

# CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL, EM PORTUGAL E NA ESPANHA

CLARISSA SAMPAIO SILVA

*Sumário:* 1. Introdução – 2.1 O comportamento do Poder Público – 2.2 O dano – 2.3 Nexo de causalidade – 2.4 O elemento subjetivo – 3. Conclusão

## 1. Introdução

O estudo do Direito Administrativo possui como tema clássico a responsabilidade civil do Estado. Fruto da jurisprudência administrativa,<sup>1</sup> tal instituto veio a ganhar crescente importância durante o último século com as transformações ocorridas nas funções da Administração Pública, nomeadamente no que diz respeito à sua função de proteção dos administrados perante o Poder Público.

Em virtude do aumento das operações materiais e da prática de atividades jurídicas deste último,

restaram igualmente multiplicadas as possibilidades de a atuação estatal lesar valores juridicamente protegidos, pelo que revela-se importante a cuidadosa compreensão e manuseio da garantia constitucional da responsabilidade civil, de modo que ela não se transforme num fator que inviabilize o próprio funcionamento do Estado.

Pretende-se portanto analisar, ainda que de forma sumária, os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, em especial o dano e o nexo de causalidade, com base nos Direitos brasileiro, português e espanhol.

<sup>1</sup> A construção da responsabilidade civil do Estado foi feita pela jurisprudência administrativa francesa, cuja gênese radica na prolação do *Arret Blancó*, dele colhendo-se o seguinte trecho: “Cons. que la responsabilité, qui peut incombrir à l’État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier; Que cette responsabilité n’est ni générale, ni absolue; qu’elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés; Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l’autorité administrative est seule compétente pour en connaître.” *In Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Pariz: Dalloz, 2001, p. 1.

## 2.1 O comportamento do Poder Público

Para pressupor a obrigação estadual de ressarcimento de danos por parte do Estado é imprescindível que estes tenham derivado de um comportamento seu, quer comissivo, quer omissivo. Ou seja, é preciso que, ao desenvolver suas atividades, o Estado tenha violado direitos, seja por não exercê-las, seja por não fazê-lo a contento, permitindo que determinado dano se verificasse, embora existisse a obrigação de evitar a sua ocorrência. Consoante será visto, a modalidade de comportamento comissivo ou omissivo vai produzir distinções quanto ao regime da responsabilidade.

Deve ser ressaltado ser necessário que o referido comportamento seja imputado ao Estado, em razão de haver sido desencadeado por órgão ou agente público qualificado como tal. É nesse sentido que a Constituição brasileira utiliza, no seu art.37, §6º, a expressão *agindo nessa qualidade* ao se referir aos agentes públicos causadores de danos. É

preciso, pois, que a condição de agente público tenha sido indispensável para a ocorrência do evento danoso, de maneira que *acarretam a responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público.*<sup>2</sup>

Neste sentido, a Constituição Portuguesa, em seu art.22º, também condiciona a responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas ao fato de as ações ou omissões dos funcionários e agentes serem praticadas *no exercício de suas funções e por causa desse exercício.*<sup>3</sup>

Na Espanha a Ley n. 30/92 (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) igualmente reporta-se aos danos causados pelas Administrações Públicas, em razão do funcionamento normal ou anormal de seus serviços.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo...* p. 815

<sup>3</sup> O mencionado artigo possui a seguinte redação: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício de suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

<sup>4</sup> A lei espanhola possui a seguinte redação: “art. 139. Principios de la responsabilidad-1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del

## 2.2 O dano

Na medida em que a responsabilidade civil do Estado possui função reparatória é preciso que haja uma situação a corrigir – que constitui exatamente o dano. Há de se compreendê-lo, portanto, como a violação de posição juridicamente protegida, da qual resultaram efeitos negativos, tanto patrimoniais<sup>5</sup> quanto extrapatrimoniais, configurando, neste caso, o chamado dano moral.<sup>6</sup>

Ao analisar a ocorrência do dano, MARGARIDA CORTEZ, doutrinadora portuguesa, aponta a necessidade de se avaliar a diferença entre a situação atual hipotética acaso não tivesse se verificado a situação

comissiva ou omissiva geradora da responsabilidade e a situação atual e efetiva do lesado. O dano, pois, seria precisamente essa diferença.<sup>7</sup>

É necessário que o dano seja certo quanto à sua ocorrência, uma vez que os hipotéticos não são indenizáveis; deve ainda ser possível realizar a sua avaliação econômica. Nesse sentido, a legislação espanhola Ley 30/90 exige que o dano seja efetivo e avaliável economicamente.<sup>8</sup>

O dano é, *ao mesmo tempo, fundamento e limite da obrigação de indenizar, pois não existe indenização sem dano, como também não existe indenização para além dele.*<sup>9</sup>

*funcionamento normal ou anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.*"

<sup>5</sup> O dano patrimonial compreende tanto aquilo que a vítima efetivamente perdeu, ou seja, o dano emergente, quanto aquilo que ela deixou de ganhar, o lucro cessante. A avaliação desse último requisito, por sua vez, há de ser feita por meio de prognose objetiva, ou seja, verificando-se aquilo que, dentro de uma linha normal de desdobramento dos fatos teria sido deixado de ser adquirido em razão do evento lesivo.

<sup>6</sup> Na Constituição brasileira a indenização pelo dano moral é contemplada em duas oportunidades: "art. 5º V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem." X- "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." Ressalte-se também a Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça que assegura a possibilidade de cumulação de indenização de dano moral e patrimonial decorrentes de um mesmo fato. Na Constituição Portuguesa a integridade moral das pessoas é da seguinte forma protegida: "art. 25.1 A integridade moral e física das pessoas é inviolável." "art. 26. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação."

<sup>7</sup> *Responsabilidade Civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 129.

<sup>8</sup> Conferir o art. 139 da legislação espanhola, anteriormente transcrito.

<sup>9</sup> MARGARIDA CORTEZ. *Ob. cit.*, p. 105.

Não basta que se verifique um simples prejuízo, um inconveniente, uma frustração de expectativas, ou um sofrimento qualquer ou a mera privação de um interesse de fato para se ter um dano. É preciso de algo mais para configurá-lo, nomeadamente a violação de situação juridicamente protegida.

É perfeitamente possível que determinada atuação estatal, comissiva ou omissiva, acarrete prejuízos aos particulares, sem que estes estejam juridicamente intitulados a requerer satisfação daqueles, em razão de não lhes ser reconhecido um direito subjetivo ou mesmo um interesse legalmente protegido. Ou seja, pode haver prejuízo, frustração de expectativas sem que reste configurado dano.

Na doutrina brasileira, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO cita a hipótese da mudança de uma escola pública, de um teatro ou de uma repartição para outra localidade e que acarrete para os antigos comerciantes vizinhos diminuição de receitas. Embora venham eles a

experimentar prejuízos econômicos não são titulares de direito à indenização, em virtude do fato de que o ordenamento jurídico não lhes reconhece o direito de exigir a permanência do equipamento público naquela localidade.<sup>10</sup>

Na Espanha FRANCISCO JAVIER RAMOS fornece exemplos paradigmáticos de situações que, apesar de haverem causado prejuízos econômicos ou mesmo sofrimento para os administrados, não se traduzem em danos no sentido jurídico da expressão, vale dizer, como violação de situação juridicamente protegida. Seriam casos como o sofrimento causado à mãe de uma candidata finalista a concurso de beleza organizado pela Prefeitura e cujas regras foram perfeitamente observadas; os danos sofridos por uma pessoa que cai das escadas de uma instalação de titularidade pública, embora estivessem essas em perfeito estado de conservação; o dano moral acarretado a crianças em virtude da decisão do zoológico municipal de sacrifício de um animal por causa de sua velhice.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *In Curso de Direito Administrativo*. p. 827.

<sup>11</sup> No original: “*La interpretación rígida y literal de las leyes de responsabilidad también impondría a la Administración la obligación de indemnizar daños que entrarían ya dentro del género de lo absurdo. Así la Administración estaría obligada a indemnizar, entre otros: el sufrimiento causado a la madre de la finalista en un concurso de mises organizado por un Ayuntamiento, no obstante haberse dictaminado el fallo del jurado conforme a las bases del mismo los daños sufridos por una persona al caer por las escaleras de una instalación de titularidad pública, no obstante hallarse las mismas en perfecto estado, el dano moral ocasionado a los niños que lo sufran por la decisión de un zoológico municipal de sacrificar a uno de los animales por ser este ya muy viejo...*” *In La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*. Elementos

Constitui questão de crucial importância para avaliar a ocorrência ou não de um dano a definição da posição jurídica da pessoa atingida por determinada medida, isto é, se ela é titular de um direito subjetivo ou interesse legalmente protegido ou apenas de um mero interesse de fato.

A doutrina tradicional diferencia as três categorias da seguinte forma: o direito subjetivo goza de proteção plena perante a Administração, de modo que o seu titular faz jus à sua integral satisfação. Por sua vez, o interesse legítimo do administrado tem proteção indireta ou de segunda linha, e o interesse protegido diretamente seria o interesse público, ou melhor dizendo, o interesse legalmente protegido seria um interesse na legalidade da decisão. Nas palavras de DIOGO FREITAS DO AMARAL *no direito subjetivo, o que existe é um direito à satisfação de um interesse próprio, no interesse legítimo, o que existe é apenas um direito à legalidade das decisões*

*que versem sobre um interesse próprio.*<sup>12</sup>

Quanto ao titular do interesse de fato, este não teria qualquer proteção jurídica ante o fato de não haver sido considerado nem direta e nem indiretamente pela norma jurídica. A fruição de tal direito seria lícita, mas não se revestiria ele de exigibilidade. Os interesses de fato representam *vantagens genéricas para os administrados, ou então específicas de pessoas determinadas, mas que, encaradas do ponto de vista da norma reguladora, são vantagens ocasionais ou puramente reflexas relativamente ao interesse público.*<sup>13</sup> Seria o exemplo mencionado acima dos comerciantes situados próximo à repartição pública que veio a ser transferida, acarretando diminuição de seus lucros.

Modernamente, VIEIRA DE ANDRADE e VASCO PEREIRA DA SILVA apontam para a existência de posições jurídicas subjetivas que devem se qualificar como direitos subjetivos apesar de

Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos. Navarra: Arazandi Editorial, 2000, p. 100.

<sup>12</sup> *In Curso de Direito Administrativo*. V. II. Coimbra: Almedina, 2001, p. 65. Para o autor seria exemplo de direito subjetivo a previsão legal de pagamento de uma gratificação ao servidor ao final de cinco anos de serviço, de modo que, completado o interstício previsto em lei teria o mencionado servidor o direito de exigir, até mesmo judicialmente, a satisfação de seu direito. Por sua vez, configuraria interesse legalmente protegido a situação de candidatos, perante concurso ou seleção pública que exija o preenchimento de determinadas condições legais. Na hipótese de haver sido escolhido candidato que não reúna tais requisitos em detrimento dos demais que os cumpram, teriam esses apenas o direito de pugnar pela anulação da decisão, e não pelo cargo em si. Ou seja teriam eles o direito de “remover um obstáculo ilegal à satisfação de seu interesse.”, p. 66.

<sup>13</sup> VIEIRA DE ANDRADE. *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

não gozarem de proteção plena perante a Administração. Nessa perspectiva seriam compreendidos os direitos *prima facie*, como os direitos sociais, que necessitam de uma densificação pela Administração; os direitos condicionados, como é o caso dos enfraquecidos, ou seja, aqueles que podem ser objeto de medidas injuntivas por parte do Estado, como a expropriação no tocante ao direito de propriedade, o direito do servidor ao seu vencimento em face do poder disciplinar de suspendê-los; os direitos comprimidos, ou seja, aqueles limitados por lei em virtude de necessidade de intervenção administrativa que venha a permitir o seu exercício, como a liberdade de exercício de profissão, de condução de automóvel. Apesar de todos essas posições não gozarem de proteção integral no sentido de seu titular não poder exigir do Estado a adoção de específicas condutas que venham a concretizá-lo, como é o caso dos direitos sociais, não se pode deixar de considerá-los como verdadeiros direitos.<sup>14</sup>

VASCO PEREIRA DA SILVA, analisando os tradicionais pressupostos exigidos pela doutrina para que reste configurado um verdadeiro direito subjetivo do particular perante a Administração, verifica que eles também se fazem presentes em situações tradicionalmente configuradas como interesses legal-

mente protegidos. Seriam eles: 1) a imperatividade da norma, a qual deve estabelecer de forma vinculativa uma obrigação à Administração, a ser cumprida quando verificadas as condições legais; 2) a proteção dos interesses dos particulares, ou seja, a norma que, para ser considerada atributiva de direito subjetivo deve contemplar não apenas uma proteção do interesse público, podendo dela ser deduzida uma intencionalidade de atribuição de direitos aos administrados, 3) poder de reação jurisdicional, de modo que o titular da posição possa pleitear a sua defesa em juízo.

Para o mencionado autor, no caso mencionado na nota de n. 11 como interesse legalmente protegido, ou seja, o direito dos participantes em um concurso público, os três requisitos de configuração do direito subjetivo estariam presentes. Assim, a Administração, ao realizar os atos atinentes ao concurso, está vinculada a normas jurídicas, ainda que dotada, em certas situações, de competência discricionária, não sendo livre para desenvolvê-lo ao seu talento. As normas reguladoras do concurso não se destinam apenas a tutelar o interesse público, mas também o dos concorrentes, consubstanciados na observância da legalidade, imparcialidade, boa-fé pela Administração. Finalmente, acaso

<sup>14</sup> VIERA DE ANDRADE. *Idem, ibidem*, p. 84/85.

inobservadas as regras do certame, possuem os participantes direito a impugná-lo judicialmente, ainda que não possam pleitear, em regra, o acesso ao cargo.

A diferença entre uma categoria e outra não seria o caráter mediato ou imediato da proteção deferida pelo ordenamento jurídico, e sim o seu objeto, o bem protegido. Assim, a *“existência de deveres legais diferentes origina direitos subjetivos de conteúdo diferente. Dizer que, num caso, o particular tem um direito subjetivo a hipótese da gratificação e, no outro, não tem, é confundir a questão da existência de um direito com a do seu conteúdo.”*<sup>15</sup> Daí porque devem ser unificadas essas duas categorias.

Retomando a questão da responsabilidade civil, a doutrina em geral sustenta que apenas a violação do direito subjetivo e do interesse legalmente protegido, considerados categoria unificada ou não, rendem ensejo à ação indenizatória. Mesmo que entre os interesses de fato distingam-se os chamados interesses diferenciados ocasionais, ou seja, se o particular tem, pela sua posição no caso um

interesse específico, diferenciado do restante da coletividade, de modo que goza inclusive de legitimidade para impugnar o ato e obter sua anulação, tal não o coloca na mesma posição da dos titulares das posições jurídicas substantivas acima mencionadas. A esse respeito VIERA DE ANDRADE<sup>16</sup> e DIOGO FREITAS DO AMARAL.<sup>17</sup>

A configuração do dano, para fins de responsabilidade civil, exige a violação quer de um direito subjetivo ou de um interesse juridicamente protegido, compreendendo-se todavia que tais figuras possuem o mesmo *status* mas objetos diferenciados, não se vislumbrando, como na aceção clássica, uma graduação entre elas. A propósito, o Supremo Tribunal Administrativo português já entendeu, por ocasião de julgamento de responsabilidade por atos lícitos, que, na determinação dos danos indenizáveis, deve ser abandonada a distinção entre direito subjetivo e interesse legalmente protegido, *com base na qual se reservava à primeira dessas categorias a dignidade de valor ressarcível e se recusava à última qualquer proteção nesse domínio.*<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Para um contencioso administrativo dos particulares. Esboço de uma teoria subjetivista do recurso directo de anulação. Coimbra: Almedina, 1997, p. 120.

<sup>16</sup> *Ob. cit.*, p.87. Declara ainda o mencionado autor que não se deve confundir a legitimidade processual com as posições jurídicas substantivas, sendo a primeira mais ampla. Assim, nem todo titular de legitimidade processual para impugnar um ato administrativo possui efetivamente uma posição substantiva a tutelar.

<sup>17</sup> *Curso de Direito Administrativo...* p. 72.

<sup>18</sup> Acórdão de 2/2/2000 (R 44 443).

Acaso se admita a obrigação de indenizar em razão da violação de interesses de fato, de simples prejuízos, desvirtuado restaria o próprio fundamento da responsabilidade civil, radicado no Estado de Direito e na obrigação de recomposição de posições jurídicas violadas, passando tal instituto a representar verdadeiro sistema de cobertura social de todos os riscos.<sup>19</sup>

Sob o aspecto normativo, a questão resta apresentada da seguinte maneira: a Constituição Portuguesa em seu art. 22 refere-se à violação a direitos, liberdades e garantias ou *prejuízo* de outrem. Já no art. 271 restringe a violação a direitos e interesses legalmente

protegidos; assim como o Decreto-lei 48.051, que alude à violação de disposições destinadas a proteger os interesses do administrado. A Constituição brasileira, em seu art.37 §6º utiliza a expressão danos, que deve ser interpretada como violação a posição juridicamente protegida, ou seja, considerando-se o seu sentido jurídico. Caso não seja esta a interpretação, em ambos os ordenamentos a responsabilidade civil restaria configurada como um seguro contra todos os riscos e pretensões frustradas, o que poderia, até mesmo, inviabilizar o funcionamento do Estado.

Interessante construção é a feita pela legislação espanhola, no

<sup>19</sup> Ver, a esse respeito, FRANCISCO DE AHUMADA RAMOS. Para o autor, o reconhecimento de deveres indenizatórios em razão de violação de simples prejuízos transforma o instituto da responsabilidade civil em um sistema de cobertura de riscos, não tendo sido, porém, a estrutura que a legislação espanhola teria lhe conferido. Nas suas palavras: *"Para nosotros, el sistema de responsabilidad patrimonial regulado el la LEF, en la LRJAE y en la LRJ-PAC no es un sistema de cobertura de riesgos, ni tampoco un sistema de responsabilidad por simples daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar, ni un sistema fundado en la solidaridad social. Es un sistema de la responsabilidad por la lesión de derechos o bienes jurídicamente protegidos, basado en estrictos postulados de justicia conmutativa."* E mais adiante destaca que *"Y, como hemos venido apuntando, la distinción entre el concepto de "simple daño o perjuicio" (mera lesión de un bien) y el de "lesión de un derecho o interés jurídicamente protegido" es la clave para una correcta diferenciación entre el sistema de responsabilidad entendido como "sistema de reparación de lesiones e derechos". En efecto, ya hemos visto que, si toma como base para la construcción del instituto resarcitorio de la Administración el concepto vulgar de daño, la conclusión no puede ser otra que la de tener por cierta la efectiva consagración por la legislación administrativa de una responsabilidad por riesgos, cuyo fundamento estaría en la solidaridad con la víctima del daño. En cambio, si se delimita el concepto de lesión por su referencia a verdaderas lesiones de derechos imputables a la Administración como autora e aquéllas, tal y como proponemos nosotros, el sistema de responsabilidad de la Administración aparecerá configurado como un mecanismo de protección de los patrimonios jurídicos de los ciudadanos frente a la actuación administrativa, impidiéndose por vía indemnizatoria la consolidación de las situaciones injustas provocadas por aquella lesión; estaríamos, en definitiva, ante un sistema de responsabilidad basado en estrictos postulados de justicia conmutativa."* Ob cit., p. 79 e 133.



sentido de apenas serem indenizáveis aquelas lesões produzidas ao particular que ele não tenha o *dever jurídico de suportar* de acordo com a Lei. Resta assim destacada, para fins de responsabilidade civil, a antijuridicidade da lesão, o que a distingue do mero prejuízo ou frustração de expectativas.<sup>20</sup>

### 2.3 Nexo de causalidade

Esse requisito é tradicionalmente apontado como a relação de causa e efeito entre o comportamento estadual e o dano; então, se o último não tiver sido conseqüência de ação ou omissão do Estado, não há de estar configurado o dever indenizatório.

Bastante simples seria definir, num plano teórico, o nexos de causalidade, entretanto, identificar, nas situações concretas, quais foram rigorosamente todos os efeitos de determinada causa ou, ainda, qual foi exata e exclusivamente a causa de determinado efeito não se mostra tarefa isenta de dificuldades. Várias causas podem concorrer, com maior ou menor relevância, para produzir certo efeito.

Na doutrina portuguesa, consoante salienta MARGARIDA CORTEZ, há a prevalência para a adoção da teoria da adequação,<sup>21</sup> formulada da seguinte maneira: danos indenizáveis são aqueles que figuram em abstrato como conseqüência adequada do fato ilícito. Deve haver, em tal avaliação, um juízo de prognose objetivo. Não se trata da previsibilidade do dano pelo agente causador, e sim de uma avaliação objetiva das possíveis conseqüências dos fatos. Esse critério veio a ser acolhido pelo Código Civil português em seu art.563º, cuja redação é a seguinte: *A obrigação de indenização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.*<sup>22</sup>

Tal formulação, por sua vez, não se mostra livre de críticas, não logrando explicar, em determinadas situações, o surgimento de deveres indenizatórios.

É o que ocorre, por exemplo, em se tratando de responsabilidade por dano ambiental. Nesta área, é muito difícil dizer que houve apenas uma causa geradora do dano. Podem

<sup>20</sup> O art. 141 da Ley 30/92 possui a seguinte redação: "*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*"

<sup>21</sup> Ver a título de exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2/7/1998 (R. 43. 136). Observe-se o seguinte trecho: "*O nexos de causalidade entre o fato e o dano desempenha a dupla função de pressuposto e medida da obrigação de indenizar. No artigo 563, do Código Civil, veio a ser consagrada a teoria da causalidade adequada segundo a qual a conduta só é causa do dano quando, tomada na sua natureza geral (abstraindo das circunstâncias não cognoscíveis, nem conhecidas do agente) não é indiferente ou favorece a produção do dano.*"

<sup>22</sup> *In Responsabilidade Civil da Administração...* p. 107.

existir muitas causas externas, como condições meteorológicas, propagação de substâncias através da água, do ar. Daí porque, consoante adverte VASCO PEREIRA DA SILVA, a determinação da relação do nexo de causalidade em se tratando de danos ambientais deve ser feita pelo estabelecimento, por via legal ou jurisprudencial de *presunções de causalidade*. Segundo o autor, o legislador francês, por exemplo, estabeleceu presunção de causalidade para a responsabilidade provocada por energia nuclear. No direito alemão há uma cláusula geral de presunção de causalidade apresentada da seguinte forma: sempre que uma empresa estiver de acordo com as circunstâncias do caso concreto em condições de provocar os danos verificados, presume-se que tais danos foram por ela causados.<sup>23</sup>

Menciona ainda o citado autor que uma forma de aceitação das aludidas presunções seria a admissão de certa flexibilização na aplicação das regras da causalidade, com recurso às regras da probabilidade, o que de resto foi objeto de Proposta de Diretiva da União Européia sobre a produção de detritos.<sup>24</sup>

Merece atenção também o exemplo fornecido pelo professor GOMES

CANOTILHO a respeito de danos provocados a uma pessoa em virtude de vacinação obrigatória efetivada pelo Estado. Seguindo-se rigorosamente a teoria da adequação não haveria nexo de causalidade, porque a vacina não é, em abstrato, causa adequada para produção de danos na saúde, ou mesmo morte de um indivíduo. Consoante destaca o professor *a teoria da causalidade adequada põe deliberadamente de lado, na formulação do juízo de adequação, certas circunstâncias que interferiram no processo causal concreto do dano.*<sup>25</sup>

Para que não seja abandonada a teoria da causalidade adequada, seria necessário verificar a intenção de proteção das normas e *incluir a cargo do responsável todos os danos compreendidos numa certa zona de risco.*<sup>26</sup>

Uma parte da doutrina espanhola não trata o nexo de causalidade por uma perspectiva puramente fática. Assim, para FRANCISCO DE AHUMADA RAMOS, o nexo causal não deve ser visto apenas entre um ato e um dano, mas sim entre um comportamento e um direito. Deve haver ponderação jurídica dos fatos e da posição do lesado. Embora a base seja fática, da relação de causalidade, ela não se esgota aí, já

<sup>23</sup> *In Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 34

<sup>24</sup> *Idem, ibidem...*, p. 35

<sup>25</sup> *O problema da responsabilidade civil do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, p. 315

<sup>26</sup> *Idem, ibidem...*, p. 316.

que de uma perspectiva meramente empírica todo e qualquer fator é relevante ou pode ter contribuído para a ocorrência do dano, mesmo que na qualidade de concausa, o que findaria por levar à necessidade de acolhimento da teoria da equivalência das condições.

Semelhante perspectiva poderia conduzir a soluções absurdas, tendo em vista que atualmente é difícil conjecturar um âmbito social em que a Administração não intervenha de alguma forma. Para o autor *o que verdadeiramente importa, em todo caso, é determinar se mediante um comportamento ativo ou omissivo foi causado pela Administração a lesão a um direito ou interesse juridicamente protegido que se invoca. Em consequência, o nexos causal não há de ser trabalhado tanto entre uma ação material e o dano a um bem- ainda que o vínculo material deva estar sempre presente, mas, principal-*

*mente, entre um comportamento e um direito do qual o seu titular se diz privado – contemplada a relação normativamente, isto é, sobre a base de uma concreta posição a respeito do direito do titular e o agente ou agentes que tenham concorrido para sua privação, o que virá determinado pelo título constitutivo do direito e pelo ordenamento jurídico.*<sup>27</sup>

Questiona o autor como explicar, por exemplo, de uma perspectiva meramente fática a causalidade na responsabilidade por omissão E como explicar ainda que diante de duas situações de relação causa e efeito iguais em um caso haja o dever de indenizar e em outro não? Tal somente é possível, segundo ele, fazendo-se uma ponderação jurídica da base fática apresentada, a qual, por sua vez, deve ser informada pelos princípios diretores da Administração Pública, como proporcionalidade, isonomia<sup>28</sup>. Para

<sup>27</sup> Ob. cit..., p. 216. No original: "Lo que verdaderamente importa, en todo caso, es determinar si mediante un comportamiento activo u omissivo se ha causado por la Administración la lesión del derecho o interés juridicamente protegido que se invoca. En consecuencia, el nexos causal no hay que trabarlo tanto entre una acción material y el daño de un bien (aunque en los supuestos en que se imputa una responsabilidad por un comportamiento activo dicho vínculo material deba estar siempre presente), sino, principalmente, entre un comportamiento personal y un derecho-del que su titular se dice privado-contemplada la relación normativamente, esto es, sobre la base de la concreta posición qe respecto del derecho en cuestión tienen el titular y el agente o agentes que concurren a su privación, lo que vendrá determinado por el título constitutivo del derecho y el ordenamiento jurídico."

<sup>28</sup> Cita o autor a decisão do STS de 18 de janeiro de 1982 (RJ 1982/346), na qual ficou reconhecida a responsabilidade civil do Estado em razão do disparo mortal, feito por policiais, em jovem que tentava se evadir à noite de residência cujo proprietário acionara a Polícia, sem obedecer à ordem de se entregar, tendo sido descoberto, posteriormente, que se tratava a vítima do noivo da filha do acionante. Naquela ocasião o Tribunal não se limitou a analisar, do ponto de vista fático, a existência da relação de causa e efeito entre

esse autor, o nexo de causalidade é questão jurídica por se tratar da qualificação jurídica de um conjunto de fatos cuja consideração não pode, obviamente, ser afastada.

Outra questão é a de saber se o nexo deve ser direto, exclusivo: o Supremo Tribunal Federal brasileiro assim o exige, conforme se vislumbra do paradigmático acórdão da lavra do Ministro MOREIRA ALVES, a seguir transcrito:

*“Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da irrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também ele à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das duas outras teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.” (STF-1<sup>a</sup>)*

*Turma- Rel. Min. Moreira Alves RT 688/231)*

Observe-se que tal perspectiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro considera o nexo de causalidade de uma perspectiva eminentemente empírica, sem cotejá-la com elementos jurídicos.

## 2.4 O elemento subjetivo

No Direito brasileiro a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos é unanimemente tida como objetiva, de modo que o elemento subjetivo do agente não constitui pressuposto necessário para ensejar deveres indenizatórios. Assim o lesado necessita provar apenas a ocorrência do dano, a sua extensão e o nexo de causalidade entre ele e o comportamento do agente público. Quanto às condutas omissivas, a doutrina tende por considerar que a responsabilidade civil, neste caso, seja subjetiva, por implicar o descumprimento de uma obrigação legal de evitar o dano, de modo a estar-se diante de responsa-

---

os disparos e a morte do jovem, tecendo longas considerações sobre a necessidade de que a ação da Administração Pública, mormente em se tratando de atividade policial, seja sempre regida por critérios de congruência, oportunidade e proporcionalidade, de tal forma que seus poderes sejam utilizados na medida e dentro dos limites a que correspondam os fins para os quais foram concedidos. Destacou ainda o Tribunal a desproporção entre o dano causado e o comportamento do jovem, o qual não estava a apresentar qualquer risco para outras pessoas ou perigo iminente para as forças públicas, já que não estava a demonstrar qualquer agressividade ou resistência, limitando-se a fugir, frisando, ao final, que a vida humana é o bem supremo do ordenamento jurídico, de modo que nenhuma pessoa ou autoridade teria o direito de destruí-la, salvo nas situações excepcionais expressamente previstas.

Segundo o autor, o emprego da arma de fogo e da coação estaria legitimado ou não de acordo com as pessoas ou situações contra as quais elas são empregadas.

bilidade por comportamento ilícito.<sup>29</sup> Nada obstante a firme orientação doutrinária, recente decisão do Supremo Tribunal Federal tende a atrair para a regra da responsabilidade objetiva os comportamentos omissivos da Administração Pública.<sup>30</sup>

No Direito português a responsabilidade por atos ilícitos, comissivos ou omissivos é baseada na culpa, no juízo de reprovação do comportamento do agente, podendo haver solidariedade entre ele e o Poder Público, nos termos do art. 22 da Constituição da República. Destaca VIEIRA DE ANDRADE que recentemente tem havido a desvalorização da idéia de culpa como censura comportamental, buscando-se torná-la anônima por meio do estabelecimento de padrões de conduta diligente.<sup>31</sup> MARGARIDA CORTEZ explicita que apesar da remissão feita pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 48.051 ao artigo 487º do Código Civil, segundo o qual a culpa é

apreciada pela diligência de um bom pai de família, observam-se sintomas de objetivação dela. Assim, a culpa deve ser compreendida como conduta deficiente, e não como insuficiência da vontade.<sup>32</sup> Quanto à necessidade de individualização da culpa, o próprio Supremo Tribunal Administrativo vem admitindo que a responsabilidade do Estado por fatos ilícitos no âmbito da gestão pública não depende necessariamente da precisa indicação pelos lesados dos agentes a quem sejam imputados os comportamentos lesivos, podendo resultar da *falta do serviço*, hipótese em que os danos devem ser considerados consequência do mau funcionamento generalizado do serviço administrativo.<sup>33</sup>

No ordenamento jurídico espanhol o elemento subjetivo do agente público não é tido como fundamento para a responsabilidade civil, configurando-se assim como objetiva.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Ver a esse respeito BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, p. 819.

<sup>30</sup> A propósito, cite-se a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário n. 109615 RJ a respeito de dano físico causado a aluno por outro matriculado na rede pública de ensino. Naquela ocasião restou reconhecida como responsabilidade objetiva a omissão do Poder Público de evitar o evento lesivo.

<sup>31</sup> Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil. *In La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 45

<sup>32</sup> *A Responsabilidade Civil da Administração por atos ilegais...* p. 90-93.

<sup>33</sup> Acórdão de 07/12/1999 (R 44836).

<sup>34</sup> Vide, a propósito, a redação do art.139 da Ley 30/92: "*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.*"

### 3. Conclusão

Embora existam diferenças importantes na forma como são tratados os pressupostos da responsabilidade civil do Estado no Brasil, em Portugal e na Espanha, discussões tendentes à precisa delimitação daqueles encontram-se presentes na doutrina e jurisprudência dos mencionados países.

Especificamente no tocante ao nexo de causalidade são especialmente importantes as ponderações da doutrina espanhola no sentido de deixar de concebê-lo do ponto de vista meramente empírico. Da mesma forma, em se tratando de questões como a responsabilidade

por danos ao meio ambiente, difícil se torna resolvê-las apenas sob uma ótica de natural causa e efeito.

Em relação ao dano, a sua configuração jurídica revela-se essencial para evitar que o instituto da responsabilidade civil seja desvirtuado e transformado numa cobertura contra todo e qualquer risco, mesmo contra aqueles que o próprio viver em sociedade normalmente envolve. Neste passo, a distinção portuguesa entre direitos subjetivos/interesses legalmente protegidos e interesses de fato revela-se de todo pertinente à realidade brasileira, a qual carece, ainda, de disciplina infraconstitucional sobre o tema.

### Bibliografia

- AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER DE. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Elcano: Editorial Aranzadi, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. *O problema da responsabilidade do estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.
- CORTEZ, MARGARIDA. *Responsabilidade civil da administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FREITAS DO AMARAL, DIOGO. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001, v. II.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Para um contencioso administrativo dos particulares*. Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ventos de mudança no contecioso administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil. *In La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999.