

RISCO ADMINISTRATIVO X RISCO INTEGRAL INTELIGÊNCIA DO § 6º DO ART. 37 DA CRFB/88

Marcelo Roque Anderson Maciel Avila¹

**Artigo Publicado na Revista LEX – Jurisprudência do Supremo
Tribunal Federal nº 292 pag. 5**

¹ Advogado, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Administração Pública - Universidade Estácio de Sá -Rio de Janeiro. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. Autor de obras jurídicas e artigos para revistas especializadas.

SUMÁRIO

- 1. Evolução Histórica;**
- 2. Posições divergentes da doutrina;**
- 3. Culpa Exclusiva - Aplicação do Código do Consumidor;**
- 4. Agentes Privados;**
- 5. Omissão Estatal;**
- 6. Conclusão.**

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Não obstante a tradição Constitucional² da responsabilização civil do Estado, ainda hoje o thema suscita controvérsias. Para uns confunde-se a responsabilidade com a teoria do risco integral, onde seria o Estado o garantidor universal de todas as causas.

A despeito de respeitadas e abalizadas doutrinas ainda defenderem a aplicação da teoria do risco integral - mesmo á luz do atual texto constitucional³ - em detrimento da mais amoldada e adotada teoria do risco administrativo, é que se faz mister, preliminarmente, a abordagem histórica.

Pode-se dizer, com Maria Sylvia⁴ e Cretella⁵, que a responsabilidade civil do Estado encontra nascedouro no Direito Francês. Mais precisamente em 1873 no caso Blanco.

Tratava-se de um menina que, ao atravessar a rua na cidade de Bordeaux, fora atropelada por veículo de uma companhia estatal. Levado o caso ao Tribunal de Conflitos, pela primeira vez na história do Direito Francês deixou-se de aplicar o Código Napoleônico, solucionando-se a questão sob a ótica do publicismo, afastando-se o julgamento pela ótica meramente civil (teoria subjetiva) e adotando-se na solução do conflito princípios do direito administrativo, uma vez que o Estado era parte diretamente envolvida.

Nascia aí a responsabilidade civil objetiva do Estado, que vem se aperfeiçoando até os dias de hoje.

² Marco inicial: art. 194 da carta de 1946

³ Art. 37, § 6º da CF/88

⁴ Dir. Administrativo, 12ª edição, p. 27. Atlas. 2000

⁵ Tratado de Direito Administrativo, 1970

Entre nós, seguindo-se ao artigo 194 da Carta de 1946, sobreveio a Constituição de 1967, onde a Emenda Constitucional nº 1/69, manteve inalterada a norma responsabilizadora, desaguando na atual redação, objeto deste estudo.

2. POSIÇÕES DIVERGENTES NA DOUTRINA

Uníssonas, doutrina e jurisprudência convergem à responsabilidade objetiva do Estado afeta à teoria do (gênero) risco⁶.

Nessa senda, tem-se que o Estado - pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público - é responsável pelos danos que seus agentes⁷ causarem a terceiros.

Fica ainda assegurado ao Estado o direito de regresso contra o causador direto do dano, exclusivamente nos casos de dolo ou culpa.

Noutro passo, evidenciando-se a omissão⁸ do Estado ou a ausência de dolo ou culpa do agente, decai o Estado do direito de regresso.

A divergência tem berço em definir-se se esta responsabilidade objetiva abarca a teoria do risco integral, que inadmite excludentes, sendo o Estado garantidor universal ainda que provasse a culpa da vítima, ou se diz respeito a teoria do risco administrativo, onde haverá de estar presente o dano; a ação administrativa e o nexo de causalidade entre esta e aquele, admitindo-se ainda a perquirição de culpa exclusiva da vítima.

⁶ Teoria defendida por Savatier, apud. Renan Miguel Saad, O ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado, Lumen Juris, 1994

⁷ Agentes nessa qualidade.

⁸ o que será abordado em capítulo próprio

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, vez que não se pode falar em dever de indenizar se não houver prejuízo experimentado pela vítima. Este prejuízo não decorre tanto da índole dos direitos subjetivos afetados, mas dos efeitos da lesão jurídica, como observa Maria Helena Diniz⁹, citando ampla jurisprudência.

Daí que, para que haja dever de indenizar, é indispensável a comprovação de ocorrência de um dano patrimonial ou moral. Para que seja indenizável o dano, é indispensável ainda, segundo a mesma Autora, a ocorrência simultânea das seguintes características:

- diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral;
- efetividade ou certeza do dano;
- causalidade;
- subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;
- legitimidade;
- ausência de causas excludentes da responsabilidade.

O risco administrativo não se confunde com o risco integral, já que, ainda que não seja necessária a caracterização de culpa do agente para a responsabilização do Estado, este poderá demonstrar a culpa da vítima, excluindo ou atenuando a indenização¹⁰. A indenização por dano moral tampouco é excluída do âmbito da responsabilidade do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que o dano indenizável em direito administrativo pressupõe a lesão a um direito da vítima, isto é, que ele se caracterize como dano jurídico, e não meramente econômico ou patrimonial. De outra parte, menciona que mesmo por atos lícitos pode a Administração ser compelida a

⁹ Curso de direito civil brasileiro. 10. ed. aumentada e atualizada São Paulo: Saraiva, 1996, v.7, p.47.

¹⁰ Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 553-566)

indenizar¹¹, no que resta acompanhado por Guilherme Couto de Castro¹².

O traço distintivo da responsabilidade do Estado, portanto, é o fato de prescindir da identificação da culpa do agente, fugindo ao âmbito das teorias subjetivas da responsabilidade civil para filiar-se às objetivas, o que conduz à teoria de risco administrativo em detrimento do risco integral.

O dano indenizável pode ser material ou moral. Será material, ou patrimonial, quando repercutir no patrimônio da vítima, isto é, quando se caracterizar como lesão concreta consistente na perda ou deteriorização, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Já o dano moral é a lesão aos interesses não patrimoniais de seu titular, em decorrência do fato lesivo. Não se cuida, então, de dano ao conjunto dos bens da vítima, mas os efeitos do ato lesivo sobre a sua esfera moral. Na distinção entre o dano moral e material não importa a natureza do direito subjetivo atingido, mas a sua repercussão sobre o lesado, razão pela qual um mesmo fato pode ensejar indenização por danos materiais e por danos morais.

É a mesma Maria Helena Diniz¹³ quem exemplifica a questão da seguinte forma. “O direito á integridade corporal, que é um direito da personalidade, pode sofrer um prejuízo patrimonial, caso em que a lesão ao interesse patrimonial será representada pelas despesas (dano emergente) com o tratamento da vítima, e pela sua incapacidade de trabalho (lucro cessante), e um prejuízo extrapatrimonial, hipótese em que terá uma lesão ao interesse à

¹¹ Curso de direito administrativo. 8 ed. Ver. Atualiz. E ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996 p. 593).

¹² in “Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro”, Editora Forense, 1997, p. 52.

¹³ Obra citada.

incolumidade física que esse direito pressupõe e que sofreu, p.ex; menoscabo em razão de dano estético que pode provocar complexos provenientes das deformações."

E, se assim é, a divisão da teoria do risco decorrente da atividade estatal em risco administrativo e risco integral, feita por Hely Lopes Meirelles¹⁴ e contestada por conceituada doutrina, dentre outros por Weida Brunini¹⁵, é necessária e oportuna, de molde a que não se responsabilize, e até inviabilize, a atividade estatal por todo e qualquer evento danoso.

Por tal razão, desta objeção à divisão da teoria do risco, ousamos discordar veementemente, ao passo em que a culpa exclusiva da vítima pode e deve elidir a responsabilidade do Estado. Quer nos parecer perigoso e até irresponsável não reconhecer a divisão.

3. CULPA EXCLUSIVA - APLICAÇÃO ANALÓGICA DO CDC

Entendemos, todavia, que a única forma de elidir a responsabilidade estatal será a prova de culpa exclusiva, eis que havendo apenas a culpa concorrente, persistirá a responsabilidade objetiva.

Este entendimento tem amparo analógico nos princípios postos no Código de Defesa do Consumidor, onde, modificando toda a teoria da responsabilidade civil (teoria subjetiva), à exemplo do que ocorreu no caso Blanco, o CDC veio introduzir em nosso sistema a teoria objetiva (culpa do agente), surgindo a figura da responsabilidade extracontratual.

¹⁴ Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed. Malheiros

¹⁵ "Não há como delimitar o contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo."(in Da Responsabilidade Contratual da Administração Pública)

Nesse diapasão, o artigo 12 afasta por completo a discussão da culpa, podendo-se, para verificar a relação entre o dano e o evento ocorrido, apenas discutir-se o dano e o nexos causal. O que faz com que o fornecedor, para afastar sua responsabilidade, não possa alegar ou não a ocorrência de culpa. Mas poderá discutir o nexos de causalidade, (parágrafo 3º). Cabendo sempre esse ônus ao fornecedor.

Não acatando o CDC a teoria da Culpa Recíproca ou Concorrente, mesmo em se verificando a sua existência, a indenização será integral. Somente provando a culpa exclusiva é que poderá o fornecedor eximir-se da obrigação de indenizar.

Então, sem discrepar dessa valiosa inovação, não se olvide do enquadramento do Estado na categoria de fornecedor de serviços mediante a imposição de Tributos.

Logo, a contraprestação será a eficácia e execução desses serviços incólume de dano ao administrado.

Conclui-se asseverando que, inobstante a exclusividade da culpa não esteja expressamente determinada como cláusula de não indenizar, a responsabilidade do Estado só será elidida na sua ocorrência, a teor da teoria objetiva. É dizer, culpa concorrente não elide o dever de indenização pelo Estado.

Na abalizada lição de Aguiar Dias¹⁶, “o fato de terceiro pode figurar ao lado do caso fortuito e da força maior na abrangência da expressão causa estanha, usada pelo art. 1.382¹⁷ do Código Napoleônico, todavia, só exonera quando realmente constitui causa

¹⁶ Da Responsabilidade Civil, 10ª Forense, 1995.

¹⁷ Vazado nos seguintes termos: “ *Tout fait quel conque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la répare*”.

estranha ao devedor, isto é, quando elimina totalmente a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato”

Já Silvio Rodrigues¹⁸ assevera que “o indigitado responsável, que o aduz, para que tenha sucesso em sua defesa, precisa demonstrar não só que o fato era imprevisível, como também que era inevitável...”

Daí entendermos que a exoneração só se opera quando elimina totalmente a relação de causalidade, e a única excludente capaz dessa eliminação total será a culpa exclusiva, ao passo em que a culpa concorrente deixará sempre seus resquícios, não eliminando totalmente a relação de causalidade de que nos falam os mestres.

4. AGENTES PRIVADOS

No objeto em exame, tratando-se de responsabilidade do Estado, é imprescindível lembrar que a Constituição prevê que também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, nos limites da teoria do risco administrativo.

Como se vê, é cediço que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, na qualidade de prestadoras de serviço público, é patente, somente sendo elidida pela ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa¹⁹ da vítima para o resultado danoso.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar que “*O caso fortuito ou a força maior*

¹⁸ Responsabilidade Civil, p. 171, Editora Afiliada

¹⁹ Como vimos no capítulo anterior, a necessidade de exclusividade da culpa apara afastar, de todo, a responsabilidade.

caracteriza-se pela imprevisibilidade e inevitabilidade do evento. No Brasil contemporâneo, o assalto à mão armada nos meios de transporte de cargas e passageiros deixou de revestir este atributo, tal a habitualidade de sua ocorrência, não sendo lícito invocá-lo como causa de exclusão da responsabilidade do transportador²⁰.

Deixou-se de perquirir aqui a ocorrência de fortuito interno ou externo, dando-se pela responsabilidade objetiva da empresa privada prestadora de serviços de transporte, uma vez que assaltos e roubos, hoje, não mais podem ser considerados imprevisíveis.

A segurança, por imposição constitucional, é dever do Estado. Indiscutivelmente, o prestador de serviço particular de segurança, sob concessão, autorização e fiscalização do Estado, é igualmente responsável e na qualidade de pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, responde, nos estritos termos do § 6º do art. 37, da Carta Política, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

5. OMISSÃO ESTATAL

Diz-se ainda, e com acerto, que em se tratando de omissão do Estado, a responsabilidade passa a ser subjetiva, devendo-se comprovar a culpa ou ao menos a efetiva omissão.

Com efeito, para responsabilizar o Estado por omissão não basta pura e simplesmente alegar a omissão (*faute de service*), mas demonstrar que, sabendo-se responsável, omitiu-se o Estado em seu dever legal, seja por negligência, imperícia ou imprudência, as quais prescindem de serem individualizadas²¹.

²⁰ REsp. n. 50.129/RJ. Relator o Exmo Sr. Ministro TORREÃO BRAZ

²¹ RE 179.147. Rel. Min. Carlos Velloso.

Questão tormentosa é saber se diante de conduta comissiva de agente público, poder-se-ia invocar omissão do Estado na sua seleção, ou ainda a culpa *in eligendo*.

Bom e clássico exemplo é do policial militar que demonstra-se inabilitado ao serviço, causando danos ao administrado no seu agir. Entendemos que aqui se verificam as duas vertentes da responsabilidade do Estado, tanto a objetiva na medida em que responde pelos atos de seus agentes, quanto a subjetiva ao passo em que omitiu-se e falhou na escolha desse agente.

Não se olvide, assim, que a omissão estatal da qual advenha dano ao particular, é igualmente fator de responsabilização, tal qual a conduta comissiva, distinguindo-se apenas no que tange a subjetividade da necessária demonstração da omissão.

6. CONCLUSÃO

Sem que se discrepe da melhor doutrina e interpretação jurisprudencial, pode-se concluir, apesar de algumas isoladas divergências que a regra-matriz que passa a disciplinar, a partir do advento da Carta Federal de 1988, a responsabilidade objetiva do Estado e demais entes mencionados, é a teoria do risco administrativo, afastando-se por completo a do risco integral.

Observa-se, ademais, que a inexigibilidade da demonstração da culpa do agente causador do dano constitui o seu elemento diferenciador, essencial, daí chamar-se de objetiva, em oposição à responsabilidade civil subjetiva tradicional regulada pelo Direito Civil, que exige a culpa *lato sensu*, como resultado da ação ou omissão causal do dano, além de outros requisitos comuns à espécie da responsabilidade com culpa

No que se refere, outrossim, à responsabilidade sem culpa do Estado há a preocupação de socializar-se o ônus do injusto,

dividindo-se o custo da indenização entre a coletividade, representada pelo ente público, desde que configurado inequivocamente o nexo de causalidade entre a ação própria e direta da administração causadora do mal ou dano infligido à indigitada vítima, como bem pondera Guilherme Couto de Castro²².

²² Obra citada.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Guilherme H. de La Rocque. O Estado como Objeto de Estudo. Artigo publicado no Jusnavigandi;

BARROSO, Luis Roberto: Interpretação e aplicação da constituição, 1996, Saraiva;

BEVILAQUA, Clóvis: Comentários ao Código Civil, 5ª Edição;

CAMPOS, Francisco: Direito Constitucional, Vol. II. Freitas Bastos, 1956;

CANOTILHO, Gomes: Direito Constitucional;

CASTRO, Guilherme Couto: Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro”, Editora Forense, 1997, p. 52

CRETELLA Júnior, José. Comentários a Lei do Mandado de Segurança, Forense, 9ª ed. 1998;

_____ O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo, Forense, 3ª Edição. 1998;

_____ Tratado de Direito Administrativo, 1970. Ed. Afiliada;

DIAS, AGUIAR: Da Responsabilidade Civil. 10ª edição, Forense, 1995;

DINIZ, MARIA HELENA: Curso de Direito Civil Brasileiro. 10ª Edição. Saraiva, 1996;

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella: Direito Administrativo, 12^a edição, Atlas.

DORNELES, Leandro do Amaral D. O constitucionalismo: da visão moderna á perspectiva pós-moderna. Artigo publicado mo jusnavigandi;

FEDERIGUI, Wanderley José: A Execução Contra a Fazenda Pública, Sraaiva, 1996;

FERREIRA, Pinto: Princípios de direito constitucional moderno, São Paulo, 5^a ed. Revista dos Tribunais;

FRIEDE, Roy Reis: Lições Objetivas de Direito Constitucional, 1999, Saraiva;

MARTINS, Ives Gandra da Silva: A constituição do Brasil;

MIRANDA, Pontes de: Comentários à constituição de 1967, Forense, 1987, Tomo V;

MEIRELLES, Hely Lopes: Direito administrativo brasileiro, 18^a ed. Malheiros;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Revista de Direito Público nº 96;

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de: Revista dos Tribunais 739/145;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil.

RÁO, Vicente: O direito e a vida dos direitos, Ed. Resenha
Universitária;

REALE, Miguel: Revogação e Anulamento do Ato Administrativo,
Forense, 1968;
_____ Teoria Geral do Direito e do Estado, Saraiva, 2000. 5ª edição.

RIBEIRO, Valéria Cristina Gomes. O Estado como objeto de Estudo.
Artigo publicado no Jusnavigandi;

SAAD, Renan Miguel: O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado,
Lumen Juris, 1994;

SILVA, José Afonso da: Curso de direito constitucional positivo, 9ª
ed. Malheiros;

SILVEIRA, Alípio: Hermenêutica do direito brasileiro, volume II;

TEMER, Michel: Elementos de Direito Constitucional. Malheiros.
1999. 15ª edição;