

**Fator de atribuição do dever indenizatório do Estado
– superação da dicotomia entre responsabilidade
objetiva por condutas comissivas e subjetiva por
condutas omissivas**

***Factor of allocation of the indemnity duty to the
State – overcoming the dicotomy between objective
responsibility for commissive and subjective conduct
for omissive conducts***

Roberto Altheim¹

RESUMO: A partir da superação do modelo tradicional/liberal, a teoria da responsabilidade civil tem cada vez mais se distanciando da ilicitude como fundamentação do dever de indenizar por danos. Adotando-se este entendimento à responsabilidade civil do Estado por atos administrativos extracontratuais, entende-se que o fator de atribuição do dever de indenizar

1 Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Especialista em Direito Empresarial (PUC/PR). Especialista em Contratos Empresariais (UFPR-ESA/OABPR). Especialista em Advocacia Pública (AVM/IDDE). Procurador do Estado do Paraná. Professor de Direito Civil na Universidade Positivo em graduação e pós-graduação. Membro Presidente da Comissão de Advocacia Pública da OAB – Seção Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico (PPGD-UFPR).

do ente público deve ser a má prestação do serviço público conforme as possibilidades concretas no caso analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; pressupostos; fator de atribuição; Estado; má prestação do serviço público.

ABSTRACT: From the overcoming of the traditional/liberal model of civil liability theory, the illicitness as a requirement of the duty to indemnify damages has been surpassed. By adopting this understanding of civil liability of the State for non-contractual administrative acts, it is understood that the attribution factor of the duty to indemnify should be the poor provision of the public service according to the concrete possibilities in the case analyzed.

KEYWORDS: Civil liability; requirements; attribution factor; State; quality of public service.

1. INTRODUÇÃO

Costuma-se afirmar que a responsabilidade civil² é o campo de estudo jurídico destinado às condenações a reparar danos patrimoniais

2 Apesar de ter se consolidado a expressão “responsabilidade civil”, há quem diga que a melhor denominação seria “responsabilidade patrimonial”. Neste sentido: “(...) daí ser possível vislumbrar três tipos diversos de responsabilidades jurídicas: a civil, a penal e a disciplinar. A responsabilidade civil, que é melhor definida como responsabilidade patrimonial, envolve, como o próprio nome diz, o patrimônio de alguém, e refere-se individualmente a uma pessoa. Significa, em suma, o restabelecimento do equilíbrio patrimonial existente antes do dano. Responsável, assim, será o homem ou a entidade por ele criada para agir, segundo Edmir Netto de Araújo. O próprio Estado é responsável patrimonialmente por seus atos” (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 121).

ou compensar danos extrapatrimoniais (morais)³. Vários dos conceitos tradicionais há muito repetidos a respeito do tema vêm sendo abalados por recentes estudos⁴, o que se reflete também na análise da imputação do dever de indenizar ao Estado por danos decorrentes de atividade administrativa⁵ extracontratual⁶.

Este artigo pretende contribuir para o estudo jurídico do dever de indenizar atribuído aos entes públicos em razão de atividade administrativa extracontratual não ligada a desapropriações ou limitações administrativas à propriedade privada⁷.

3 Quanto à nomenclatura, utilizar-se-á neste trabalho indistintamente as expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial”, apesar de se saber que, “com relação aos danos morais, em verdade, pela ausência de nomenclatura específica, na realidade corresponde aos danos não patrimoniais, posto que não atinjam nosso corpo ou nosso patrimônio” (SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano moral imoral – o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 57).

4 A respeito: ALTHEIM, Roberto. *Novas perspectivas do dever de indenizar – o necessário repensar de algumas afirmações tradicionais a respeito da tutela de danos*. In: SOUZA, André Peixoto de; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Questões de direito contemporâneo*. Curitiba: Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica, 2015.

5 Este trabalho não envolverá análise de condenações decorrentes de atos legislativos/normativos ou judiciais, já que nessas situações há forte influência de normas constitucionais a respeito do exercício soberano dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que não é objeto desta análise.

6 Os danos causados por atividade contratual sofrem decisiva influência da legislação a respeito de contratos públicos, em especial da Lei n. 8.666/93, que não é objeto desta pesquisa.

7 Neste sentido, a doutrina ensina que “é importante esclarecer que o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação. Nestes casos – que incluem, além dela, inúmeros outros, como o tombamento, a servidão, a requisição, a chamada ocupação

Apesar de algumas vezes afirmarem que o estudo das hipóteses em que o Estado é chamado a pagar indenização nessas situações não deve sofrer influência do Direito Privado⁸, não há dúvidas de que a teoria geral das indenizações por danos a elas se aplica. Isso porque as relações indenizatórias têm como seu substrato uma relação jurídica obrigacional, que tem sua estrutura delimitada pela Parte Geral do Código Civil e pelo seu Capítulo I do Título IX do Livro I da sua Parte Especial⁹. Dessa forma, não há como se estudar o dever jurídico de um ente público pagar indenização por danos causados por seus agentes sem que antes se apresentem lições a respeito do dever de indenizar decorrentes de normas previstas no Código Civil.

Assim, torna-se imprescindível o diálogo entre as doutrinas civilista/privatista e administrativista/publicista a respeito do dever de indenizar imposto ao Estado. A partir disso pode-se descrever os pressupostos do dever de indenizar aplicados aos entes públicos conforme a teoria contemporânea da responsabilidade civil.

Então, uma vez revisado o que vem sendo dito a respeito dos pressupostos para o Estado ser juridicamente devedor de uma indenização conforme as lições mais contemporâneas da responsabilidade civil, tornar-se-á clara a superação da dicotomia entre responsabilidade civil

temporária –, (...) a indenização deve ser prévia” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1010).

8 Entre outros: CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 12-13. Nessa esteira, afirma-se que “na terceira e última fase da evolução do instituto, a questão desabrocha e se desenvolve no terreno próprio do direito público, pretendendo-se desvinculada de todo apoio tomado ao direito civil” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 22).

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1050. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

subjetiva, para condutas omissivas, e objetiva, para condutas comissivas. Em outras palavras: não faz mais sentido distinguir se os fatos ensejadores de uma pretensão indenizatória em face do Estado se enquadram numa ou noutra moldura.

2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFORME DOCTRINA CONTEMPORÂNEA

A teoria geral da responsabilidade civil tradicionalmente afirma que o dever de indenizar é um dever secundário decorrente da violação de uma obrigação originária. Assim, toda indenização por danos teria como pressuposto um ato ilícito (violação voluntária a dever jurídico). Nesse sentido, afirma Carlos Roberto GONÇALVES que “a responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”¹⁰. Sérgio CAVALIERI FILHO, na mesma esteira, ensina que:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (...) Tem-se, aí, um dever jurídico ordinário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação de dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. (...) Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico¹¹.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. v. 4, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

11 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

Esta ideia decorre do apego ao modelo liberal/iluminista iniciado nas legislações civis pelo Código Civil francês de 1804 e retratado no Código Civil brasileiro de 1916, que baseava a imposição de obrigações no racionalismo (autonomia da vontade). Note-se que o Código Civil de 1916 estabelecia em seu artigo 159 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Afirmava ainda, em sua segunda parte, que “a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553”, remetendo a dispositivos que tratavam de “obrigações por atos ilícitos”. Perceba-se, portanto, que a primeira parte do dispositivo legal associava o ato ilícito à obrigação de reparar o dano. Já a segunda parte determinava que mesmo nas hipóteses de responsabilidade por ato de outrem estar-se-ia verificando culpa (ilicitude), bem como remetia a dispositivos legais sobre “obrigações por atos ilícitos” e “liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”.

Naquele descrito caldo cultural não era admitido o dever de indenizar sem um ato de vontade livre do sujeito, contrário aos deveres gerais de cautela e que violasse direito de outrem¹². Costuma-se denominar de “responsabilidade civil subjetiva” essa moldura normativa a ser preenchida para que alguém seja obrigado a indenizar um dano a partir da prática de um ato ilícito (culpa ou dolo).

A partir do reconhecimento de que os valores iluministas nunca se fizeram valer por completo na sociedade brasileira¹³, passou-se a relativizar a necessidade do ilícito como pressuposto do dever de indenizar danos em quaisquer situações. Inicialmente a jurisprudência passou a reconhecer hipóteses de presunção de culpa (por exemplo a antiga Súmula 341 do

12 ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21-56.

13 Entre outros, cita-se ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

Supremo Tribunal Federal¹⁴), bem como surgiram leis prevendo deveres de reparar danos independentemente de culpa¹⁵, o que se costumou denominar de “responsabilidade objetiva”.

Atualmente o Código Civil de 2002 deixou definitivamente claro que a ilicitude não é imprescindível para que surja o dever de reparar danos¹⁶. Isso se confirma até mesmo pela localização dos artigos 186 e 187 (que conceituam ato ilícito) e do artigo 927 (que trata da regra geral sobre responsabilidade civil):

PARTE GERAL

LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS

TÍTULO III – DOS ATOS ILÍCITOS

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

14 Em 1963, o STF sumulou o entendimento de que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Atualmente não se discute a culpa em ações de indenização dirigidas ao empregador por danos causados pelo empregado, de forma que não mais há que se falar em presunção de culpa (inversão do ônus da prova), conforme artigos 933 e 944 do Código Civil de 2002.

15 O Código Civil de 2002 é repleto de hipóteses legais de imposição do dever de indenizar danos independentemente de culpa (exemplos: segunda parte do parágrafo único do artigo 927, art. 931, art. 933 etc.). Outras leis também assim determinaram, como por exemplo: artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, art. 246 do Código de Aeronáutica (Lei 7565/86), art. 14, §1º da Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) etc.

16 O que já podia ser percebido anteriormente, mas a partir do Código Civil de 2002 ficou ressaltado.

PARTE ESPECIAL

TÍTULO IX

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO I

DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Os artigos 186 e 187 positivam o conceito de ato ilícito: conduta comissiva ou omissiva voluntária (praticado por alguém imputável) e contrária ao direito (violador de dever jurídico preexistente) por culpa (violação a dever de cuidado), por dolo (violação intencional de norma jurídica) ou por abuso de direito (violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva, dos fins econômicos ou sociais ou dos bons costumes). Nesse sentido, afirma-se que os atos ilícitos “se concretizam em procedimentos em desconformidade com o ordenamento legal, ou ao arrepio dele, violando um mandamento ou uma proibição do direito”¹⁷. Cumpre aqui ressaltar que, diferentemente do que ocorria no revogado Código Civil de 1916, o artigo que atualmente conceitua ato ilícito não fala em nenhum momento em dever de reparar o dano (art. 186 do Código Civil de 2002)¹⁸. Não fosse só isso, a conceituação de ato ilícito está colocada na Parte Geral do Código, dedicada, grosso modo, às regras a respeito da teoria geral da relação jurídica. Já na Parte Especial, onde são apresentadas regras específicas sobre as diferentes possibilidades de relações jurídicas

17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 32.

18 Lembre-se que o artigo 159 do Código Civil de 1916 finalizava com a expressão “fica obrigado a reparar o dano”. O artigo 186 do Código Civil de 2002 não menciona em momento algum o dever de reparar o dano.

(obrigacionais, de posse e propriedade, parentais, matrimoniais e decorrentes de sucessão hereditária), vem o trecho do Código que trata especificamente da responsabilidade civil (dever de indenizar), iniciando-se pelo citado artigo 927. A ilicitude, portanto, é apenas um dos possíveis fatores de atribuição da responsabilidade civil.

Uma vez sedimentado o descolamento entre a ilicitude e o dever de indenizar, cumpre brevemente relatar que hodiernamente a doutrina civilista tem apontado, com algumas variações, como pressupostos do dever de indenizar¹⁹: (i) o dano injusto²⁰, (ii) o nexo de imputação (também chamado de fator de atribuição)²¹ e (iii) o nexo de causalidade.

Quanto à ideia de fator de atribuição (ou nexo de imputação), tema principal deste artigo, Pablo Malheiros da CUNHA o define como “um fator de justiça que autoriza a condenação do lesante e(ou) responsável em reparar o dano à vítima”²², sendo que o rol de nexos de imputação “é sempre dinâmico e pode ser alterado por lei, pela literatura jurídica e pela jurisprudência, sempre visando uma adequada tutela à vítima”²³. No mesmo sentido:

19 ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

20 “(...) qualquer dano, tanto a coisas como a pessoas, só será objeto de reparação se corresponder a um interesse que seja socialmente tido como sério e útil; não haverá tutela para interesses que não tenham essas características” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 475); “(...) o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179).

21 Afirma-se que a ilicitude é apenas um dos possíveis fatores de atribuição da responsabilidade civil, conforme *caput* do artigo 927 do Código Civil.

22 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 189.

23 ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de*

(...) o esquema contemporâneo da responsabilidade civil está embasado em diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto. São estes critérios que se denominam como nexos de imputação ou fatores de atribuição. (...) O rol de fatores de atribuição da responsabilidade civil não é taxativo, mas sim, aberto e dinâmico, podendo ser ampliado por meio legislativo, doutrinário ou jurisprudencial²⁴.

Assim, de acordo com a teoria contemporânea da responsabilidade civil, deve-se perquirir qual o fator de atribuição (ou nexo de imputação) que justifica a imputação do dever de reparar danos ao Erário por atos administrativos extracontratuais.

3. BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA SOBRE O FATOR DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO

Na esteira do apego à autonomia da vontade (racionalismo) para a imputação do dever de indenizar antes descrito, que pressupunha uma conduta voluntária contrária ao direito para que surgisse a responsabilidade civil, a teoria administrativista inicialmente afirmava que o ilícito é imprescindível para condenação de um ente público²⁵.

As características do Estado (gigantismo da administração, burocratização dos atos, etc.) certamente dificultam muito (senão impossibilitam) a demonstração desta culpa caracterizadora da ilicitude. Assim, e em razão do apego da teoria tradicional civilista da responsabilidade

indenizar. Curitiba: Juruá, 2008, p. 189.

24 Ibidem, p. 129.

25 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 296.

civil à autonomia da vontade, a doutrina administrativista passou a defender que os requisitos para condenações por danos do Estado seriam outros. Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que:

a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

Daí que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado²⁶.

Nesse caminhar, inicialmente afirmou-se que a ilicitude no campo do Direito Administrativo prescindiria da análise da culpa do servidor público envolvido na atividade danosa²⁷. Fernanda MARINELA afirma que:

Para mais uma vez proteger a vítima, facilitando o conjunto probatório, a evolução abre espaço para que a responsabilidade passe da subjetiva na culpa do agente para a subjetiva na culpa do serviço. Nesse caso, a vítima não precisa apontar o agente; basta a demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou foi prestado de forma ineficiente ou foi malfeito ou a prestação ocorreu com atraso quando deveria funcionar a tempo, o que se denomina falta do serviço, ou para os franceses “a ‘faute du service’”, também conhecida por culpa anônima²⁸.

Costuma-se dizer que o “julgamento do famoso arrêt Blanco de 1873 admitiu responsabilidade mesmo se a falta não pudesse ser imputada a determinado agente”²⁹. No Brasil, afirma-se que a partir do julgamento pelo

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1014.

27 GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 195.

28 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 964.

29 Segundo ensina DI PIETRO a respeito de tal julgado: “a menina Agnès Blanco, ao

Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário n. 20.372, de 1958³⁰, adotou-se tal “falta do serviço”³¹ ou “culpa administrativa”³² como fator de atribuição da responsabilidade civil do Estado. Importa aqui destacar que a doutrina administrativista afirma que esta ideia de “falta de serviço” mantém a necessidade de ilicitude para condenação do ente público, não se afastando dos limites da responsabilidade civil subjetiva³³.

Ainda com o intuito de promover melhores possibilidades de reparo aos danos causados pela atividade estatal, há quem afirme que a responsabilidade do Estado teria abandonado seus fundamentos civis para, então, prescindir totalmente da análise da culpa (seja culpa individual

atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi acolhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os interesses privados” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 706).

30 A decisão foi assim ementada: “*Responsabilidade civil do Estado – Culpa administrativa – Risco. Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público*”.

31 CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 108-109.

32 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 283.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1020.

do agente ou culpa administrativa)³⁴. Isso principalmente a partir da Constituição Federal de 1946³⁵, e atualmente nos termos do §6º do artigo 37 da Lei Maior. Nessa esteira, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que

(...) ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade³⁶.

Então, notadamente após as lições bem traçadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma-se que: (i) para atos comissivos da Administração Pública o dever de indenizar seria analisado pela moldura da responsabilidade civil objetiva; (ii) para atos omissivos (serviço público não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplica-se a responsabilidade civil subjetiva; e (iii) para danos decorrentes de situação de risco propiciada pelo Estado analisa-se pelos ditames da responsabilidade objetiva³⁷.

Nesse caminhar, há quem afirme que os pressupostos da responsabilidade civil do Estado seriam diferentes daqueles aplicáveis a outras hipóteses de reparar danos, pois enquanto para o Direito Civil o dever de indenizar decorreria do ilícito, no Direito Administrativo esse mecanismo estaria superado. Aparecido Hernani FERREIRA afirma a respeito que:

34 A respeito, ensina a doutrina que “a evolução da responsabilidade do Estado (...) teve como escopo principal a diminuição e, no limite, a eliminação da impunidade estatal. Da irresponsabilidade ao risco, uma enorme gama de teorias foram desafiadas, sempre visando restringir ao máximo a irresponsabilidade do Estado” (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172).

35 Ibidem, p. 1045.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 703.

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1026-1036.

Nessa teoria, a caracterização fica condicionada à comprovação de três elementos: a conduta estatal, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Aqui não há exigência de se demonstrar o elemento subjetivo; não se fala em culpa ou dolo. Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o Administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade³⁸.

Basta o nexo de causalidade entre o dano e seu causador. O Estado indeniza os danos que ele causou, salvo prova de que a vítima concorreu para que o evento ocorresse, sem que o Estado tivesse qualquer participação ou que este não surgiu por comportamento do Estado. Não é preciso haver mais ato ilícito³⁹.

Esse estado de coisas faz com que se torne muito relevante nas ações de indenização em face do Estado a discussão sobre nexo de causalidade. Isto porque as tradicionais lições da teoria da responsabilidade civil afirmam que as hipóteses de força maior, caso fortuito e “culpa”⁴⁰ exclusiva da vítima ou de terceiro afastariam o nexo de causalidade⁴¹ e, por consequência, o dever de indenizar. Assim, a discussão sobre prova do nexo de causalidade (ligação de causa e efeito entre o ato do agente público e o dano) chega a ser mais importante do que a própria análise da conduta administrativa, em especial quando se trata de ato comissivo. Ferreira afirma que:

(...) a obrigação de reparar os danos só ocorrerá se puder considerar este como consequência do fato gerador. Necessário um prognóstico a fim de esclarecer se

38 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 965.

39 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas, Servanda Editora, 2006, p. 284.

40 Conforme a teoria contemporânea da responsabilidade civil, seria mais adequado se falar em “fato” da vítima ou de terceiro, e não “culpa”.

41 GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 197. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 713.

o dano é consequência previsível do fato. Dada a imprevisibilidade dos danos, a causalidade fica excluída⁴².

Sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado afirma-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 130.764-1, ocorrido em 12 de maio de 1992⁴³, reconheceu a adoção pelo Brasil da teoria do dano direto e imediato⁴⁴.

Costuma-se chamar de “teoria do risco administrativo” esta forma de encarar a imputação de responsabilidade civil do Estado: possibilidade de afastamento do dever de indenizar pelo ente público quando há interrupção do nexo de causalidade. Contudo, comumente distinguem-se hipóteses de risco administrativo de hipóteses de risco integral⁴⁵. Nesse sentido, afirma-se que:

Apesar de a maioria da doutrina não fazer distinção, alguns doutrinadores dividem a teoria objetiva em duas modalidades: a do risco administrativo, que admite causas excludentes da responsabilidade do Estado, no caso de culpa da vítima, de terceiros ou força maior, e a do risco integral, que não admite excludente. A diferença entre as duas

42 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 296.

43 No referido processo discutia-se a responsabilidade do Estado por assalto a joalheria por quadrilha integrada por um fugitivo do sistema penitenciário. Tal decisão expôs expressamente que o artigo 1060 do Código Civil revogado, apesar de tratar da responsabilidade contratual, aplica-se também à qualquer hipótese de responsabilidade extracontratual. Como tal dispositivo legal foi repetido no artigo 403 do atual Código Civil, continuaria em vigor tal entendimento. Veja-se: STF, RE 130764, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270.

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 717.

45 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117-121.

teorias está, portanto, na admissão ou não de causas que excluem de responsabilidade o Estado e que, portanto, isentam ou não o Estado da obrigação de indenizar⁴⁶.

Observe-se ainda que, apesar de a teoria do risco administrativo ser a regra no país, excepcionalmente alguns autores (posição minoritária) admitem que a Constituição acolhe a teoria do risco integral, quando tratar-se de dano decorrente de material bélico, substâncias nucleares e dano ambiental⁴⁷.

Não há um dispositivo legal ou constitucional que trate da distinção entre “risco administrativo” e “risco integral”. Ao que parece, essa distinção decorre da necessidade de explicar hipóteses de imputação de dever de indenizar ao Estado que não se enquadram na tradicional forma de se descrever a teoria geral da responsabilidade civil, apegada à ideia de ilicitude e baseada na dicotomia responsabilidade objetiva/subjéctiva⁴⁸.

Este tratamento diferenciado da responsabilidade civil do Estado em relação ao aplicado aos danos causados por particulares não tem mais razão de existir, pois, como já dito, a doutrina privatista abandonou a dicotomia simplista que dividia todas as hipóteses de indenização em responsabilidade civil subjéctiva e objetiva, reconhecendo-se a existência de um rol aberto e dinâmico de “fatores de atribuição” ou “nexos de imputação”.

Ademais, o entendimento majoritariamente vigente no Direito Administrativo de que o Estado teria responsabilidade civil objetiva por

46 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 284.

47 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 983.

48 Há tendência na teoria da responsabilidade civil de se reconhecer o nexo de causalidade como um elemento normativo, e não como um elemento fático a ser demonstrado nos processos, principalmente quando o fator de atribuição do dever de indenizar não é a ilicitude (ALTHEIM, Roberto. Novas perspectivas do dever de indenizar – o necessário repensar de algumas afirmações tradicionais a respeito da tutela de danos. In: SOUZA, André Peixoto de; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Questões contemporâneas de direito*. Curitiba: ILAAJ, 2015, p. 276-281).

atos comissivos ou situações de risco especial por ele mesmo criado, e de responsabilidade subjetiva para danos decorrentes de atos omissivos, não traz explicação suficiente para justificar a prática jurisprudencial brasileira, conforme demonstrar-se-á adiante.

4. JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES A RESPEITO DO FATOR DE ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR AO ESTADO

O Superior Tribunal de Justiça, exercendo a função de uniformização da jurisprudência, proferiu inúmeros julgados a respeito da imputação de responsabilidade civil a entes públicos, ora condenando-os, ora absolvendo-os. Rendendo-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, antes sumarizadas, a Corte Especial costuma afirmar que “a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na ação estatal, o dano e o nexo de causalidade”. Nesse sentido, quando julgou o Recurso Especial 1.040.895/MG, que tratava de responsabilidade de município por omissão fiscalizatória em relação a danos por morte de familiares em razão de incêndio de casa de shows, afirmou o Tribunal que:

(...) 4. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de responsabilidade subjetiva do estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa

estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso.⁴⁹

Utilizando-se dos mesmos fundamentos, vários outros julgamentos foram proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁰

Já o Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo do §6º do artigo 37 da Constituição Federal, não tem posição tão cristalina⁵¹, algumas vezes impondo em razão de atos omissivos a moldura da responsabilidade objetiva (sem necessidade de comprovação de culpa de agente público ou falta de serviço)⁵², outras vezes da subjetiva⁵³.

Aparentemente, esse vacilo jurisprudencial a respeito do fator de atribuição da responsabilidade civil aos entes públicos decorre do apego à dicotomia responsabilidade subjetiva/objetiva.

49 STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1040895/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 02/03/2010.

50 Entre outros: AgRg no Aresp 501507/RJ, REsp 1230155/PR, AgRg no AREsp 118756/RS, REsp 88842/MG, AgRg no Ag 1014339/MS.

51 A respeito, costuma afirmar a doutrina administrativista que “existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, §6º da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715).

52 Entre outros: STF, ARE 655277 ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012; RE 495740 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214-01 PP-00516.

53 Entre outros: STF, RE 369820, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 27-02-2004 PP-00038 EMENT VOL-02141-06 PP-01295; RE 602223 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-05 PP-01062 RT v. 99, n. 897, 2010, p. 163-165.

5. A MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO ÚNICO FATOR DE ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO POR ATOS ADMINISTRATIVOS EXTRA CONTRATUAIS

É importante lembrar que a tradicional descrição da relação jurídica indenizatória contida em clássicos manuais de Direito Civil, e que fundamenta a cisão entre os pressupostos do dever de indenizar em geral em relação àqueles aplicáveis ao Estado, não mais encontra fundamento legal. De acordo com a descrição contemporânea da responsabilidade civil já rapidamente apresentada, reconhece-se que há inúmeros possíveis fatores de atribuição (nexos de imputação) da responsabilidade civil, alguns ligados à ilicitude e outros não.

Cabe, então, investigar qual seria o fator de atribuição do dever de indenizar ao Estado por atos extracontratuais que tem os seguintes contornos positivados no ordenamento jurídico, na Constituição Federal e no Código Civil:

Art. 37. ...§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa⁵⁴.

“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo⁵⁵.”

54 BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

55 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002.

Note-se que para tratar do dever de indenizar imposto aos entes públicos nenhum dos dispositivos fala em “culpa”, “dolo”, “independentemente de culpa”, “independentemente de ilícito”, ou qualquer expressão ligada a ideia de ilícito⁵⁶. Os dispositivos também não trazem nenhuma indicação de diferenciação entre o dever de indenizar decorrente de atos comissivos e omissivos.

Assim, não há motivo para apego à presença (ou ausência) de ilicitude, bem como à distinção entre atos omissivos e comissivos, para que se analise o dever de o Estado indenizar danos. Os textos constitucional e legal não impõem esses elementos para a formação do fator de atribuição da responsabilidade civil aos entes públicos.

A doutrina administrativista, principalmente quando invoca responsabilidade subjetiva para imputação do dever de indenizar ao Estado, costuma afirmar que “o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal”⁵⁷. Em outras palavras:

(...) tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano⁵⁸.

56 Apesar de abordar esse tema ao tratar do direito de regresso em face do agente público que praticou o ato danoso.

57 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 1026.

58 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 716.

Sendo assim, pode-se afirmar que o fator de atribuição decorrente do §6º do artigo 37 da Constituição Federal é a realização do serviço público de forma inadequada e que vem a causar danos. Quando há esta má prestação do serviço público, questiona-se apenas se a Administração tinha condições reais de realizá-lo de forma mais adequada. Fica clara, portanto, a necessidade de um dano ligado a uma má prestação de serviço público, conforme as possibilidades do ente público. A respeito, ensina a doutrina que:

A prestação dos serviços públicos hoje tem um padrão normal, observado o princípio da reserva do possível, isto é, observado aquilo que é compatível com as condições orçamentárias, estruturais e tecnológicas para preservar a atividade. Caso o serviço esteja dentro do padrão normal, o esperado, o possível, não há que se falar em responsabilidade para o Estado. O padrão normal não tem definição legal; depende de uma apuração no meio social, no estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época⁵⁹.

Essa má prestação de serviço público conforme as possibilidades concretas, independentemente da perquirição de qualquer elemento ligado à ilicitude, parece ser o fator de atribuição da responsabilidade civil ao Estado por ato extracontratual.

A superação da discussão sobre ilicitude (mesmo para atos omissivos) e a centralização da análise na existência de má prestação de serviço público conforme as possibilidades concretas do Estado, aqui propostas, parece tornar mais adequada e fluida a justificação das indenizações que vêm sendo impostas pelos Tribunais aos entes públicos. É isso que se pretende demonstrar no tópico seguinte.

59 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 974.

6. DO DIFÍCIL ENQUADRAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS LIÇÕES TRADICIONAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme o que já foi dito, costuma-se afirmar que (i) para atos comissivos da Administração Pública o dever de indenizar seria analisado pela moldura da responsabilidade civil objetiva; (ii) para atos omissivos (serviço público não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplica-se a responsabilidade civil subjetiva; e (iii) para danos decorrentes de situação de risco propiciada pelo Estado analisa-se pelos ditames da responsabilidade objetiva. Essa forma de descrição do fenômeno é adequada à teoria tradicional da responsabilidade civil, que centraliza o dever de indenizar em prática voluntária de ato juridicamente reprovável (ilicitude), o que está superado pela doutrina civilista/privatista. Parece necessário entender que o fator de atribuição do dever de indenizar do Estado por atos extracontratuais é a má prestação do serviço público, a ser apurada conforme as possibilidades concretas do ente público. Passa-se a isso demonstrar, com base em análise de julgados sobre o tema.

Não há dúvida de que a prisão em flagrante de alguém é um ato comissivo das forças de segurança pública gerador de danos. Assim, pelo que se costuma afirmar, haveria responsabilidade objetiva do Estado, bastando demonstrar o dano e o nexo de causalidade com a ação estatal para que exista o dever de indenizar. Mas, de acordo com a jurisprudência do STJ, não é sempre isso o que acontece. Conforme os precedentes, apenas se a prisão cautelar decorreu de falha na prestação do serviço público (por exemplo, equívoco de identificação) fica inafastável a condenação por danos⁶⁰.

60 Por exemplo: acórdão proferido pelo STJ no AgRg no AREsp 380572 / MS, 17/10/2013, rel. Min. Humberto Martins.

Quando policiais agem em estrito cumprimento de dever legal (exercício regular de direito) podem causar danos, por exemplo, quando se valem de armas de fogo. Nesses casos, há excludente de ilicitude (art. 188 do Código Civil), mas, pela adoção da moldura ato comissivo/responsabilidade objetiva, haveria imputação de dever de indenizar. Contudo, não é assim que age a jurisprudência, que vem condenando entes públicos apenas se o serviço de segurança pública não for bem prestado, causando danos a terceiros que não os geradores da situação de risco⁶¹.

No caso de danos causados a detentos, mesmo suicídio, o dever de indenizar do ente público decorrerá da má prestação do serviço. Em outras palavras: se os danos ocorreriam independentemente de alguma falha no serviço de encarceramento, não há responsabilidade do ente público⁶²; caso contrário, haverá⁶³.

Quando se analisam danos decorrentes de alegado erro médico ocorrido em unidade pública de saúde a jurisprudência baseia a discussão na prova (ou não) de imperícia, imprudência ou negligência dos profissionais (análise de culpa/responsabilidade subjetiva)⁶⁴. Não obstante, não há dúvidas de que há ato comissivo, que, se gerador de danos, acarretaria responsabilidade objetiva, segundo a teoria administrativista majoritária.

61 Por exemplo: acórdão proferido pelo STJ no REsp 111.843/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 24/04/1997, e no REsp 884.198/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/04/2007.

62 Por exemplo: TJPR - 2ª C. Cível em Composição Integral - EIC - 548157-8/01 - Curitiba - Rel.: Antônio Renato Strapasson - Unânime - J. 04.05.2010.

63 Por exemplo: STJ, REsp 1435687/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/05/2015; STF, RE 841526, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016.

64 Por exemplo: STJ, AgRg no Ag 923.340/PI, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 05/05/2008.

Vale ainda lembrar que o Estado costuma ser condenado em razão de aluno de escola pública ter sofrido danos causados por outro aluno, sem qualquer ligação causal com ações ou omissões dos agentes públicos envolvidos. Isto porque se entende que a prestação de serviço público educacional tem implícito o dever de segurança plena às crianças e, portanto, haveria má prestação⁶⁵. Note-se que não se cogita de ilicitude na ação ou omissão dos profissionais da educação para essas hipóteses de condenação.

Perceba-se que nas situações aqui mencionadas a justificação do dever de indenizar seria mais adequada, fluida e de fácil enquadramento aos fatos se baseada na existência (ou não) da má prestação do serviço público conforme as possibilidades concretas da Administração Pública. Ocorre que não é esse o fundamento normalmente utilizado pelas sentenças ou acórdãos, que centram a discussão no binômio responsabilidade objetiva/ atos comissivos x responsabilidade subjetiva/atos omissivos.

Ocorre que essa dicotomia não explica bem as decisões, que não raras vezes afirmam interrupção denexo de causalidade quando é claro que danos decorreram de algum serviço público. Ademais, causa perplexidade decorrente da contradição que se pode perceber ao compararem-se decisões judiciais que impõem soluções diferentes para pressupostos fáticos que se enquadrariam na mesma moldura normativa. Como justificar, por exemplo, que em alguns casos a omissão administrativa é analisada conforme a moldura da responsabilidade subjetiva e em outras oportunidades isto não se faz presente, sendo imputado o dever de indenizar sem prova de ilicitude? Por que em alguns casos o ato comissivo gera dever de indenizar independentemente da análise de ilicitude, e outras vezes admite-se excludentes de responsabilidade civil ligadas ao estrito cumprimento de dever legal ou ao exercício regular de direito, que são então referidas como se

65 Por exemplo: STF, RE 109615, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996.

suficientes para afastar o nexo de causalidade? As respostas a essas perguntas não são fáceis se mantida a dicotomia aqui criticada.

Ao se imputar o dever de reparar danos ao Estado sempre que houver má prestação de serviço conforme as possibilidades fáticas, independentemente de ser um ato omissivo ou comissivo em análise, abdica-se da discussão sobre existência ou não de ilicitude, bem como se diminui a necessidade de divagações sobre nexo de causalidade. Basta, para que exista o dever de indenizar do ente público, que o dano esteja inserido no âmbito de proteção da norma jurídica de base para nexo de imputação (ou fator de atribuição) adotado: má prestação do serviço público conforme as possibilidades concretas do ente estatal. Assim, a eventual alegação de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro tem importância muito diminuída, e a discussão jurisprudencial centralizar-se-á no que mais importa: a análise da adequação ou não do serviço público em questão.

Além do incremento de segurança jurídica decorrente da redução da contradição antes apontada, entende-se pertinente essa alteração de enfoque para que as decisões judiciais centrem a discussão na presença (ou não) da má prestação do serviço público também para fomentar a função pedagógica da responsabilidade civil. Isto porque, para além da função compensatória, tem-se largamente admitido que condenações a indenizar danos têm também uma função pedagógica, no sentido de que “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras”⁶⁶. Afirma-se a respeito que:

Atualmente não se deve aceitar que a preocupação da responsabilidade civil seja circunscrita apenas ao resultado do ato ilícito, ou seja, ao dano. Ela é muito mais do que isso. O seu objetivo neste moderno direito é impedir a concretização de novas

66 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441.

agressões, assim como a sua repetição, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade, que são, cotidianamente alvos fáceis para condutas ofensivas⁶⁷.

Esta função é característica da responsabilidade criminal, que, como se sabe, visa, com a imposição ao infrator da pena, retribuir o ilícito, com castigo proporcional (finalidade retributiva), mais dissuadir outras pessoas da prática de atos similares (prevenção geral) e ainda dissuadir o próprio criminoso da prática de novos crimes (prevenção especial). Embora a responsabilidade civil tenha natureza essencialmente reparatória do dano, essas três finalidades penais não deixam de estar presentes na reparação civil, ainda que afora assumindo características diversas e mitigadas⁶⁸.

Assim, decisões judiciais a respeito de responsabilidade civil do Estado que se baseiem na discussão sobre ocorrência (ou não) de má prestação de serviço público seriam muito mais eficazes no cumprimento da função pedagógica do instituto, pois ensejariam formação de jurisprudência orientativa sobre o tema.

7. CONCLUSÕES

Diante do que foi aqui exposto, este artigo, de forma singela e ainda superficial, pretende fomentar a discussão sobre os pressupostos do dever de indenizar atribuído ao Estado. Isso com base no diálogo entre a teoria geral da responsabilidade civil contemporaneamente trabalhada pela doutrina civilista/privatista e pela doutrina administrativista/publicista.

Acredita-se que a superação da dicotomia ação/responsabilidade objetiva e omissão/responsabilidade subjetiva permite a clara discussão sobre o verdadeiro fator de atribuição da responsabilidade civil ao Estado a ser obtido conforme mandamentos constitucionais, qual seja, a má

67 RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 269.

68 Ibidem, p. 439.

prestação de serviço público conforme as possibilidades concretas de cada ente e em cada situação.

Ao se adotar este fator de atribuição, que não tem nenhuma variável ligada à caracterização dos atos administrativos como omissivos ou comissivos, e que não perquire nenhum elemento ligado à ilicitude, estar-se-á centrando as decisões judiciais no elemento que mais interessa: a perfeição ou não da ação administrativa.

Assim, estar-se-á incrementando a segurança jurídica, por afastar-se a possibilidade de decisões díspares para casos semelhantes em razão do vacilo jurisprudencial e doutrinário atualmente existente sobre os pressupostos da responsabilidade civil do Estado. Ademais, estar-se-á fomentando o caráter pedagógico das decisões condenatórias.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

ALTHEIM, Roberto. *Novas perspectivas do dever de indenizar – o necessário repensar de algumas afirmações tradicionais a respeito da tutela de danos*. In: SOUZA, André Peixoto de; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Questões de direito contemporâneo*. Curitiba: Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 4., 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano moral imoral – o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.