*:

"Outros casos há, ainda, em que a Administração, não praticando nenhum acto ilegal nem executando nenhuma operação material ilícita, incorre mesmo assim no dever de indemnizar"

⁴³ Registrem-se, porque importante, as palavras de Gustavo Ordoqui Castilla, que assevera: "Normalmente el estudio del daño como fenómeno jurídico se hace circunscribiéndolo exclusivamente a la órbita de la responsabilidad extracontractual y contractual. Se ha considerado de utilidad analizar, aunque más no sea en forma sintética, el estudio del daño en aquellos casos en que aparece relacionado causalmente con un comportamiento lícito, adquiriendo relevancia jurídica a pesar de estar desvinculado de su habitual compañera la conducta ilícito-culposa. "No puedo desconocer - afirma Carnelutti - que hay casos en que el resarcimiento no responde a un daño ilícito. Actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Poco a poco se están dando cuenta de que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también con actos lícitos."

En tal sentido, Giorgiani ha sostenido: "la obligación de resarcir el daño no se hace derivar por ley exclusivamente de actos ilícitos, sino también, muy a menudo, de actos permitidos por ella, y, por tanto, lícitos".

Pensar que detrás de un resarcimiento siempre existe una obligación a norma violada, es lo que lleva a hacer caer en una petición de principios y a excluir a priori la categoría de actos lícitos dañosos precisamente por haber partido de falsos preconceptos. Se ha sostenido que sólo excepcionalmente el ordenamiento jurídico reacciona ante daños lícitos y que, en realidad, no serían más que un "apéndice anómalo de la responsabilidad civil."

A nuestro modo de ver no se trata de una excepción a la ratio juris de la responsabilidad civil, ya que el fenómeno que estudiaremos cuenta con una estructura y una función que le es típica según los casos, y, por tanto, le corresponde su lugar dentro del derecho de las obligaciones.

A poco que analicemos el daño causado por una conducta lícita advertiremos que estamos ante relación jurídica en la cual por un lado se ejercita un derecho y, por outro, la obligación de compensar no cumple una función sancionatoria respecto del que ejercita el derecho, sino que se trata de proteger la esfera jurídica del afectado, dándole en dinero o especies lo que supuso una disminución patrimonial súbita." CASTILLA, Gustavo Ordoqui. "Obligación de compensar daños causados por condutas lícitas". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 85, nº 726, p. 11-23, abril de 1996, p.13-14.

⁴⁴ Celso Ribeiro Bastos bem fundamenta a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público responderem por atos lícitos na chamada teoria do ato injusto. Confira-se: "A segunda razão de ser da responsabilização do Poder Público é a prática de um ato injusto, é dizer, embora fruto de um comportamento legal, a atuação do Estado acaba por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, bem individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda a sociedade. Não é porque o ato é lícito que ele deixa de ser passível de indenização. Esta será devida toda vez que ocorrer um dano patrimonial suportado por alguns em proveito do bem comum. Essa justificativa do ato injusto é importante para explicar os casos de responsabilidade objetiva do Estado, na qual este responde mesmo tendo agido com a cautela, a prudência e a perícia requeridas pela lei. (...). A teoria do ato injusto serve também para explicar por que o Estado responde por danos causados por um comportamento integralmente lícito. Quando constrói um viaduto, ou um elevado, por exemplo, mesmo que se tenha pautado pela mais estrita legalidade, se causou danos extraordinários, isto é, que vai além do risco normal a que todos estão sujeitos por viverem em sociedade, o Estado tem que indenizar". *In: Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, Tomo III, p. 172-173.

prejuízos emergentes da sua actuação: é o que acontece, designadamente, com os danos provocados pelo risco inerente ao exercício de certas actividades especialmente perigosas (por ex., exploração de um paiol de pólvora militar), e bem assim como os actos lícitos que imponham aos particulares formas de sacrifício especial dos seus direitos." - grifo no original ⁴⁶."

Parece comungar com o mesmo entendimento a jurista portuguesa Maria Clara Lopes, que assim doutrinou acerca da responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas por condutas administrativas lícitas:

"(...) este tipo de responsabilidade não pressupõe a existência da culpa, ou seja, de um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente que assenta, como acima se deixou dito, no nexó entre o fato e a sua vontade, dele agente, Autor do fato e pelo contrário, este tipo de responsabilidade pressupõe a prática de um fato ou de atos lícitos. Integram o conceito de ato lícito, entre outros, a colocação de um veículo em circulação, a montagem e exploração de uma fábrica, a fabricação e venda de produtos"⁴⁷.

Desta forma, como exceção à regra, as pessoas jurídicas de direito público poderão ser responsabilizadas civilmente por atos

⁴⁵ No mesmo sentido apresenta-se a lição de Juan Carlos Cassagne, *verbis*: "Existen algunas condiciones que, por ser comunes a la responsabilidad por acto ilegítimo, han sido ya analizadas al tratar los presupuestos que determinan esa clase de responsabilidad, y que se refieren a: 1) la imputabilidad material del acto (hecho, acto administrativo, reglamento o ley) a un órgano del Estado; 2) la existencia de un daño cierto en los derechos del particular afectado; y 3) la conexión causal entre el acto (individual o general) y el daño hecho al administrado. Com posterioridad, a saber: a) la necesaria verificación de un perjuicio especial en el afectado y b) ausencia de un deber jurídico de soportar el daño". CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo I, p. 512.

⁴⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1, p. 472-473.

⁴⁷ LOPES, Maria Clara. *Responsabilidade extracontratual*. Lisboa: Reis dos Livros, 1997, p. 15-16. *Apud* VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. 2002, 197 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, p. 61-62. Colha-se da jurisprudência também trazida a lume por Patrícia Serra a ementa do seguinte julgado: "Indenização - Responsabilidade Civil - Obra do Metrô - Queda de movimento de pacientes em Hospital particular durante o período trienal das obras - Irrelevância de que o dano tenha origem em actividades lícitas - Verba devida - Ação procedente - Recurso provido". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 120.912-1).

lícitos dos seus agentes, que agindo nesta qualidade causarem dano injusto a terceiros, desde que tal obrigação advenha de lei ou de uma situação jurídica irrazoável e injusta imposta ao administrado, que será aferível à luz do caso concreto.

Mas não basta uma conduta administrativa (lícita ou ilícita) para que o Estado seja obrigado a indenizar. O suposto lesado tem de comprovar um dano indenizável, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral)⁴⁸, pois é possível haver responsabilidade sem culpa, mas impossível o ser se ausente estiver o dano. A conclusão, apesar de simples, é de suma importância, eis que não há falar-se em dever de indenizar alguém sem que este tenha sofrido efetivo prejuízo⁴⁹.

⁴⁸ E se assim é, necessário, neste momento, trazer à baila o conceito de dano moral, merecendo destaque a doutrina de Carlos Alberto Bittar, que qualifica "como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)." *In Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

⁴⁹ Importante registrar que os danos patrimoniais abarcam não só os prejuízos imediatos (danos materiais propriamente ditos ou emergentes) mas de igual forma os prejuízos futuros, também denominados lucros cessantes, que vêm a ser aquilo que o lesado ainda não perdeu mas futuramente deixaria razoavelmente de auferir se o dano não houvesse ocorrido (artigo 402 c/c artigo 950, ambos do Código Civil de 2002). O artigo 402 do atual Código Civil de 2002 reproduz o que antes estava exposto no artigo 1059 do Código Civil de 1916, e estabelece que será considerado dano emergente aquilo que o lesado efetivamente perdeu.

De outro modo, será considerado dano extrapatrimonial aquele que importar uma lesão a direito e que não configurar diminuição de bem avaliável em dinheiro, isto é, que não apresentar conteúdo pecuniário imediato. São os chamados danos aos direitos da personalidade, tais como a honra, a moral, a integridade psíquica, a privacidade. Na doutrina e na jurisprudência, tais danos são simplesmente chamados de danos morais.

Digno demarcar que até bem pouco tempo somente se permitia às pessoas naturais o direito ao ressarcimento de danos extrapatrimoniais; negava-se tal pretensão às pessoas jurídicas, sob o argumento de que tais pessoas não possuem direitos da personalidade e, por isso, não podem sentir dor, sofrimento, angústia, abalo moral ou psíquico. O Superior Tribunal de Justiça, porém, editou o verbete n.º 227 da Súmula de sua jurisprudência predominante ("A pessoa jurídica pode sofrer dano moral") e pacificou o entendimento de que à pessoa jurídica também é permitido o ressarcimento por danos morais, sempre que este violar a sua honra objetiva, isto é, em linhas gerais, o bom nome do "estabelecimento". Ainda que implicitamente, o artigo 52, do Código Civil de 2002 também admitiu esta possibilidade. A discussão é bem explicada por Sergio Cavalieri Filho, mormente no que diz respeito à distinção entre honra objetiva e honra subjetiva: "A reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda apresenta alguma perplexidade e sofre forte resistência de parte da doutrina e jurisprudência apegadas à noção de que a honra é bem personalíssimo, exclusivo do ser humano, não sendo possível reconhecê-la na pessoa jurídica. Concorre também para a resistência a idéia de que dano moral é sinônimo de dor, sofrimento, tristeza etc.

Registre-se, então, que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e auto-estima, é exclusiva do ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial.". CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Ob. cit. p. 110.

Por último, o lesado ainda terá que comprovar o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores, sem o que inexistirá o dever de indenizar⁵⁰.

Analisadas as principais peculiaridades da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público à luz do texto inserto na Constituição Federal de 1988, impende, agora, examinar a sua abordagem frente ao Código Civil de 2002.

IV) O NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

Como já exposto, a disciplina da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público guarda assento na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 37, § 6.º, e, a nosso juízo, desnecessário se apresenta novo dispositivo legal infraconstitucional a repetir, quase que *ipsis literis*, o teor do dispositivo constitucional.

Contudo, com o intuito de revogar expressamente o artigo 15 do Código Civil de 1916, que semeava discussões acerca de sua recepção frente ao artigo 37, § 6.º da CRFB/88, o Código Civil de 2002 trouxe à lume, novamente, a regra da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito público, expressa no artigo 43, que está assim redigido:

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

Como se disse, com exceção da palavra "atos" e da ausência de previsão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direi-

⁵⁰ Três teorias disciplinam o elemento do nexo causal, como elemento essencial do dever de indenizar: a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e imediata, esta última adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente pelo artigo 403 do Código Civil de 2002. Sobre um estudo profundo acerca das teorias mencionadas, remete-se o leitor ao percuciente trabalho desenvolvido por TEPEDINO, Gustavo. "Notas sobre o Nexo de Causalidade". *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 3-19, abr/jun, 2001.

to privado prestadoras de serviços públicos, o teor do dispositivo legal transcrito é o mesmo do artigo 37, § 6.º, da CRFB/88.

Portanto, em linhas gerais, pouco ou nada inovou o Código Civil de 2002 sobre o instituto da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público⁵¹, que continua a ser objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo, com as excludentes do nexo causal anteriormente mencionadas, isto é, o caso fortuito ou a força maior, desde que não tenha havido qualquer fato administrativo a impulsionar o dano, fato de terceiro ou fato exclusivo da vítima.

Entretanto, estão a merecer especial atenção as situações que configuram omissões administrativas e as hipóteses em que essas situações farão exsurgir o dever de indenizar para as pessoas jurídicas de direito público, além do prazo de prescrição das demandas indenizatórias.

V) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Até o advento do Código Civil de 2002, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendiam que as omissões administrativas que porventura causassem danos a terceiros gerariam o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público, desde que restasse comprovada a culpa anônima do serviço ou a falta do serviço. Para essas situações, excetuava-se a regra inserta no artigo 37, § 6.º, da CRFB/88 e aplicava-se a teoria subjetiva, baseada na culpa, sob o fundamento de sua previsão no artigo 15 do Código Civil de 1916⁵².

⁵¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro chegou, na 15ª edição de sua obra **Direito Administrativo** - a primeira após a vigência do Código Civil de 2002 -, a afirmar que o Novo Código Civil já nasceu atrasado em relação aos ditames da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que não previu a responsabilidade civil das empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

⁵² Neste sentido, apresenta-se a lição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello. *In: Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 818-819. Digno registrar, em sentido contrário, a doutrina de Fabiano Mendonça, que deixa de admitir a responsabilidade civil subjetiva das pessoas jurídicas de direito público após a revogação do artigo 15, do Código Civil de 1916 e a entrada em vigor do artigo 43, do Código Civil de 2002, *verbis*: "Logo, embora sem a abrangência de seu equivalente constitucional (na medida em que não contempla as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tema que foi grande inovação do Texto constitucional de 1988, malgrado a possibilidade de sua responsabilização objetiva, nos termos da Nova Lei, por outros dispositivos; o que, claro, não afasta o dever constitucionalmente imposto), o artigo 43 do Novo Código, à

Ocorre que o aludido artigo 15 do Código Civil de 1916 foi revogado pelas disposições constantes no artigo 43 do Código Civil 2002, que praticamente repete o teor do artigo 37, § 6.º, da CRFB/88, e trouxe à legislação civil infraconstitucional a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público⁵³.

Diante do acima exposto, é de se indagar: subsiste no direito brasileiro alguma hipótese de responsabilização subjetiva das pessoas jurídicas de direito público? Deve-se aplicar a teoria subjetiva em casos de danos decorrentes de omissões estatais?

Eduardo Maccari Telles manifestou entendimento segundo o qual subsiste no direito brasileiro a responsabilização subjetiva estatal por atos omissivos:

"A responsabilidade objetiva dos atos estatais omissivos, em que pese a sapiência de seus defensores e a boa argumentação que a sustenta, não nos seduz enquanto caminho possível, por questões jurídicas e parajurídicas que abaixo se expõe.

(...)

De toda forma, o problema de tornar objetiva a responsabilização do Estado por atos omissivos se encontra principalmente no nexo causal e na eventual ausência de culpa do Estado na conduta.

(...)

semelhança do artigo 15 de seu antecessor - observando que este contemplava responsabilidade subjetiva - tratou da responsabilidade do Estado. Cuidou, então, de prever sua responsabilidade objetiva e o direito de regresso contra os responsáveis por culpa ou dolo, sem discordar dos ditames constitucionais." **Limites da Responsabilidade do Estado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 203.

⁵³ Sobre a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco, agasalhada pelo artigo 927 do Código Civil de 2002, deve-se remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por Carlos Young Tolomei, *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 345-365. Veja-se, também, o estudo desenvolvido por José Acir Lessa Giordani sobre a responsabilidade civil genérica no Código Civil de 2002, que ora se transcreve um breve trecho: "Observamos que no Novo Código Civil pátrio, optou-se pela adoção de um sistema misto, com previsão genérica das duas espécies de responsabilidade, sem prevalência da responsabilidade subjetiva. O *caput* do art. 927 deverá ser harmonizado com o seu parágrafo único, sendo interessante colocar que, em vista da casuística, as hipóteses sujeitas à responsabilidade objetiva são muito mais numerosas que as sujeitas à responsabilidade subjetiva. Por este motivo, ressaltamos que o código brasileiro, em matéria de responsabilidade civil objetiva, se enquadra hoje entre os mais modernos do mundo". **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 82.

No entanto, uma vez que se mantenha vislumbrado o comportamento omissivo presumivelmente como causa do dano e uma vez que a responsabilidade objetiva prescinde da culpa para o dever de indenizar, estaríamos transformando a teoria do risco administrativo em risco quase integral, pois mesmo que o Estado tenha agido dentro do absoluto limite do razoável, não violando qualquer dever legal, persistiria a obrigação do Estado de indenizar.

(...)

Restaria então a manutenção da responsabilidade subjetiva, em princípio, para os atos estatais omissivos, que nos parece o melhor caminho a ser seguido. Neste sentido, não enxergamos no advento do atual Código Civil qualquer dificuldade adicional no sentido de encontrar fundamento legal para tal hipótese ⁵⁴".

Mantendo o posicionamento anterior, Sergio Cavaliere Filho continuou a entender, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, que será subjetiva a responsabilidade da Administração Pública em casos de danos oriundos de fatos da natureza e nos casos de fatos de terceiros. Confira-se:

"Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados - fatos de terceiros e fenômenos da Natureza -, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta do serviço, seja porque este funcionou mal ou funcionou tardiamente.

⁵⁴ TELLES, Eduardo Maccari. "A Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos e o Novo Código Civil". *In A Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública*. (org.) Patrícia Ribeiro Serra Vieira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 241-242.

*Em nada muda esta conclusão o fato de não ter sido reproduzido no novo Código Civil o art. 15 do Código Civil de 1916. A responsabilidade subjetiva é a regra básica, que persiste independentemente de existir ou não norma legal a respeito. Todos respondem subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça. Destarte, não havendo previsão de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do art. 186 do Código Civil*⁵⁵.

Destacando que, via de regra, o fato de terceiro e o fenômeno da natureza são situações excludentes donexo causal, bem como respeitando a autoridade das lições do Autor acima citado, parece contraditória a sua afirmação de que a regra hodierna no direito brasileiro (não da responsabilização estatal) continua a ser guiada pela responsabilidade subjetiva, eis que na página 159 da mesma obra, atualizada, doutrinou o emérito jurista que o Código Civil de 2002, embora tenha mantido a teoria da responsabilidade civil subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, pouco sobrando àquela teoria. Confira-se, *verbis*:

"O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O novo Código, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Ob. cit. p. 258-259.

perigosa (parágrafo único do art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc. Após o exame dessas hipóteses todas, haverá uma única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva".

Por outro lado, com a devida vênia, não se coaduna o argumento de que a responsabilidade subjetiva da Administração Pública deve prevalecer ante a ausência de regra específica para regular tal situação. Ora bem; não bastasse o artigo 37, § 6.º, da CRFB/88, existe agora o já citado artigo 43, do Código Civil de 2002, que traz para o plano infraconstitucional a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Poder-se-ia dizer e argumentar que o artigo 43 do Código Civil de 2002 apenas se refere a "atos" danosos causados por agentes públicos, o que excluiria as omissões. Todavia, além de a omissão administrativa ser um fato jurídico que decorre da ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito, cumpre dizer que, a se conferir ao artigo 43 uma interpretação restritiva, o mesmo estaria inquinado do vício de inconstitucionalidade material, tendo em vista que restringiria o campo de incidência da regra expressa no artigo 37, § 6.º, da CRFB/88, que apenas alude ao dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público em razão de "danos" causados por seus agentes, nada exteriorizando se tais danos advêm de ação ou omissão estatal.

Desta forma, a nosso juízo, à luz da legislação vigente no Brasil, não há mais espaço para sustentar a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na culpa. Não fosse pela ausência de norma legal neste sentido, mas também em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo⁵⁶.

⁵⁶ O mesmo entendimento é defendido por: TEPEDINO, Gustavo. "A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal". In: **Temas de Direito Civil**. Ob. cit. p. 191-192. No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. "Problemas da responsabilidade civil do Estado". *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 35-66, jul/set 2002, p. 51-53.

Comunga o entendimento Patricia Ribeiro Serra Vieira, eis que, escrevendo ainda no período de *vacatio legis* do Código Civil de 2002, afirmou, *verbis*:

"Vê-se superada a celeuma em torno da inaplicabilidade da teoria de responsabilidade objetiva aos atos omissivos do Estado, pois revogado que estará o artigo 15 do Código Civil vigente, por falta, então, de fundamentação legal, responderá o Estado sem que se prove que faltou a dever legal ou procedeu de forma contrária ao direito; bastando, para tanto, a ação ou omissão do Estado ligado à causa do dano ⁵⁷."

A jurisprudência recente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do e. Desembargador Fernando Cabral, parece trilhar a mesma linha de entendimento. Veja-se a ementa a seguir transcrita:

"Responsabilidade civil do Estado. Veículo sob a guarda da Autoridade policial. Subtração de peças e equipamentos. Os danos causados a terceiros pelas pessoas jurídicas de direito público ou por seus agentes, devem ser reparados com base na responsabilidade objetiva, conforme o preceito contido no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Se o dano sofrido pelo particular deriva da atividade administrativa desempenhada pelo ente público, e resulta da transgressão do dever jurídico de guarda do bem, a responsabilidade da Administração é direta e será no plano da teoria do risco administrativo. Ato comissivo por omissão. Tratando-se de responsabilidade obje-

⁵⁷ VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *In: Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*. Tese cit., p. 96. João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão também chegaram à conclusão de que a responsabilidade civil do Estado por conduta omissa é objetiva, regulada pela teoria do risco administrativo, defendendo, inclusive, que tal entendimento vigora desde a promulgação da Constituição Federal de 1946. Confira-se: "Concluindo, pode-se afirmar que o legislador brasileiro, bem como a doutrina e a jurisprudência, sempre tiveram clara a evolução da responsabilidade do Estado, sempre no sentido de sua objetivação, afastando-se da culpa e aproximando-se do risco, até assumi-lo, sendo razoável que se falasse em algum tipo de responsabilidade subjetiva apenas no período que vai do início de vigência do antigo Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1946, quando, promulgada esta, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ficando revogado o Código Civil". "A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva". *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, p. 199-230, abr/jun, 2003, p. 223.

tiva, cabe ao Autor do dano a prova da excludente. Se não demonstra, indubitavelmente, a ocorrência de qualquer eximente ou que o evento se deu por exclusiva culpa da vítima, ou por ato de terceiro, imprevisível e inevitável, torna-se inafastável o seu dever de indenizar os prejuízos causados. Prova insuficiente para demonstrar a exclusão ou mitigação de sua responsabilidade, diante das regras processuais que disciplinam a distribuição de seu ônus. Provado o evento lesivo e o prejuízo do particular, impõe-se ressarcir-lo dos prejuízos sofridos, que restam demonstrados, pelos orçamentos apresentados, Recurso ao qual se nega provimento ⁵⁸.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2001.001.13371. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Cabral. Julgado em 18/02/2003. Em razão da atualidade da discussão ora posta neste trabalho, cabe informar que o tema, ao que parece, ainda não foi enfrentado pelos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Registre-se, no entanto, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em três julgamentos (ainda que analisando situações anteriores à vigência do Código Civil de 2002), todos da Colenda 1ª Turma, manteve-se vacilante, ora firmando entendimento que a responsabilidade seria regida pela teoria objetiva, ora pela teoria subjetiva. Confira-se:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS EM IMÓVEL RURAL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Esta Corte já firmou entendimento de que é incabível, na via extraordinária, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação de normas processuais, contidas na legislação infraconstitucional. Caracteriza-se a responsabilidade civil objetiva do Poder Público em decorrência de danos causados, por invasores, em propriedade particular, quando o Estado se omite no cumprimento de ordem judicial para envio de força policial ao imóvel invadido. Recursos extraordinários não conhecidos." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 283989/PR - PARANÁ. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 28/05/2002, Publicação: DJ de 13-09-2002, PP-00085. EMENT VOL-02082-03 PP-00537).

"Responsabilidade Civil e Ato Omissivo - A Turma negou provimento a recurso extraordinário no qual se pretendia, sob a alegação de ofensa ao art. 37, § 6.º, da CF, a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que, entendendo caracterizada na espécie a responsabilidade objetiva do Estado, reconheceu o direito de indenização devida a filho de preso assassinado dentro da própria cela por outro detento. A Turma, embora salientando que a responsabilidade por ato omissivo do Estado caracteriza-se como subjetiva - não sendo necessária, contudo, a individualização da culpa, que decorre, de forma genérica, da falta do serviço -, considerou presente, no caso, o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano, por competir ao Estado zelar pela integridade física do preso. Precedentes citados: RE 81602/MG (RTJ 77/601), RE 84072/BA (RTJ 82/923)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 372472/RN. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Carlos Veloso, Julgamento: 04/11/2003, Pendente de publicação. Notícia de julgamento veiculada no informativo de jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal n.º 329. In <http://www.stf.gov.br>).

"Responsabilidade Civil e Ato Omissivo - 2

Por entender ausente o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a particular, a Turma conheceu e deu provimento a recurso extraordinário para, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afastar a condenação por danos morais e materiais imposta ao mesmo Estado, nos autos de ação indenizatória movida por viúva de vítima de latrocínio praticado por quadrilha, da qual participava detento foragido da prisão há 4 meses. A Turma, assentando ser a espécie hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado, considerou não ser possível o reconhecimento da falta do serviço no caso, uma vez que o dano decorrente do latrocínio não tivera como causa direta e imediata a omissão do Poder Público na falha da vigilância penitenciária, mas resultara de outras causas, como o planejamento, a associação e própria execução do delito, ficando interrompida,

Aceitar a responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública em casos de omissões específicas seria impor ao lesado o dever de provar uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente público, situação que o legislador, sobretudo o constitucional, buscou extirpar do ordenamento jurídico brasileiro. Advirta-se, por oportuno, que ao lesado incumbirá o ônus da prova da omissão estatal, isto é, do seu dever de agir previsto em lei ou da irrazoabilidade da abstenção, bem como do dano e do nexo de causalidade, não bastando singelas alegações, eis que *allegatio et non probatio quasi non allegatio*.

Por outro lado, não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações configuradoras de omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. O Estado não pode ser concebido como um segurador universal de todos os males ocorridos na sociedade⁵⁹. Somente as omissões específicas é que devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e, assim, da conseqüente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no artigo 403 do Código Civil de 2002.

Neste sentido vem se posicionando a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, merecendo destaque a ementa de acórdão cuja relatoria competiu ao Desembargador Gilberto Rego, em que se confirmou sentença que julgara improcedente o pedido formulado em demanda com pedido de indenização aforada em face do Estado do Rio de Janeiro, por

portanto, a cadeia causal. Precedentes citados: RE 130764/PR (RTJ 143/270), RE 172025/RJ (DJU de 19.12.96) e RE 179147/SP (RTJ 179/791)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 369820/RS. Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Min. Carlos Veloso, Julgamento: 04/11/2003, Pendente de publicação. Notícia de julgamento veiculada no informativo de jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal n.º 329. In <http://www.stf.gov.br>).

⁵⁹Registre, porque oportuno, que não se desconhecem os estudos acerca da socialização dos riscos, bem como da viabilidade da criação de um seguro social a ser gerido pelo Estado, mas custeado por toda a sociedade, para indenizar os danos nas situações em que não for possível descobrir o seu causador, sempre com fundamento na teoria da solidariedade social. Nesse sentido, à guisa de exemplo, mister citar os trabalhos desenvolvidos por Wilson Melo da Silva na sua obra **Responsabilidade Sem Culpa**. São Paulo: Saraiva, 1974, Capítulo XII, p. 164 e seguintes; bem como por Patrícia Serra Vieira, In: "Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos". Tese cit. p. 117 e seguintes. Mencione-se que, segundo a notícia veiculada no jornal **Valor**, a SUSEP, por meio da Circular nº 235, definiu as regras para a implementação do seguro de responsabilidade civil, que devem ser adaptadas pelas seguradoras até janeiro de 2001. "Susep define seguro de responsabilidade civil". **O Valor**. Legislação & Tributos, 11/12/2003, p. E2.

suposto dano causado em omissão de prestação do serviço público de segurança pública. Vejamos:

"Apelação cível. Indenização. Danos materiais e morais. Sequestro seguido de morte. Suposta omissão do Estado. Recurso do Autor, pela reforma da sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório, dando outras providências. Responsabilidade do Estado. Teoria do risco administrativo. Omissão genérica e específica. Somente se havida a chamada omissão específica do Estado, na prestação dos seus serviços públicos de Segurança e Justiça, teria razão o recorrente. Não configurada tal hipótese, correta a decisão recorrida, a qual é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos ⁶⁰".

A se admitir que toda e qualquer omissão estatal, isto é, tanto a omissão específica quanto a omissão genérica, são passíveis de fazer com que o Estado responda objetivamente, estar-se-ia arraigando no direito brasileiro a teoria do risco integral, em que o poder público sempre será responsabilizado por qualquer dano sofrido por qualquer pessoa, sob a alegação de que houve omissão na prestação de um serviço público, mormente agora frente ao texto constitucional de 1988, repleto de normas constitucionais programáticas⁶¹ que atribuem deveres ao Estado e direitos - não subjetivos - ao cidadão.

Conforme já restou analisado anteriormente, não pode e não deve o Estado, sem prévia lei disciplinando o tema, ser concebido como segurador universal dos danos causados na sociedade, situação que traria verdadeiro caos para as finanças públicas. Confira-se, a esse respeito, as lições de Diogo Freitas do Amaral, *verbis*:

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2002.001.13361. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Gilberto Rego. Ementário: 02/2003 - N. 30 - 13/02/2003.

⁶¹ Discute-se na doutrina a efetividade das normas programáticas. A nosso sentir, a razão está, respeitadas as opiniões em sentido contrário, com o segmento doutrinário que entende que tais normas são providas de efetividade em um sentido negativo, eis que não geram para o cidadão um direito subjetivo à sua obtenção, mas sim o direito de não ver qualquer outra norma dispondo em sentido contrário. Nas palavras de Maria Helena Diniz, as normas constitucionais programáticas "impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dará plena aplicabilidade, condicionando, assim, a futura legislação com a consequência de ser inconstitucional; (...) e estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas". DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116.

"Mas - já o dissemos acima - a redacção de nossa lei não deixa de ser prudente, como se impõe em matéria de responsabilidade objectiva.

Porque se o direito for aqui longe demais, o Estado não terá capacidade financeira para suportar o pagamento de todas as indemnizações a que fatalmente será condenado. Além do que não parece acertado construir uma sociedade livre e pluralista na base da transferência de todos os riscos da vida social dos indivíduos e das empresas para o Estado ⁶²".

Retomando a linha de raciocínio, pode-se dizer que a omissão específica, ao contrário da omissão genérica, pressupõe um dever específico de agir do Estado, que, se assim não o faz, dá causa direta e imediata ao dano sofrido em decorrência da omissão.

Na omissão genérica, ao revés, a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata para o dano porventura sofrido e, por isso, deve o lesado provar que, se razoavelmente houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público, o dano poderia não ter ocorrido. Se assim não for, inexistirá dever de indenizar. Sobre omissão genérica e omissão específica para fins de aplicação das teorias objetiva ou subjetiva, mister retornar à obra de Sergio Cavalieri Filho, que bem elucida a questão:

"Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (item 48) e omissão específica. Observa o jovem e talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que acaba de brindar o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim, o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir'".⁶³

⁶² AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1, p. 520-521.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Ob. cit. p. 169.

Guilherme Couto de Castro, por sua vez, esclarece que "É ler o art. 37, § 6.º, da Constituição e deduzir que a responsabilidade objetiva decorre da ação administrativa, e não da omissão não ligada a dever específico de agir"; e prossegue o festejado Autor afirmando que tal situação "Nem poderia ser diferente, pois isto implicaria cobertura, pelo Estado, de boa parte dos riscos inerentes à vida coletiva", situação que acabaria por configurar a já exposta teoria do risco integral, que, salvo raras e expressas exceções, não tem guarida no direito brasileiro⁶⁴.

Assim, pode-se concluir que apenas as omissões específicas das pessoas jurídicas de direito público serão consideradas como causas diretas e imediatas de eventuais danos, capazes de deflagrar o necessário nexos de causalidade a ensejar o dever jurídico de indenizar, não se olvidando que o dever tem de advir de imposição legal ou, na ausência disso, da situação prática que reclamava uma ação razoável por parte do Poder Público. *No caso das omissões genéricas, deve, como regra, prevalecer a irresponsabilidade civil estatal, não cabendo, neste caso, a aplicação da teoria subjetiva para responsabilização do Estado.*

O entendimento aqui defendido parece coadunar com a doutrina de Juan Carlos Cassagne, eis que assim professou, *in verbis*:

"La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. Ahora bien, la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civ.) tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que pueda hallarse

⁶⁴ CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 61.

impuesto también por otras fuentes jurígenas (v.gr.:costumbre y los principios generales del Derecho).

Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea de un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa, es decir en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales (v.gr. habilitar la instancia). El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configure por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor ”⁶⁵.

No mesmo sentido apresenta-se a lição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, cuja transcrição se faz necessária, *verbis*:

"Todavía, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal, Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos” ⁶⁶.

Trilha o mesmo caminho o entendimento de Roberto de Abreu e Silva, pois ao discorrer sobre a conduta omissiva como fonte do dever de indenizar do Estado, assim se posicionou, *verbis*:

"Em sua configuração, torna-se imprescindível a demonstração do nexa causal, do dever jurídico específico de agir e a

⁶⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, Tomo I. p. 518-519.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 447.

omissão, ausência do serviço ou atuação deficiente ou tardia da administração pública. Esse tipo de responsabilidade não abrange omissões genéricas, como nos casos de falta de segurança pública nas ruas das cidades, em que haja danos causados por fatos de terceiros (assaltos, pedradas, balas perdidas), por inexistência de nexo de causalidade entre a ação lesiva do malfeitor e o resultado danoso”⁶⁷.

Em desfecho, pode-se concluir que as omissões somente serão consideradas como aptas a deflagrar o nexo de causalidade e a conseqüente obrigação de indenizar por parte do Estado quando houver quebra do dever de agir ou sua inação irrazoável, situações que deverão ser aferidas em cada caso concreto, cabendo a ele (Estado), em ambos os casos, elidir o nexo de causalidade por meio das excludentes já anunciadas, isto é, por meio da prova de fato exclusivo da vítima, de caso fortuito ou força maior, ou de fato de terceiro, ou, ainda, demonstrando que sua conduta foi lícita, razoável e conforme as possibilidades materiais da Administração Pública, não lhe sendo exigida outra conduta razoável que pudesse evitar o dano.

VI) - PRESCRIÇÃO

Malgrado o novo Código Civil não ter trazido grandes inovações quanto ao regime de responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público, conforme já restou dito, inovou no que diz respeito ao regime de prescrição⁶⁸ para os supostos lesados reclamarem suas pretensões em hipóteses de danos que gerem o direito à reparação civil.

O artigo 206 do Código Civil de 2002, no § 3.º, inciso V, estabelece que prescreve em três (03) anos o prazo para "pretensão de

⁶⁷ SILVA, Roberto de Abreu e. **A Falta Contra a Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 137. Advirta-se, no entanto, que o Autor citado, malgrado pender pela ausência de nexo de causalidade nos casos de omissões genéricas, defende a tese, sem enfrentar o problema à luz do Novo Código Civil, de que nos casos de omissões específicas a responsabilidade estatal será subjetiva.

⁶⁸ Sobre o novo regime de prescrição e decadência no Código Civil de 2002 deve-se remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por Gustavo Kloh Muller Neves. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p. 417-428.

reparação civil". Note-se que o artigo não traz qualquer distinção a respeito das pessoas que devem compor o pólo passivo ou que estariam excluídas de sua aplicação, o que certamente, inclui as pessoas jurídicas de direito público.

E se assim é, e efetivamente o é, está revogado o artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916, bem como (parcialmente) os artigos 1.º do Decreto n.º 20.910/32 e 1.º-C da Lei Federal n.º 9.494/97, que estabelecem o prazo de 05 (cinco) anos para a prescrição das pretensões pessoais em face das pessoas jurídicas de direito público.

Hodiernamente, deve-se aplicar a norma inserta no artigo 206, § 3.º, V, do Código Civil de 2002, razão por que as pretensões de supostos lesados por conduta administrativa (comissiva ou omissiva) prescreverão no prazo de 03 (três) anos, contados a partir do seu conhecimento pelo lesado, ou após ser prolatada a "sentença definitiva" em processo criminal, quando o fato pender de apuração nesta seara, como determina o artigo 200, do Código Civil de 2002⁶⁹.

Contra-argumento que poderia ser levantado contra a tese acima sustentada é o de que os artigos 1.º, do Decreto 20.910/32 e 1.º- C, da Lei Federal n.º 9.494/97 não teriam sido derogados pelo artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002, por se apresentarem como regra específica frente à norma do artigo 206, § 3.º, Código Civil de 2002. Apesar de sedutora, parece ser equivocada a adoção deste entendimento⁷⁰.

⁶⁹ Deve-se registrar e remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por José dos Santos Carvalho Filho acerca da prescrição das ações judiciais em face de condutas omissivas e comissivas do Estado. A prescrição judicial das ações contra o Estado no que concerne a condutas comissivas e omissivas. *In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, a., v. 6, p. 111-124, jul/dez 1997.

⁷⁰ A nosso juízo, somente poderá ser alegada a prescrição quinquenal contra as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos nos casos de danos oriundos de relação de consumo, em que as entidades antes mencionadas sejam caracterizadas como fornecedoras de serviços. Este entendimento deflui das normas insertas nos artigos 3º, 22 e 27, todos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90). Merece registro - e crítica, porque semeia insegurança na sociedade - a decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu ser não ser aplicável a prescrição quinquenal prevista no artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor às demandas com pedidos de danos morais. Confira-se a ementa: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Consoante entendimento desta Corte, não incide a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor em ações de reparação de danos com fundamento em responsabilidade civil. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido." (4ª Turma. STJ. AgRG no Agravo de Instrumento nº 585.235-RJ (2004/0015808-0). Rel. Min. Fernando Gonçalves. Julg. 05/08/2004. Pub. DJU 23/08/2004, p. 251).

Isto porque a prescrição quinquenal de todas as demandas pessoais⁷¹ - e assim se mostram as indenizatórias - em face das pessoas jurídicas de direito público já estava prevista no artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916⁷², situação que afasta a especialidade do Dec. 20.910/33 (que apenas repetiu uma regra jurídica prevista em lei geral, o Código Civil de 1916), e faz aplicar o critério interpretativo para evitar antinomia de normas segundo a qual a norma posterior revoga a norma anterior, de igual hierarquia, quando dispuser em sentido contrário.

⁷¹ Neste sentido, afigura-se imprescindível transcrever as observações formuladas por Clovis Bevilacqua, quando do comentário ao artigo 178, § 10.º, VI, do Código Civil de 1916, em que destacou, inclusive, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal dos idos de 1917 e 1920, *verbis*: " 8. - § 10, n. VI - Manteve o Código Civil o privilégio da União, quanto à prescrição quinquenária de suas dívidas passivas, e concedeu-a, também, aos Estados e aos Municípios, que não gozavam desse benefício.

(...)

9. - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Prescreve em cinco anos o direito de acionar a Fazenda para pedir a anulação do ato, que demitir um funcionário. (Acórdão n. 1.943, de 1 de junho de 1918).

- A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal, aplica-se a todo e qualquer direito e ação que alguém tenha contra a dita Fazenda, desde que o pedido seja meramente pecuniário. (Acórdão n. 2.563, de 2 de abril de 1919. Diário Oficial de 27 de junho de 1919).

- A prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Federal, aplica-se a todo e qualquer direito e ação, que alguém tenha contra a dita Fazenda, e o prazo da prescrição corre da data do ato ou ato do qual se originar o mesmo direito ou ação, salvo a interrupção pelos meios legais. (Acórdão n. 19, de 15 de Setembro de 1917. Diário Oficial de 06 de fevereiro de 1918).

- Todo e qualquer direito, que alguém alegue, como credor da Fazenda Nacional prescreve em cinco anos, a contar do ato ou fato, de que se originar o direito pretendido, salvo interrupção pelos motivos regulares. (Acórdão n. 2.262, de 22 de janeiro de 1919. Diário Oficial de 27 de junho de 1919).

(...)

- Prescrevem no prazo de cinco anos as dívidas passivas da Fazenda Nacional, e esta prescrição compreende o direito que alguém pretenda ter a ser declarado credor do Estado por qualquer título que seja. (Acórdão n. 2.112, de 10 de dezembro de 1919. Diário Oficial de 20 de junho de 1920.)". BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, v. 1, p. 379-380.

⁷² Digno ainda registrar que este também é o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente de sua 1ª Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NO TRIBUNAL A QUO NÃO SANADA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADUÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS AUSENTES NA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA N.º 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão segundo o qual "prescreve em 05 anos todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual, ou Municipal, sem que haja necessidade de se dirimir dúvida quanto a existência de direito pessoal ou real (artigo 1.º do Decreto n.º 20.910/32 e artigo 178, parágrafo 1.º, VI, do Código Civil)".

2. Ausência do necessário prequestionamento. Dispositivo legal indicado como afrontado não abordado, em nenhum momento, no âmbito do voto-condutor do aresto hostilizado.

3. Estabelece a Súmula n.º 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal 'a quo'."

4. Não se conhece de recurso especial fincado no art. 105, III, "a", da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do artigo 541, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§, do RISTJ."

Foi o que aconteceu. O artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002, dispôs em sentido contrário à redação contida no artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916, reduzindo de 5 (cinco) para 3 (três) anos o prazo de prescrição das demandas indenizatórias em face da Fazenda Pública.

Este é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves que, ao comentar a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público já sob a ótica do novo Código Civil, afirmou, *verbis*:

"A ação deve ser proposta dentro do prazo prescricional de três anos. No Código Civil de 1916, prescreviam em cinco anos as ações contra a Fazenda Pública (art. 178, § 10, VI). O novo Código unificou todos os prazos das ações de ressarcimento de dano, reduzindo-os a três anos, sem fazer nenhuma distinção entre os sujeitos passivos" ⁷³.

5. Recurso não conhecido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 412634/RJ; Recurso Especial n.º 2002/0018683-6. Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma, Relator: Ministro José Delgado. Publicação: DJ DATA:29/04/2002 PG:00200). No mesmo sentido, apresenta-se a jurisprudência dos Egrégios Tribunal de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, respectivamente:

PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE SERVIDOR PUBLICO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. RECONHECIMENTO. CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 178, § 10.º, VI. DECRETO N.º 20.910, DE 06.01.32. ARTIGO 1.º. DECRETO LEI N.º 4.597, DE 18.8.42. APLICAÇÃO. A PRETENSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO DE OBTER A CONDENAÇÃO DA FAZENDA PUBLICA A PROMOVER A SUA TRANSPOSIÇÃO DA CATEGORIA FUNCIONAL DE AGENTE DA FAZENDA PARA A DE CONTROLADOR DE ARRECADAÇÃO MUNICIPAL PRESCREVE EM 5 (CINCO) ANOS, CONTADOS DO DIA DO INICIO DO EXERCÍCIO DE FATO DAS FUNÇÕES PARA AS QUAIS PRETENDE SER TRANSPOSTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1997.001.07262. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível, Relator: Wilson Marques, Julgado em 03/08/1999. Data de Registro : 16/11/1999).

"EMENTA: Administrativo. Responsabilidade Civil. Atropelamento. Responsabilidade Objetiva das pessoas de direito público. Inteligência do § 6.º, do art. 37, de nossa Carta Magna. Culpa exclusiva da vítima. Prova. Ônus que se impõe à municipalidade. Existindo nexo de causalidade entre a ação do agente público e o evento danoso, caracterizada está a responsabilidade civil do Estado, cabendo ao ente indenizar o Autor pelos prejuízos que lhe foram causados, mormente quando não comprovada culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Indenização. Danos materiais indemonstrados. Danos Morais. Valoração. Cabe ao prudente arbítrio do magistrado fixar o quantum referente à indenização por danos morais, devendo sopesar, dentre outros fatores, a gravidade do fato, a magnitude do dano, a extensão das seqüelas sofridas pela vítima, a intensidade da culpa, as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, de forma a proporcionar ao ofendido uma satisfação pessoal, de maneira a amenizar o sentimento do seu infortúnio. Recurso parcialmente provido." No "corpo" do voto do Relator, se extrai a expressa referência à regra inserta no artigo 178, § 10, VI, do Código Civil de 1916, *verbis*: "O art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, estabelecia que "as dívidas passivas" da Fazenda (Federal, Estadual e Municipal) e, bem assim, "toda e qualquer ação" contra a Fazenda prescreveria em cinco anos, tendo entrado em vigor o Código Civil em 01/01/17". (BRASIL. Tribunal de Justiça dos Estados de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 000.255.205-7/00. Relator: Des. Pinheiro Lago. Data do acórdão: 09/12/2002 Data da publicação: 27/03/2003).

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

No mesmo sentido é o magistério de José dos Santos Carvalho Filhos, *in verbis*:

*"O novo Código Civil introduziu várias alterações na disciplina da prescrição, algumas de inegável importância. Uma delas diz respeito ao prazo genérico de prescrição, que passou de vinte (específica para direitos pessoais) para dez anos (art. 205). Outra é a que fixa o prazo de três anos para prescrição da pretensão de reparação civil. Vale dizer: se alguém sofre dano por ato ilícito de terceiro, deve exercer a pretensão reparatória (ou indenizatória) no prazo de três anos, pena de ficar prescrita e não poder mais ser deflagrada. Como o texto se refere à reparação civil de forma genérica, será forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas, como as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Desse modo, ficarão derogados os diplomas acima no que concerne à reparação civil. A prescrição da pretensão de terceiros contra tais pessoas passará de quinquenal para trienal"*⁷⁴. (grifos no original).

Por outro lado, caso não fosse o argumento suscitado suficiente para fazer a regra inserta no artigo 206, § 3º do Código Civil de 2002 ser aplicável às demandas indenizatórias contra a Fazenda Pública, cabe enaltecer a necessidade de se proceder à interpretação histórica⁷⁵ dos comandos legislativos envolvidos, mais especificamente aqueles previstos nos artigos 177, 178, § 10º, VI do CC de 1916 e 1º do Dec. 20.910/33.

Quando os dispositivos legais acima mencionados foram promulgados, apresentavam a nítida missão de trazer um tratamento diferenciado para a Fazenda Pública em relação à regra prevista no

⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 451.

⁷⁵ Conforme esclarece Luis Roberto Barroso, a interpretação histórica "consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos." *In: Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 124.

artigo 177 do C.C de 1916, que estabelecia o prazo de 20 (anos) para o ajuizamento das demandas cujo objeto fosse a reparação civil. O objetivo da Lei Federal n.º 9.494/97 e do Decreto n.º 20.910/32 era, nitidamente, beneficiar a Fazenda Pública, não podendo, por isso, permanecer em vigor diante de nova norma geral mais benéfica, trazida a lume pelo artigo 206, § 3.º, do Código Civil de 2002.

Por último, mas não sem importância, ainda no que toca à prescrição, deve-se proceder a duas ressalvas: (i) o prazo para a prescrição intercorrente nas ações que reclamarem reparação civil em face da Fazenda Pública permanece inalterado e será de dois anos e meio, como expressamente previsto na parte final do artigo 3.º, do Decreto-Lei n.º 4.597, de 19 de agosto de 1942; e (ii) os fatos administrativos praticados antes da vigência do Código Civil de 2002, que já tiverem transcorrido mais da metade do prazo previsto pela legislação anterior, isto é, dois anos e meio, continuam a ser regidos pelo artigo 1.º, do Decreto n.º 20.910/32, em virtude da norma expressa no artigo 2.028 do Novo Código Civil.

VII - CONCLUSÕES

À luz das considerações acima expostas, pode-se concluir este trabalho afirmando que desde o direito romano houve grande evolução da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, iniciada com a teoria da total irresponsabilidade civil do Estado, passando pelas teorias subjetivas do direito privado (distinção entre atos de império e atos de gestão e culpa *in eligendo* e *culpa in vigilando*), seguindo-se pela teoria subjetiva do direito público, fundada na culpa anônima e da falta do serviço, até chegar à teoria objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, hoje prevista no artigo 37, § 6º, da CRFB/88.

O novo Código Civil de 2002, promulgado pela Lei Federal nº 10.406/2002, seguiu a mesma trilha do legislador constituinte e, por meio do artigo 43, revogou expressamente o artigo 15 do Código Civil de 1916, prevendo também a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na teoria do risco administrativo.

Com efeito, a partir da alteração da legislação infraconstitucional, cremos que tende a findar a discussão acerca da existência

de responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública, o que, a nosso juízo, mesmo nos casos de omissões, se específicas, provada pelo lesado juntamente com o dano e com o nexo de causalidade, fará exsurgir o dever de indenizar do Estado, sob a modalidade de responsabilidade civil objetiva. Nas omissões genéricas, em que o Estado não traz para si o dever de agir, não haverá elemento hábil para deflagrar o nexo de causalidade entre tal conduta e eventual dano, inexistindo, em tais hipóteses, o dever de indenizar.

O artigo 206, § 3º, V, do novo Código Civil de 2002 revogou parcialmente o artigo 1º, do Dec. 20.910/33, bem como o artigo 1º-C, da Lei Federal 9.494/97, que previam o prazo de 05 (cinco) anos para a prescrição das pretensões pessoais em face das pessoas jurídicas de direito público, e estabeleceu que é de 03 (três) anos o prazo de prescrição das ações que contenham pretensões de reparação civil contra as pessoas jurídicas de direito público, que não mais é de cinco anos. Merece ressalva, porém, a regra de transição inserida no artigo 2.028 do Código Civil de 2002. De outro lado, por força do disposto no artigo 3º, do Dec.lei 4.597, de 19 de agosto de 1942, o prazo da prescrição intercorrente permanece inalterado, fixado em dois anos e meio. ☐