

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS – UMA PERSPECTIVA OBJETIVA

ROGÉRIO TELLES CORREIA DAS NEVES

Advogado da União em Brasília

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Responsabilidade Civil do Estado; 3 Evolução Histórica; 4 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro; 5 Enfoque Objetivo: Referência ao Ato Administrativo e não aos Agentes do Estado; 6 Atos Administrativos; 7 Responsabilidade Civil do Estado pelos Atos Políticos; 8 Responsabilidade Civil pelos Atos Regidos pelo Direito Privado; 9 Responsabilidade Civil Decorrente de Atos Materiais; 10 Conclusões; 11 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As bases teóricas da responsabilidade civil do Estado encontram-se, na sua essência, relativamente estabilizadas e solidificadas na jurisprudência e doutrina brasileiras, sendo poucos os pontos de controvérsia.

Na compreensão do estudo que se passa a desenvolver, parte-se do pressuposto de que o Estado brasileiro já atingiu um nível de estabilidade e maturidade, em que não se justificam mais os níveis de socialização do risco, estabelecidos na doutrina e na jurisprudência, após quase duas décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Pretende-se com esse breve estudo apresentar uma perspectiva diferente de análise do tema, sem a pretensão de construir algo novo nem

de ser exaustivo, mas apenas lançando à reflexão alguns pontos que se encontram mais consentâneos com a atual realidade brasileira.

Antes de se abordar o tema específico, considerou-se importante buscar alguns conceitos fundamentais do Direito Administrativo, mormente aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado, direcionando o estudo, a fim de se atingir, na seqüência, a questão de modo adequado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Álvaro Villaça Azevedo¹ conceitua a responsabilidade civil como sendo:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a

¹ Responsabilidade civil. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva. p. 336.

terceiro, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) no Direito Civil, como cediço, é subjetiva, sendo configurada quando presentes quatro elementos (art. 186 do Código Civil):

- a) ato comissivo ou omissivo;
- b) dano;
- c) nexa de causalidade; e
- d) culpa em sentido amplo.

O Direito Administrativo incorporou outros elementos para definir a responsabilidade civil do Estado. Invoca-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:²

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

3.1 IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

Até meados do século XIX, prevaleceu a idéia de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos

atos praticados por seus agentes. A intangibilidade do Estado decorria da irresponsabilidade do monarca, traduzida no postulado *the king can do no wrong*. Remonta dos Estados absolutos e baseava-se na idéia de soberania absoluta na qual o Estado era infalível e o rei era representante divino entre os homens, sendo, portanto, também intangível.

3.2 RESPONSABILIDADE COM CULPA

O abandono da teoria da irresponsabilidade estatal marcou a adoção da responsabilidade com culpa, passando-se à noção civilista da responsabilidade civil. Distinguiu-se, entretanto, se o ato era de gestão ou de império.

Se o Estado produzisse um ato de gestão, aproximar-se-ia do particular, podendo ser civilmente responsabilizado, se demonstrada a culpa *lato sensu*. Por outro lado, se o ato era de império, coercitivo, decorrente do poder soberano do Estado, adotar-se-ia a teoria da irresponsabilidade estatal, pois o fato seria regido pelas normas tradicionais de Direito Público. A doutrina aponta que tal distinção importava num sem-número de dúvidas e confusões, tendo em vista a dificuldade natural de se separar os atos de gestão dos atos de império.

3.3 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

Passou-se a se considerar que somente a comprovação de que o fato

² Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 835.

danoso originado da falta do serviço acarretaria a responsabilidade civil do Estado. A falta do serviço poderia se configurar de três formas: *a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço*. Trata-se da culpa anônima, como denominada pela doutrina, pois bastava a prova do serviço faltoso por parte da administração, sendo desnecessário apontar o agente que o provocou. Abria-se a possibilidade do lesado exigir a reparação do funcionário ou da Administração, desde que comprovados elementos de falta ou ineficiência do serviço e culpa ou dolo.

3.4 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Todas as teorias evoluíram atualmente para a responsabilidade objetiva do Estado, na qual é dispensada a verificação da culpa em relação ao fato danoso. É expurgado, assim, o último elemento da responsabilidade civil tradicional na definição da responsabilidade estatal, bastando que o particular comprove a relação de causalidade entre o fato e o dano.

A responsabilidade objetiva do Estado encontrou fundamento na teoria do risco administrativo, segundo a qual, levando-se em consideração a supremacia jurídica, política e econômica exercida pelo Estado em relação ao particular, não seria justo exigir-se deste último esforço sobre-humano para obter o direito à reparação dos danos.

As justificativas da teoria do risco administrativo são várias. Uma delas identifica a vasta gama de poderes do Estado e a maior álea naturalmente encontrada nas diversas atividades estatais, resultando no fato de que onde existente um maior poder, o risco deve ser maior. Trata-se, portanto, de equilibrar o poder estatal com a possibilidade de ser responsabilizado diante da própria presença de tal risco. Há um outro fundamento de justiça social, segundo o qual o Estado, ao ser condenado a pagar uma indenização, não seria o prejudicado diretamente, pois os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição de todos os membros da sociedade.

Pela responsabilidade estatal fundada no risco administrativo, a Administração Pública somente se exime da indenização ao particular se comprovar culpa exclusiva desse ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

A última das teorias objetivistas é a do risco integral. Se, segundo a doutrina do risco administrativo a Administração Pública pode eximir-se da sua responsabilidade civil, comprovando a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o caso fortuito e a força maior, tal não ocorre pela construção do risco integral, modalidade extrema de responsabilidade civil objetiva, segundo a qual a Administração é sempre culpada e responsável por toda lesão à esfera jurídica do particular. A elaboração teórica do risco integral é

uma rara exceção nos ordenamentos jurídicos atuais e não encontra aplicação para a responsabilidade civil do Estado.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 assim dispunha em seu art. 15:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

O texto legal provocou alguma divergência doutrinária, sendo, porém, majoritária a posição de que se tratava de responsabilidade civil subjetiva.

Entretanto, desde a Constituição de 1946, o Direito brasileiro passou a consagrar a responsabilidade civil do Estado nos seguintes termos: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Tal redação foi repetida com algumas alterações pela Constituição de 1967 e Emenda nº 1/69.

Finalmente, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, preconiza:

Art.37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público

responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso nos casos de culpa ou dolo.

Importante transcrever também o art. 43 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

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 dolo.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio consagra a responsabilidade objetiva do Estado pelo ato administrativo com base na teoria do risco administrativo. Isso significa que o ente estatal, ao ser demandado em ações de indenização, terá que buscar afastar a caracterização da existência do ato danoso, do nexo de causalidade ou do próprio dano. Se aduzir em sua defesa somente que o seu agente não agiu com culpa no evento danoso e o autor provar aos demais elementos, que a procedência da ação é inexorável.

Por outro lado, prevalece na doutrina que a responsabilidade civil do Estado é objetiva somente quando o dano for provocado por uma conduta comissiva estatal. Se o dano é impingido ao particular pela omissão do Estado, há responsabilidade subjetiva, vale dizer, mister se faz provar a culpa da administração pela falta ou ineficiência do serviço.

**5 ENFOQUE OBJETIVO:
REFERÊNCIA AO ATO
ADMINISTRATIVO E NÃO AOS
AGENTES DO ESTADO**

No desempenho de suas funções, o Estado desdobra-se em entidades e órgãos, sem prescindir, todavia, do elemento humano, da pessoa física, na execução daquelas tarefas. O Estado delega atribuições ou poderes aos agentes públicos, de tal modo que os atos, por esses praticados representam atos da própria entidade estatal.

Todavia, esses agentes, no exercício de suas funções, poderão causar prejuízos a outras entidades públicas ou aos administrados, resultando a responsabilidade civil do Estado, que consiste na obrigação legal de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.

O objetivo desse trabalho é delimitar a expressão “atos dos seus agentes que nessa qualidade”, inserta no § 6 da Constituição Federal.

A doutrina administrativista brasileira, em geral, considera que o termo “nessa qualidade” indica a presença de vontade do Estado. Os autores, após explanação de que a atuação estatal se consubstancia em atos praticados por seus agentes, distinguem duas situações:

a) ato praticado pelo agente no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-la – há responsabilidade estatal;

b) ato, embora praticado por agente de Estado, diz respeito à sua vida privada – a responsabilidade é pessoal, regida pelo Direito Civil.

Considera a doutrina a expressão “agente nessa qualidade” sob um prisma subjetivo, estabelecendo os efeitos da relação jurídica pela ótica da pessoa que pratica o ato, para o fim de conceituar a responsabilidade civil do Estado.

Embora seja essa a visão majoritária da doutrina administrativista, *data venia*, entendemos que o enfoque deve ser diverso. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao trazer a expressão “atos dos seus agentes que nessa qualidade”, não almeja qualificar o agente. Pretende-se, pois, com o presente trabalho, demonstrar que o Constituinte objetivou dar maior importância ao ato para estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado.

O termo agente é consagrado na doutrina como sendo todo aquele que contribui para o Estado com o seu labor. Estão inseridos nessa definição todos os servidores públicos (servidores públicos civis, militares, empregados públicos e servidores públicos temporários), os agentes políticos e os particulares em colaboração com o Estado.

Com efeito, se a Constituição quisesse qualificar o agente com a expressão “nessa qualidade”, seria exercício de redundância, pois subentende-se que o agente praticará

atos exteriorizando a vontade estatal. Na verdade, a expressão “nessa qualidade” diz respeito ao ato praticado pelo agente. O ato “nessa qualidade” expresso na Constituição nada mais é do que o ato administrativo.

Destaque-se que no exercício da Atividade Administrativa, o Estado atua em diversos campos, praticando atos administrativos, políticos e de gestão, prestando serviços de forma direta ou por interpostas pessoas mediante concessão e permissão, etc. E todos os agentes que colaboram nas atividades *susso* destacadas o fazem em expressão da vontade do Estado. Agem na qualidade de agentes públicos (agem em nome da *res publica*). Como consequência, tais agentes poderão incidir em fatos danosos hábeis a gerar a obrigação secundária de reparar o dano.

Visando disciplinar como se daria esse dever de reparação por ato praticado por agentes públicos, veio a lume, entre diversas normas, o art. 37, § 6º da CF/88, estabelecendo o dever de indenizar por parte do Estado quando os seus agentes, na prática de atos administrativos, causarem dano a outrem. Tal dispositivo legal, repise-se, ao trazer a expressão “atos dos seus agentes que nessa qualidade”, não almeja qualificar o agente. Isso porque, como já visto, todo aquele que age em nome da *res publica* age consoante vontade estatal.

Tal artigo constitucional apenas delimita, pois, que a responsabilidade

objetiva do Estado é limitada à prática de atos administrativos, consoante a teoria do risco administrativo. Nesse passo, o Estado será responsabilizado independentemente da perquirição de culpa se comprovados o dano e o nexo de causalidade entre o mesmo e a conduta do agente público. Tal artigo exclui, portanto, a responsabilidade objetiva Estatal por outros atos que não sejam atos administrativos propriamente ditos (aí inclusos os atos políticos – de governo, legislativos e jurisdicionais – atos materiais e atos regidos pelo direito privado).

Para corroborar o que foi dito, deve-se destacar o ato administrativo praticado por agente de fato. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, assim caracteriza a função de fato:

Ocorre quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda aparência de legalidade. Exemplos: falta de requisito legal para a investidura, como certificado de sanidade vencida, inexistência de formação universitária para a função que a exige; o mesmo ocorre quando o servidor está suspenso do cargo, ou exerce funções depois de vencido o prazo de sua contratação. [...]

Assim, se um determinado “servidor público” pratica atos administrativos e depois descobre que esse foi admitido, por exemplo, por fraude no concurso público, não serão os atos anulados, já que a atuação do

³ Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 228.

agente era revestida de aparente legalidade. Ademais, a eventual anulação dos atos poderia prejudicar terceiros de boa-fé, destinatários do ato praticado. Quando isto ocorre, a doutrina administrativistas aponta pela convalidação do ato, se inexistir outro motivo para expurgá-lo do mundo jurídico. Importante frisar que o aproveitamento dos atos praticados não significa impunidade do servidor, que certamente será exonerado.

Nessa linha de raciocínio, o servidor de fato, conquanto não tenha a qualidade de agente público, poderá praticar atos administrativos que serão considerados válidos e eficazes. Nesse sentido, já julgou o Pretório Excelso:

Prisão preventiva. Alegação de nulidade, por incompetência de quem a decretou. Se o juiz de direito, findas as férias, não reassumiu, por enfermo, legítima foi a permanência no cargo do seu substituto, o juiz municipal, e legítima, conseqüentemente, a substituição deste pelo juiz de paz. Ainda que alguma irregularidade houvesse pela demora no deferimento da licença ao juiz de direito enfermo, jamais seria isso motivo de nulidade, pois a investidura irregular do funcionário que exerce o cargo com toda a aparência de legitimidade não acarreta a nulidade dos atos praticados. Requisitos da prisão preventiva. Art. 311 do Código de Processo Penal.⁴ (grifo nosso)

Somente com tais considerações revela-se que a condição de agente não é essencial para a prática de atos administrativos. Se esse servidor irregularmente investido causar algum dano a um particular, decerto que a Administração Pública será responsabilizada civilmente, uma vez que aparentemente esse “servidor” apresentava-se como tal.

O que importa, portanto, para a responsabilidade civil do Estado, é o ato administrativo em si, e não a qualidade de agente de quem o pratica.

Demonstrado, pois, que para a incidência da responsabilidade objetiva estatal não irá se perquirir a “qualidade do agente público”, sendo certo que os atos praticados no exercício da função administrativa é que importam para a caracterização do tema.

Com o fito de melhor explicar o enfoque objetivo pretendido é necessário agregar outros conceitos.

6 ATOS ADMINISTRATIVOS

Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, não há conceito legal de ato administrativo, motivo pelo qual não é de se estranhar a grande divergência doutrinária em conceituá-lo.

Pedimos vênias para transcrever a definição do citado autor:⁵

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes, como, por exem-

⁴ RHC 32621, Rel. Min. Luis Gallotti, DJ 07-06-1954, Primeira Turma.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 339-340.

plo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Ainda, o conceito de José dos Santos Carvalho Filho:⁶

A exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Diógenes Gasparini⁷ define ato administrativo como:

Toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

Para Marçal Justen Filho⁸ ato administrativo é uma “manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.

A definição doutrinária distingue os atos administrativos em sentido amplo de outros atos que não integram o conceito. São eles:

a) atos políticos (também denominados atos de governo): são atos praticados no exercício de função puramente política, em obediência direta à Constituição. Exemplo clássico é a sanção ou o veto de uma lei pelo chefe do Poder Executivo pelo não atendimento ao interesse público;

b) atos regidos pelo Direito Privado: a separação sistemática desses atos para o estudo do ato administrativo decorre do fato de que o Direito Administrativo apenas regula as condições de sua emanção, mas não lhe disciplina o conteúdo e os efeitos. Por exemplo, cita a locação de um imóvel para instalar uma repartição pública;

c) atos materiais: são comportamentos meramente materiais da Administração, que permitem realizar seus fins, também chamados de “fatos administrativos”. São exemplificados com o ministério de uma aula, a entrega de documentos pelo motorista da repartição, etc.

Todos esses atos, embora sempre haja a participação de agente público na sua formação, não se inserem no conceito de ato administrativo.

⁶ Manual de direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 80.

⁷ Direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 62.

⁸ Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 185.

Hely Lopes Meirelles⁹ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰ agrupam os atos administrativos em cinco tipos:

a) atos normativos – são aqueles que contêm um comando geral do Executivo visando ao cumprimento (aplicação) de uma lei. Podem apresentar-se com a característica de generalidade e abstração (decreto geral que regulamenta uma lei), ou individualidade e concreção (decreto de nomeação de um servidor). Os atos normativos podem ser: Regulamentos, Decretos, Regimentos, Resoluções e Deliberações.

b) atos ordinatórios – são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. Emanam do poder hierárquico, isto é, podem ser expedidos por chefes de serviços aos seus subordinados. Só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam aos particulares. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem. São as Instruções, Circulares, Portarias, Ordens de Serviço, Provimentos e Avisos.

c) atos negociais ou de consentimento estatal – segundo Hely

Lopes Meirelles, são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público. São as autorizações, as permissões e as licenças.

d) atos enunciativos – segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto, são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, constantes de registros, processos e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, vinculados quanto ao motivo e ao conteúdo (objeto). São as certidões, atestados, pareceres e apostilas.

e) atos punitivos – são aqueles que contêm uma sanção imposta pela lei e aplicada pela Administração, visando punir as infrações administrativas ou conduta irregulares de servidores ou de particulares perante a Administração. Exemplos: multa, interdição de atividades, destruição de coisas e demolição administrativa.

A presente classificação doutrinária é trazida a título meramente exemplificativo, uma vez que somente elenca atos praticados pelo Poder Executivo.

No afã de atender às necessidades públicas, a Administração Pública,

⁹ **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 160-179.

¹⁰ **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005. p. 155-159.

através de seus agentes, presta serviços, levanta obras, proíbe comportamentos, delega poderes, policia atividades, concretiza atos administrativos. E todas as vezes que dessas ações ou omissões resultarem danos ao bem juridicamente protegido do administrado (quer seja pessoa física ou jurídica) surge a obrigação de reparar esse dano, ou seja, a obrigação que se impõe à Fazenda Pública de compor, financeiramente, o dano causado ao administrado por agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, em decorrência de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou meramente jurídicos.

Partindo-se de uma leitura objetiva do texto constitucional, que estabelece a responsabilidade civil do Estado, vislumbrando o aspecto do ato e não do agente que o pratica, conforme exposto no item anterior, tais conceitos devem ser aplicados à espécie, a fim de se buscar o alcance da responsabilização estatal na prática dos mais diversos atos.

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS POLÍTICOS

Antes de adentrar a responsabilidade civil do Estado por atos políticos, deve-se melhor delimitar qual a abrangência dos atos em análise. Isso porque parte da doutrina administrativista costuma conceituar os atos políticos somente como atos do Poder Executivo (daí a denominação atos de governo).

Entretanto, *data venia*, essa concepção restritiva não procede. Isso porque os atos políticos se verificam na esfera dos Três Poderes estatais, como manifestação de suas funções típicas expressas na Constituição Federal. Assim, na esfera do Poder Executivo, todos os atos que revelam a condução das políticas públicas são atos políticos. O Poder Legislativo tem como ato político típico a função de legislar, manifestada através do processo legislativo, do qual emanam as leis. Por fim, o monopólio da jurisdição, cujo exercício se exterioriza através das decisões judiciais, é o ato político atribuído pela Constituição ao Poder Judiciário.

A função política é desempenhada predominantemente pelo Executivo e Legislativo, concernente à prática de atos de interesse geral no exercício de suas respectivas competências constitucionais.

A função administrativa refere-se à prática de atos no interesse coletivo, satisfazendo privativamente os anseios desse grupo, como expressão da atividade administrativa por meio de atos administrativos. Por fim, à função jurisdicional cabe declarar o direito e decidir as questões de fato e de direito submetidas ao Poder Judiciário.

Os atos políticos são assim aqueles produzidos por certos agentes que formam a cúpula diretiva do país, no uso de sua competência constitucional. Sabe-se que o Estado se manifesta por

seus órgãos. Tais órgãos são supremos (constitucionais) ou dependentes (administrativos). Os órgãos administrativos estão em plano hierárquico inferior em relação aos órgãos políticos. Aqueles (os órgãos administrativos), em seu conjunto, formam a Administração Pública.

Isso não significa que os agentes de cúpula não podem praticar atos administrativos. Os agentes de todos os Poderes do Estado produzem atos administrativos quando não praticam os seus atos típicos expressos na Constituição. Assim, por exemplo, quando o Presidente do Tribunal de Justiça determina a realização de uma licitação para aquisição de material de escritório, está praticando um ato administrativo. De igual sorte, quando o Presidente do Senado Federal concede férias ao seu assessor.

Esclareça-se que o enfoque desse breve estudo restringe-se aos Três Poderes constituídos expressos na Constituição, deixando de lado, apenas para fins didáticos, as Funções Essenciais à Justiça e os Tribunais de Contas.

Com efeito, quando os Poderes de Estado exercem as suas competências próprias produzindo atos políticos, o Estado não pode ser responsabilizado objetivamente. Como explicitado nos itens anteriores, somente há a responsabilidade objetiva quando o Estado, mediante seus agentes,

praticam atos administrativos. Os atos políticos estão imunes a tal designação, tendo em vista que possuem disciplina estabelecida na Lei Maior.

Não se ousa afirmar peremptoriamente com esse trabalho que a regra geral para se estabelecer a responsabilidade civil decorrente do ato político é a irresponsabilidade estatal. Embora parte da doutrina e da jurisprudência pátrias atestem a tese da irresponsabilidade, conquanto sob outros fundamentos, não se chega seguramente a tal conclusão, pois claramente há exceções.

Entretanto, pode-se afirmar com razoabilidade que a responsabilidade do Estado somente se materializará se o ato político for praticado com abuso de direito, caracterizando, portanto, uma responsabilidade civil subjetiva qualificada. A simples culpa em sentido amplo não basta; é preciso configurar abuso de envergadura relevante no exercício dos poderes estatais para que se configure a responsabilização.

Tal raciocínio lógico-sistemático não chega a ser novidade também. A conclusão é corroborada pela doutrina e jurisprudência, embora sob fundamentos diversos, mas que, na essência, traduzem esse pensamento.

Para facilitar a compreensão, passa-se a discorrer sobre os atos políticos em espécie.

7.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS

A função legiferante constitui uma das atividades estruturais do Estado, pois consubstancia a própria criação do direito (*ius novum*). Significa, outrossim, o exercício da soberania estatal, na medida em que somente há autodeterminação dos Estados na medida em que existe um Poder Legislativo instituidor das normas que disciplinam o meio social.

Segundo a majoritária doutrina administrativista brasileira, inserindo-se a lei dentro das prerrogativas do Poder Legislativo, as normas que dele derivam não são passíveis de responsabilização estatal.

A regra geral, sendo a orientação firme de nossos doutrinadores, é a irresponsabilidade estatal. Importante trazer à colação os argumentos para essa posição elencados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:¹¹

A regra que prevalece em relação a atos legislativos é a irresponsabilidade. Vários argumentos são invocados em defesa desse entendimento:

1. o Poder Legislativo atua no exercício da soberania, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as

pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;

3. *Os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.*" (grifo nosso)

Deve-se citar ainda o mestre Hely Lopes Meirelles:¹²

Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes *administrativos (servidores)*, sem aludir aos *agentes políticos (parlamentares e magistrados)*, que não são *servidores* da Administração Pública, mas sim membros de Poderes do Estado.

O *ato legislativo típico*, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional.

[...]

Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da

¹¹ Op. cit., p. 531/2.

¹² Op. cit., p. 563/4.

atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo. *Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos?* Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. (grifo nosso)

No mesmo sentido da irresponsabilidade estatal se posicionam, ainda, os eminentes administrativistas Odete Medauar, Toshio Mukai, dentre outros.

Porém, outros autores de igual expressão aceitam a tese de que somente as leis inconstitucionais poderiam acarretar a responsabilidade civil do Estado. São eles: Amaro Cavalcanti, Guimarães Menegale, Cretella Jr., Diógenes Gasparini, Juary C. Silva, etc.

Tal posição é corroborada pela 1ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante entendimento jurisprudencial:¹³

O Estado só responde (em forma de indenização, ao indivíduo prejudicado) por atos legislativos quando inconstitucionais, assim declarados pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. Decisão por maioria de votos. (grifo nosso)

Em suma, quando o assunto é responsabilidade civil do Estado decorrente de atos legislativos, ou não, há responsabilidade estatal ou há responsabilidade civil diante da lei inconstitucional. Nesse último caso, não é incorreto dizer que houve abuso do poder legiferante quando ocorre a vigência de uma lei inconstitucional. É, portanto, forma de responsabilidade civil subjetiva qualificada, uma vez que exige abuso de poder.

Note-se que, embora sob outro prisma, o entendimento dominante na doutrina e jurisprudência acompanha o raciocínio desenvolvido, de modo que resta comprovado o acerto da proposição.

7.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS JURISDICIONAIS

Antes de tudo, como alerta José dos Santos Carvalho Filho, é preciso distinguir os atos jurisdicionais (ou judiciais) dos atos judiciários. Aqueles são exercício da jurisdição, praticados, portanto, somente por magistrados. Esses representam os atos administrativos dos servidores do Poder Judiciário, incidindo a responsabilidade objetiva do Estado, desde que configurados os seus pressupostos.

Tais como os atos legislativos, é impossível falar de responsabilização pelos atos judiciais quando exercidos nos limites da Constituição e da lei, sem que haja qualquer indício, por menor que seja, de arbitrariedade por parte do

¹³ RESP 124.864/PR, DJ 28/09/1998, Rel. p/ Acórdão Ministro Demócrito Reinaldo.

juiz. Querer insurgir-se contra a legitimidade das decisões judiciais válidas e regulares significa contrapor-se à autoridade da soberania estatal e dos poderes constitucionais.

Yussef Sahid Cahali¹⁴ sintetiza os fundamentos pelos quais não é possível a responsabilização pelos atos judiciais:

De todo esforço se dá conta que doutrina e jurisprudência se fixam no sentido da não responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais, salvo disposição legal expressa, em função dos seguintes princípios:

1) a responsabilidade civil do Estado disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 (e de similar disposição nas Constituições anteriores) não compreende os danos resultantes da atividade judiciária, não se qualificando o juiz como funcionário ou agente do Estado; o Judiciário é um Poder que se exerce na prestação jurisdicional; 2) a sentença é um ato de soberania, nas mesmas condições em que é o provimento emanado do Poder Legislativo;

3) a independência do magistrado não permite que esteja ele exposto ao constrangimento de decidir em desacordo com a sua consciência, sob pena de ser demandado por esta ou aquela parte;

4) os efeitos da coisa julgada induzem a presunção de justiça da sentença;

5) eventuais erros do juiz no desempenho de sua atividade somente podem ser levados à conta da falibilidade humana, restando sua responsabilidade apenas em casos de dolo ou fraude.

Quando o juiz deliberadamente causa prejuízo à parte, doutrina e jurisprudência pátrias vêm se posicionando no sentido de associá-la à responsabilidade civil do juiz (pessoal), pelos atos mencionados no art. 133 do Código de Processo Civil, incisos I e II, que apontam a prática de prevaricação, a intenção de causar o dano e a fraude como hipóteses passíveis de reparação de dano. Note-se que, nesse caso, a parte terá de ajuizar a ação contra o Estado, que poderá ajuizar ação regressiva em face do magistrado que incidiu em dolo ou culpa, como já julgou o Pretório Excelso.¹⁵

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva.

1. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva.
2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 628.

¹⁵ RE n° 228.977/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12-04-2002. Segunda Turma.

3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições – a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa.

4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Reconhece-se que hoje é assente na jurisprudência do STF que não se aplica a responsabilidade objetiva do Estado decorrente de atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressos em lei. Nesse sentido:

Responsabilidade objetivado estado. Ato do poder judiciário. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido.¹⁶

Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade Civil do Estado: Atos dos Juízes. C.F. ART. 37, § 6º I. – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário – C.F., art. 5º, LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. – Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.¹⁷

Ainda, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Tal norma recepcionou o art. 630 do Código de Processo Penal, importando em indenização do Estado quando o juiz, mediante erro ou conduta culposa, condena o réu indevidamente ou o mantém preso além do tempo devido.

A regra geral, portanto, é que o Estado não é civilmente responsável pelos atos judiciários, mormente se praticados dentro dos limites legais, sem abuso ou excesso de poder. Exceção à regra são os atos dolosos praticados por magistrados no exercício da judicatura e da responsabilidade civil no caso do erro judiciário.

As exceções confirmam a regra de que não é possível imputar responsabilidade objetiva ao Estado diante de atos judiciários, tratando-se, portanto, de responsabilidade civil subjetiva, uma vez que implicará a

¹⁶ RE nº 219.117-4-PR. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 29.10.1999.

¹⁷ RE nº 429.518-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.10.2004.

condenação do Estado somente quando evidenciados o dolo ou a culpa do magistrado.

Embora sob outros fundamentos, também aqui se corrobora a regra geral trazida *alhores*.

7.3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE GOVERNO

Passa-se a caminhar por terreno mais árido, tendo em vista que a doutrina e a jurisprudência, salvo melhor juízo, não se debruçaram sobre o tema. Com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário a responsabilidade estatal incide em casos excepcionais, conforme exposto.

Normalmente, confundem-se os atos do Poder Executivo com os atos administrativos. Entretanto, há que se fazer uma distinção. Os atos voltados à gestão dos interesses coletivos diretamente subordinados à Constituição Federal constituem os atos de governo, nos quais a discricionariedade é ampla e o componente político é o elemento que se destaca. Diferentes são os atos administrativos, nos quais não há a presença do elemento político e a discricionariedade é limitada. Assim, o ato de governo decorre de função política, e o ato administrativo, de função administrativa. Este último, como exposto, é praticado pela esfera dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, enquanto o primeiro é exercido exclusivamente pelo Poder Executivo.

Penso que, para os atos de governo, a regra geral aplicada deve ser

aquela utilizada para os atos legislativos e judiciários, consoante já explanado. O Poder Executivo, regularmente instituído, através de seus representantes eleitos pelo povo, também exerce parcela da soberania estatal na condução das políticas públicas em vista de atingir o interesse público primário.

Assim, se o Estado, representado pelo chefe do Executivo, exercendo a gestão dos interesses coletivos de maneira lúdima e escorreita, na sua mais variada dimensão, proporcionar dano ao particular, entendo que a regra deve ser pela irresponsabilidade estatal. No máximo, a responsabilidade civil deve ser fundada no abuso de poder.

Isto porque, se o Presidente da República (ou o Governador do Estado e do Distrito Federal ou o Prefeito) foi eleito pelo povo, para exercer a gerência administrativa dos interesses públicos, presume-se (*juris tantum*) que os atos por ele praticados na sua esfera política de ampla discricionariedade atendem à vontade de seus eleitores.

Sob essa perspectiva, o ato político do chefe do Executivo, ao exercer o direcionamento das políticas públicas de modo legítimo, não pode causar dano ao particular. O raciocínio é o mesmo aplicável à responsabilidade civil decorrente de atos legislativos e de atos jurisdicionais.

Aliás, uma das funções atípicas conferidas ao Poder Executivo é o poder regulamentar, através do qual lhe

é atribuída a tarefa de regulamentação das leis. Especificamente quanto a tal poder, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:¹⁸

A responsabilidade por leis inconstitucionais depende, no entanto, de prévia declaração do vício pelo Supremo Tribunal Federal.

Note-se que a regra é a mesma para atos normativos editados pelo Poder Executivo (regulamentos, resoluções, portarias). Se reconhecida a sua inconstitucionalidade ou mesmo sua ilegalidade, poderá ensejar a responsabilidade do Estado, porque o dano é causado por ato emitido contra a lei, portanto fora do exercício das competências constitucionais. (grifo nosso)

Reafirma-se assim que a responsabilidade objetiva do Estado somente ocorre na prática de ato administrativo. Se o ato de governo é trazido pelo autor da ação como fundamento de uma ação de indenização em face do Estado, salvo melhor juízo, a responsabilidade do Estado deve vir fundada no abuso de poder.

Quando, por exemplo, o ato de governo que causa dano ao particular é praticado pelo chefe do Executivo em absoluta contrariedade às propostas políticas de sua campanha eleitoral, haverá o abuso de poder, abrindo espaço à responsabilidade civil do Estado.

Trata-se, assim, de responsabilidade subjetiva qualificada, na qual deve ser provado o abuso do poder político.

8 RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS ATOS REGIDOS PELO DIREITO PRIVADO

Quando a Administração Pública se despe de sua natureza de pessoa jurídica de direito público, sendo regida pelo Direito Privado, geralmente, o ato que estabelecerá essas relações jurídicas privadas acarretará o nascimento de um contrato. O exemplo clássico trazido pela doutrina é a locação de um imóvel para a instalação de uma repartição.

Tratando-se de uma simples relação jurídica contratual, havendo descumprimento por qualquer das partes das cláusulas do contrato, não haverá a aplicação da responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana). Os efeitos do inadimplemento serão regidos pela responsabilidade civil contratual, sendo, portanto, subjetiva.

Assim, não se tratando os atos regidos pelo Direito Privado de atos administrativos, levando-se em conta a sua natureza contratual, não incide a responsabilidade civil objetiva. A eventual inadimplência de qualquer das partes será resolvida de acordo com as regras obrigacionais e as disposições contratuais específicas.

Até mesmo em causas em que se discute indenização decorrente de contrato administrativo pelo dano causado por culpa de qualquer das partes contratantes, a responsabilidade civil decorrente rege-se pelas normas

¹⁸ Op. cit., p. 532.

pertinentes ao Direito Privado, observadas as pactuações estabelecidas entre as partes e as especificidades do Direito Administrativo no que concerne ao objeto do ajuste.

Assim, nos atos regidos pelo Direito Privado, há que se provar elemento anímico da conduta, que é requisito essencial à imposição da obrigação de reparar. O inadimplemento de qualquer das partes será resolvido de acordo com as disposições do Código Civil, especificamente os arts. 389 e seguintes.

9 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ATOS MATERIAIS

Quando a Administração Pública está realizando atos meramente materiais, também não há a presença do poder estatal.

Os atos praticados são meramente finalísticos, pois a sua materialização importa no atendimento de uma finalidade pública *in abstracto*. Como tal, podem ser praticados por qualquer particular, não sendo razoável imputar-se objetivamente a responsabilidade estatal.

Ademais, os atos materiais não se preordenam para a produção de qualquer efeito jurídico, traduzindo mero trabalho ou operação técnica do agente público. Ainda que não seja a regra, deles – atos materiais – podem advir efeitos jurídicos. Por exemplo, o direito à indenização ao paciente que foi negligentemente operado por um

cirurgião-médico do serviço público. Entretanto, a responsabilidade porventura decorrente da produção de tal ato, por não obter a produção de qualquer efeito jurídico, deve ser a subjetiva.

Já os atos administrativos, ao contrário, predestinam-se à produção de efeitos jurídicos, devendo, portanto, ser regidos pela responsabilidade civil objetiva do art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Os atos materiais também são desprovidos dos atributos dos atos administrativos, mormente a coercibilidade, de modo que seus efeitos devem ser diversos quando o assunto tratado é a responsabilidade civil decorrente de sua prática.

Assim, por exemplo, se um motorista do Supremo Tribunal Federal, conduzindo o veículo do STF e transportando um Ministro do STF, vem a colidir com veículo de outrem, há necessariamente que haver a análise do elemento culpa. Isto porque a condução de um veículo é um ato meramente material, não podendo derivar daí a prática de um ato administrativo, em que necessariamente há de estar presente o poder estatal.

Não havendo o elemento volitivo estatal, mas apenas a prática de atos concretos voltados ao alcance abstrato do interesse público, entendo que a responsabilidade do Estado, quando advier dano ao particular, deve ser subjetiva.

Não se trata aqui de ressuscitar a sepultada responsabilidade com culpa fundada na divisão dos atos de gestão dos atos de império. Aquela teoria tinha bases teóricas diversas, fundadas exclusivamente na presença ou não da coercibilidade. O trabalho aqui desenvolvido admite a possibilidade de responsabilização estatal diante de atos de império, mas desde que se adaptem à definição de ato administrativo.

Sempre se observou uma curva ascendente no que tange à proteção aos administrados na evolução doutrinária acerca da responsabilidade civil do Estado, em decorrência das especificidades do ente estatal e da crescente ampliação dos afazeres do Estado. As construções teóricas acerca da responsabilidade civil do Estado, ao longo da história, evoluíram da total irresponsabilidade para um conceito de responsabilidade objetiva decorrente da aplicação da teoria do risco administrativo. Entende-se que o Estado moderno não compreende mais a aplicação tão ampla de tal instituto.

Há que se ressaltar que o trabalho aqui desenvolvido, neste ponto, está em flagrante descompasso com a jurisprudência e doutrina pátrias. Porém, entendo que é a solução mais justa nos dias atuais. Como cediço, o Direito é dinâmico, cumprindo-lhe acompanhar a evolução constante das relações sociais e os seus reclamos, de modo que se a lei não as acompanha e se anacroniza, cabe ao intérprete adequá-la às novas situações. Como exposto no intróito,

não se justificam os atuais níveis de socialização do risco, tendo em vista que o Estado brasileiro moderno alcançou maturidade suficiente para se desvencilhar dos conceitos tradicionais.

Assim, propõe-se uma nova definição de responsabilidade civil estatal quanto à produção de atos materiais, concluindo-se pela responsabilidade subjetiva do ente estatal.

10 CONCLUSÕES

Por todo o exposto, e sem a pretensão de construir algo novo e revolucionário, entendemos que os fundamentos aqui explanados apresentam coerência lógica e sistemática na compreensão do instituto da responsabilidade civil do Estado, sob um enfoque objetivo, chegando-se às seguintes ilações:

a) somente pela prática de atos administrativos há a responsabilidade civil objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo;

b) pela prática de atos políticos, em princípio há irresponsabilidade estatal, apenas havendo responsabilidade civil subjetiva (ou qualificada) do Estado:

b.1) pelos atos legislativos, quanto à produção de leis inconstitucionais;

b.2) pelos atos jurisdicionais, por atos praticados por negligência e dolo pelos magistrados, ou por culpa nos casos previstos no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal;

b.3) pelos atos de governo, quando praticados com abuso de poder;

c) pelos atos regidos pelo Direito Privado, aplicam-se as disposições concernentes à responsabilidade civil contratual (subjéitiva); e

d) pelos atos materiais, deve haver também a responsabilidade civil subjéitiva do Estado.

11 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 65. São Paulo: Saraiva. p.336

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3. ed. Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.