

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ**

CAMILA GARCIA CRUZ MIRANDA

**PROTESTOS PÚBLICOS: AMANHÃ VAI SER MAIOR
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR COMPORTAMENTOS DE
MULTIDÃO**

**RIO DE JANEIRO
2015**



CAMILA GARCIA CRUZ MIRANDA

**PROTESTOS PÚBLICOS: AMANHÃ VAI SER MAIOR
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR COMPORTAMENTOS DE
MULTIDÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Buzanello

RIO DE JANEIRO

2015

Dedico esse feito aos livros, que embora não possam figurar como sujeitos de direitos e deveres, por serem objetos, e nem eu possa celebrar negócios com eles, permearam minha vida de alegria e gozo, curiosidade e imaginação. Desde a mais antiga memória. Sem eles nada seria, com eles tudo me é possível alcançar.

À minha mãe, responsável por ensinar a amar o próximo e a ser generosa.

Ao meu pai, responsável pelo meu afã de lutar e de me posicionar em todos os atos.

À Flá, ao Nolan e ao Bru, responsáveis por demonstrar que o amor independe...

Ao meu amor e companheiro de aventuras, Di, por escolher diariamente dividir sua vida comigo, nos bons e maus dias, quando pleno e quando deserto de amor e, principalmente, por me ensinar os valores da liberdade e da (ir)responsabilidade.

Por fim, dedico a todos que de alguma forma matam minha fome de espírito, de transcendência, de sonho, de projeto coletivo, de potência transformadora, de tudo que não é estranho ao humano – só às coisas...

Agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, à realização deste feito. Agradecimentos em especial ao meu orientador, Prof. Dr. José Carlos Buzanello, e ao Mestre Roberto Julio da Trindade Junior pela paciência e carinho de sempre. Aos Prof.^s Dr.^s Célia Barbosa Abreu, Patricia Ribeiro Serra Vieira, Cesar Caldeira e André Ricardo Cruz Fontes pelas valiosas lições.

Agradeço ao Colégio Centro Educacional de Niterói, à Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e aos meus professores ao longo da vida, todos responsáveis por desenvolver meu raciocínio crítico, a entender o conceito de liberdade com responsabilidade, a ver as mesmas paisagens com novos olhos na aventura do conhecimento, e, sobretudo, por respeitarem o tempo de cada um.

Obrigada.

Nossa segurança não está baseada em armas, mas no quanto respeitamos o nosso próximo. Quando meu vizinho está com fome, eu vivo com medo. Se meu filho vai para a escola e o filho do meu vizinho não vai, a segurança do meu filho está em risco. Então devo investir na educação para que o filho do meu vizinho tenha acesso a uma boa escola, para que não vire um marginal, forme uma gangue e queira ferir o meu filho. Devo fazer isso e não me armar e erguer muros entre mim e meu vizinho. Isso vale para as comunidades, para os governos, para cada um de nós. Quando você consegue fazer isso, você consegue dormir em paz. Porque seu vizinho tem condições de se reerguer por conta própria. Enquanto não fizermos isso, o mundo não será um lugar seguro para ninguém.

Muhammad Ashafa, líder muçulmano na Nigéria que uniu-se a um líder cristão em prol do Dia do Perdão, causa que defendem.

Só vamos parar quando a gente colocar, um milhão, dois milhões, três milhões, vinte milhões aqui pra falar pra eles que não tá certo o que eles fazem com o nosso dinheiro, com a nossa saúde, com a nossa educação! Amanhã vai ser maior! Amanhã vai ser maior! Amanhã vai ser maior!

Texto proferido por um coletivo de vozes durante manifestação ocorrida em 17 de junho de 2013 em frente à rampa do Congresso Nacional do Brasil em Brasília/DF

A lei nunca fez os homens sequer um pouco mais justos; e o respeito reverente pela lei tem levado até mesmo os bem-intencionados a agir quotidianamente como mensageiros da injustiça. Um resultado comum e natural de um respeito indevido pela lei é a visão de uma coluna de soldados – coronel, capitão, cabos, combatentes e outros – marchando para a guerra numa ordem impecável, cruzando morros e vales, contra a sua vontade, e como sempre contra o seu senso comum e a sua consciência; por isso essa marcha é muito pesada e faz o coração bater forte. Eles sabem perfeitamente que estão envolvidos numa iniciativa maldita; eles têm tendências pacíficas. O que são eles, então? Chegarão a ser homens? Ou pequenos fortes e paíóis móveis, a serviço de algum inescrupuloso detentor do poder?

Henry David Thoreau, em A Desobediência Civil

RESUMO

O presente trabalho analisa o fenômeno da responsabilização do Estado em decorrência de ações multitudinárias, evidenciando as causas de seu surgimento, sua fundamentação teórica, bem como, as formas de sua implantação, mesmo que embrionárias, no Brasil. Analisa a construção histórica aliado a seus pressupostos de caracterização e individualizando-o no universo jurídico por meio de seus conceitos indispensáveis. Busca-se conceituar, estabelecer a função, bem como delimitar as espécies de Responsabilidade Civil para, em seguida, oferecer breve análise histórica e tratar de algumas situações excludentes de Responsabilidade do Estado. Parte-se para a análise do que são movimentos de massa e suas espécies e de que forma diferenciam-se dos movimentos multitudinários. Após melhor compreensão acerca dos temas supracitados, conceitua-se a Responsabilidade por Fato Multitudinário e uma tentativa de situar a sua natureza jurídica. Discorre-se sobre este fenômeno com enfoque na sua correlação com a conjuntura econômica e social e com os princípios limitadores a que deve obedecer. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica em que se buscou conhecimento em livros de doutrina, artigos científicos, periódicos especializados, legislação e dados obtidos através da internet e o método de procedimento é o histórico. Em um cenário de crescentes manifestações de protesto, fundado numa situação de crise, faz-se mister orientar-se ao exercício de cidadania pautado na intervenção estatal garantidora de proteção ao indivíduo lesado e à coletividade. Sua adaptação à realidade fática é desejável, mas deve respeitar os princípios a que se subordina.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade do Estado. Fatos Multitudinários. Imputação de Responsabilidade por ilícitos de terceiros. Fundamentos. Limites.

ABSTRACT

This study analyzes the phenomenon of state accountability due to multitudinous actions, highlighting the causes of its emergence, its theoretical foundation, as well as ways of its implementation – even if embryonic – in Brazil. Was analyzed from the perspective of a historical construction combined with its characterizational presuppositions and individualizing it in the legal universe through its essential concepts. Seeks to conceptualize, to establish the function and delimit Liability types and then offer brief historical analysis and address some situations that exclusives State Responsibility. Parts to the analysis to what are mass movements and their species and how they differ from multitudinous movements. After better understanding of the above topics are offered brief explanation of Multitudinous Fact Liability and an attempt to place their legal nature. Regards the phenomenon, focusing on its correlation with the economic and social situation and the limiting principles that should be followed. The methodology applied is based on literature in that it sought knowledge of doctrine throughout books, scientific articles, professional journals, legislation and data over the Internet and the method of procedure is historical. In a scenario of growing demonstrations and crisis, it is imperative to orient oneself to the exercise of citizenship instituted on state intervention as a guaranteed protection to both the injured individual and collectivity. Its adaptation to the objective reality is desirable, but one must respect the principles to which it is subordinated.

Keywords: Administrative Law. State Responsibility. Multitudinous Facts. Allocation of Liability for Unlawful Third Party. Fundamentals. Limits.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - ESQUEMA DIDÁTICO PARA O POSICIONAMENTO CONCEITUAL-DOUTRINÁRIO DA RESPONSABILIDADE	59
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PANORAMA HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE	14
1.1 NO MUNDO	15
1.1.1 DA ANTIGUIDADE (SÉCULOS VII AO V A.C.)	16
1.1.2 DA IDADE MÉDIA (476 D.C. A 1453)	17
1.1.3 DA IDADE MODERNA (1453 A 1789)	19
1.1.4 DA IDADE CONTEMPORÂNEA (1789 AOS DIAS ATUAIS)	20
1.2 NO BRASIL	27
1.2.1 DO BRASIL COLÔNIA (1530 A 1815) AO BRASIL IMPÉRIO (1822 A 1889).....	28
1.2.2 DA PRIMEIRA REPÚBLICA OU REPÚBLICA VELHA (1890 A 1930).....	33
1.2.3 DA ERA VARGAS OU SEGUNDA E TERCEIRA REPÚBLICAS (1930 A 1945)	35
1.2.4 DA QUARTA REPÚBLICA OU PERÍODO POPULISTA (1946 A 1964).....	40
1.2.5 DA DITADURA MILITAR (1964 A 1985).....	45
1.2.6 DA NOVA REPÚBLICA (1985 AOS DIAS ATUAIS).....	48
2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	51
2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	53
2.1.1 FUNÇÃO	54
2.2 PRINCÍPIOS	55
2.2.1 CAUSA DO RISCO	56
2.2.2 PREVENÇÃO.....	57
2.2.3 DISTRIBUIÇÃO DOS DANOS E EQUIDADE.....	57
2.3 ESPÉCIES	58
2.3.1 RESPONSABILIDADE QUANTO À RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL PREEXISTENTE	60
2.3.2 RESPONSABILIDADE QUANTO À NOÇÃO DE CULPA.....	62
2.3.3 CAUSAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE RESPONSABILIDADE ESTATAL.....	63
2.4 TEORIAS EXPLICATIVAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	67
2.4.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE	67
2.4.2 TEORIAS SUBJETIVISTAS – CULPAS CIVILÍSTICA, ADMINISTRATIVA, ANÔNIMA, PRESUMIDA (FALSA TEORIA OBJETIVA) E TEORIA DA FALTA ADMINISTRATIVA.....	68
2.4.3 TEORIAS OBJETIVISTAS – TEORIAS DOS RISCOS ADMINISTRATIVO, INTEGRAL E SOCIAL	72
2.4.4 TEORIA ADOTADA NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO.....	73
2.4.5 IMPOSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ART. 37, § 6º, CRFB/88.....	76
3 ESTADO, MOVIMENTOS DE MASSA E FATOS MULTITUDINÁRIOS	79
3.1 MANIFESTAÇÕES COLETIVAS MOVIMENTOS SOCIAIS OU DE MASSA	80
3.1.1 CONCEITO.....	84
3.1.2 PELA ADOÇÃO DO TERMO FATO MULTITUDINÁRIO	89
3.2 A PSICOLOGIA DAS MULTIDÕES	89
3.3 A INCAPACIDADE DAS MASSAS	91

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FATO MULTITUDINÁRIO	93
4.1 CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
4.1.1 CONTRATO SOCIAL E CONTRATO PÚBLICO	94
4.1.2 PELA ADOÇÃO DE RESPONSABILIDADE NORTEADA PELA SOLIDARIEDADE	95
5 CONCLUSÃO	99
ANEXO I	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105
LEGISLAÇÃO E JULGADOS.....	108

INTRODUÇÃO

Ao longo de ministração de ensino no curso de Direito aprende-se diversos conceitos e trabalha-se com ferramentas por vezes excessivamente específicas para resolver conflitos. Seja a letra da lei ou a aplicação de entendimento baseado em jurisprudência, se é treinado para enxergar de que maneira as diversas correntes se sobrepõem, se chocam ou se afastam para então buscar sua conciliação.

Por vezes, se é levado ao extremo tecnicismo e esquece-se as lições fundamentais e preliminares do Direito. É preciso então retomar os conceitos há muito estudados para então pensar o novo.

Pensar o Direito como universal, estático e dissociado de seu tempo seria incorreto, na medida em que o Direito sempre será reflexo de sua época e sempre estará aquém dos anseios da sociedade desse momento. Miguel Reale¹ ensina que:

[...] aos olhos do homem comum o Direito é *lei e ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se *direito*; quem não o faz, age *torto*.

As diversas organizações sociais de um dado momento temporal refletem-se no Direito, enquanto movimentos constantes de uma dada realidade social. O legislador, ao produzir leis, busca acompanhar as necessidades dessa sociedade. Reale completa: “[...] a ciência do Direito é uma forma de conhecimento *positivo* da realidade social segundo normas ou regras *objetivadas*, ou seja, *tornadas objetivas*, no decurso do processo histórico.²”

O Direito é mutável ao passo que também é revestido de estabilidade, eis que positivado, está em vigor e se aplica a todos, mas, mais que isso, porque estabelece

¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

² Idem, p. 17.

princípios que permeiam todas as épocas, apresentando a essência e fundamento da Ciência Jurídica.

Desse modo, conforme o tecido social é tramado, a sociedade inaugura novas questões, cabendo ao Direito contextualizá-las e oferecer soluções que garantam segurança e estabilidade.

Nesse sentido, o tema ora tratado tem importância, acadêmica e social, pois em um cenário de crescentes manifestações e crise, em que a população busca formas diretas de participação no espectro representativo e legislativo, exercendo ativamente sua cidadania, os movimentos multitudinários que promovem danos a particulares devem ser observados e regulados pelo Estado.

Mais que isso, faz-se mister debruçar-se sobre a Responsabilidade do Estado e analisar de que forma os movimentos de massa se coordenam de forma a possibilitar a orientação ao exercício de cidadania pautado na intervenção estatal garantidora de proteção ao indivíduo lesado e à coletividade.

Sua adaptação à realidade fática é desejável, mas se deve respeitar os princípios constitucionais a que se subordina, sob o marco teórico-interpretativo civil-constitucional, em especial à dignidade humana, solidariedade social e justiça distributiva. Como se sabe pela Teoria Tridimensional de Reale, o Direito é fato, valor e norma³:

- a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;
- b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;
- c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do

³ Idem, p. 65.

Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Assim, o presente Trabalho de Conclusão de Curso busca retratar, situar e delimitar o instituto da Responsabilidade Civil decorrente de Fatos Multitudinários de acordo com aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais.

Observando a construção histórica da Responsabilidade Civil no Brasil e no mundo, bem como os pressupostos e peculiaridades que caracterizam o fenômeno da responsabilização do Estado em decorrência de ações multitudinárias, evidenciando as causas de seu surgimento, sua fundamentação teórica, bem como, as formas de sua implantação, mesmo que embrionárias, no Brasil.

Busca-se conceituar, estabelecer a função, bem como delimitar as espécies de Responsabilidade Civil para, em seguida, oferecer breve análise histórica e tratar de algumas situações excludentes de Responsabilidade do Estado. Parte-se para a análise do que são movimentos de massa e suas espécies e de que forma diferenciam-se dos movimentos multitudinários.

O trabalho não busca fornecer respostas sobre como deve ser interpretada a responsabilidade decorrente de fato multitudinário, tampouco busca oferecer mecanismos para elucidar essa e outras questões que advêm da problemática aqui debatida. No entanto, o trabalho que ora se apresenta busca condensar, mesmo que sob a pena de ser por demais sucinto, o que parte da doutrina entende a respeito desses institutos e como eles se relacionam entre si.

Fica, mesmo assim, a esperança de que, a partir deste exercício mais físico – no sentido de buscar referências pelos autores – que analítico – no sentido de obter respostas e contextualiza-las –, possamos obter algum avanço, mesmo que ínfimo, na problematização e na percepção, no Direito pátrio, de como se dará a responsabilidade estatal advinda de fato multitudinário.

Sabe-se, sem dúvida, que a tarefa é árdua, visto que nem mesmo doutrinadores com larga experiência e gabarito conseguiram pacificar ou até mesmo oferecer uma explicação que apazigue os ânimos das diversas correntes que se multiplicam em nosso país.

1 PANORAMA HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE

A ideia de reparação é uma das mais velhas ideias morais da humanidade. Embora boa parte da doutrina classifique como evolução a construção histórica da Responsabilidade do Estado, não há que se falar em evolução na medida em que a ideia de evolução pressupõe um dado de valor, uma gradação a uma realidade histórica e que, por isso mesmo, é dialética e paradoxal por vezes.

Caio Mário Pereira da Silva, em sua obra *Instituições de Direito Civil* volume III, acerca da Responsabilidade Civil, alerta que a “[...] ideia de reparação é muito mais ampla do que a de ato ilícito: se este cria o dever de ressarcir, há entretanto casos de indenização em que se não cogita de iliceidade da conduta do agente”⁴.

Sonia Sterman explica que a responsabilidade do Estado relaciona-se com o regime político e base filosófica de uma dada sociedade, bem como esclarece que responsabilidade significa imputabilidade e seu fundamento é a restituição⁵. “A responsabilidade do Estado está ligada ao binômio da posição jurídico-filosófica vigente e à noção do Estado como unidade jurídico-política”⁶. Ou seja, depende de como se pensa e de como se organiza uma sociedade.

Para melhor se compreender o objeto de análise será oferecido breve panorama histórico do instituto de Direito Público, buscando salientar os aspectos sócio-políticos da responsabilidade civil do Estado, tema a se delimitar à espécie extracontratual ou aquiliana, haja vista ser a responsabilidade contratual regida por princípios próprios verificáveis nos contratos administrativos.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos; declaração unilateral de vontade; responsabilidade civil. v. 3. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 519.

⁵ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 25-26.

⁶ *Ibidem*, p. 26.

1.1 NO MUNDO

Patricia Ribeiro Serra Vieira, em sua obra intitulada *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos*, explica que na era primitiva a forma de compensação do dano se dava por meio da vingança, salientando também a comum disparidade, sempre em grau mais elevado, entre a retribuição do dano e o dano inicial que motivou a retribuição em primeiro lugar⁷.

Ao longo dos anos, o instituto da reparação foi sendo institucionalizado e limitado por movimentos equitativos e razoáveis e, a partir da Lei de Talião, há uma limitação da represália pelo prejuízo causado à vítima, nascendo a responsabilidade.

A mesma autora cita ainda, como divisor de águas, a *Lex Aquilia* como base da responsabilidade civil por conta da diferenciação entre modalidades de culpa, colocando a culpa, desse modo, como elemento essencial da mesma.

O Direito contemporâneo, sob o prisma da justiça social, está marcado pela duplicidade funcional do fenômeno jurídico. Assim, a “finalidade do Direito não é apenas a composição dos conflitos intersubjetivos, mas também a transformação social [...]”⁸.

Em obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os autores asseveram que:⁹

[...] nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima relação pessoal contra o mal sofrido.

Os autores salientam que nesta fase embrionária do instituto não havia diferenciação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, tampouco se

⁷ SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 9-10.

⁸ Idem, prefácio de autoria de Ricardo Pereira Lira.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

cogitar a ideia de culpa somente o ato de vingar.

Acerca da *Lex Aquilia*, os autores destacam:

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. [...] sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil.

Com efeito, regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual¹⁰.

1.1.1 Da Antiguidade (Séculos VII ao V a.C.)

Sterman esclarece que como o soberano no Estado Absolutista era tido como o representante na Terra da vontade divina, o rei monarca seria então irresponsável, inimputável, por qualquer ato que praticasse ou que causasse malefícios aos seus súditos¹¹.

Em Grécia, Atenas e Esparta, em razão de ausência do conceito de Estado, igualmente predominou-se a irresponsabilidade tanto na aristocracia quanto na democracia. Já em Roma, apesar da não haver Estado como personalidade, se tinha a figura do Fisco que era uma pessoa moral à qual pertenciam os bens do Estado, mas o direito divino ainda vigorava e portanto a irresponsabilidade do Rei.

Conforme já mencionado, o Direito é produto dos regimes políticos de uma dada época, assim, somente quando houver a concepção de Estado como unidade

¹⁰ Ibidem, p. 55.

¹¹ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 26 e 38-39.

jurídico-política é que se poderá falar em responsabilização estatal por danos em razão de movimentos das multidões, ou movimentos multitudinários, que nessa época consistiam em invasões de propriedades particulares por classes mais baixas¹²:

[...] principalmente os gregos não tinham uma ideia perfeita de liberdade, de modo que os direitos individuais (entre eles o de propriedade) careciam sempre de garantias. Acresce-se a tudo isso a inexistência do conceito de Estado como unidade jurídico-política. De fato, o Estado, entre os gregos, era concebido como um poder absoluto, ao qual nenhum poder individual se podia opor, daí o imenso interesse em se chegar a fazer parte do governo, pois isso significava ter direitos políticos.

Por fim, Alvino Lima sintetiza a visão da Responsabilidade Civil no Direito da Antiguidade¹³:

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da ideia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a ideia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória¹⁴. A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva da vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.

1.1.2 Da Idade Média (476 d.C. a 1453)

A Idade Média teve seu início marcado pela queda do Império Romano no

¹² Ibidem, p. 39.

¹³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 26-27.

¹⁴ Trata-se de "ação que consiste na reivindicação de um bem e/ou direito que não se encontram estabelecidos em seu próprio patrimônio". Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/reipersecutoria>>. Acesso em 12 de outubro de 2014.

Ocidente e vai até o término da Guerra dos Cem Anos e tomada de Constantinopla pelos muçulmanos. Conforme Sterman¹⁵, foi desenvolvido o sistema de enfeudação – que muito embora não tenha sido desenvolvido neste período já que houve feudalismo no Egito pós-IV Dinastia e em Roma –, marcou o período com seu conjunto de normas regulando direitos e deveres entre suseranos e vassalos, mas que ainda era permeado pela irresponsabilidade¹⁶:

Na Alta Idade Média, ainda com o predomínio dos Estados absolutistas, apesar de ser o Estado concebido como unidade jurídico-política, passível de ser responsabilizado, permanecia irresponsável em face do regime absolutista. Predominava a teoria da irresponsabilidade estatal, cognominada de *feudal, regalista* e que sintetizou nas máximas *quod principi placuit habet legis vigorem*, o que agrada o rei tem forma de lei, *l'Etat c'est moi*, o Estado sou eu, além da expressão utilizada no direito inglês, *the king can do no wrong*¹⁷.

Sobre as nuances desse sistema, desenvolve¹⁸:

[...] sendo Estado feudal uma espécie de federação, na qual as suas unidades componentes (ducados, marcas, condados, viscondados e baronias) eram semelhantes às autarquias administrativas e econômicas que se obrigavam ao ato de vassalagem para com o soberano-rei, o Estado, representado pelo rei, ainda permanecia imune à responsabilização, com exceção do instituto da *auffere rei privati*, cujo meio para se perceber a indenização, por expropriação por utilidade pública, se baseava em dois aspectos: poder ablatório do príncipe sobre os bens privados e a natureza do direito de propriedade, como *ius gentium*, direito comum de todos, com fulcro na *natural ratio*.

Os direitos individuais do clero e da nobreza eram resguardados por meio dos pactos forais e cartas de franquia e, especialmente na França, os prejuízos causados pelos movimentos multitudinários eram atos provenientes do povo insubordinado contra a pessoa do suserano ou do senhor feudal. [...]

Antonio Carlos Wolkmer, na obra *História do Direito no Brasil*¹⁹, assevera que

¹⁵ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 26 e 40-41.

¹⁶ Ibidem, p. 26.

¹⁷ Neste ponto a autora ressalta o fato de a tradição histórica do direito consuetudinário diferir sobremaneira se posta em contraposição à da família romano-germânica, tendo sido totalmente abandonada a teoria da irresponsabilidade em 1946, nos Estados Unidos, com o *Federal Tort Claims Act* e em 1947, na Inglaterra, com o *Crown Proceeding Act*.

¹⁸ Ibidem, pp. 26 e 40-41.

a natureza jurídica dos forais era de documentos jurídicos concedidos pela monarquia indicativos de direitos e de deveres aos possuidores "para receber tributos, proteger pessoas e bens da terra, aplicar penas aos delitos e contravenções, indicar foro de julgamento e detenção".

Com relação ao sistema contratual celebrado entre senhores e súditos, Stermán complementa²⁰:

Pode-se afirmar que o fundamento da autoridade desses senhores feudais era baseado na ideia de um contrato com os súditos *pactum subjectionis*, cuja relação era intocável. Destarte, o povo arcava com todos os ônus e tributos, que eram criados de forma totalmente aleatória e tinham como fato gerador as necessidades dos senhores feudais e do suserano, pois não se cogitava do princípio da isonomia em matéria fiscal, nem muito menos da capacidade contributiva. Disso tudo decorre a irresponsabilidade do rei ou do senhor feudal por qualquer ato danoso praticado por qualquer pessoa, ou mesmo seu agente, em propriedade do povo, porque, no sistema feudal, era desconhecida a noção de Estado como unidade jurídico-política.

1.1.3 Da Idade Moderna (1453 a 1789)

Já na Idade Moderna, a partir do século XV, temos uma efervescência de acontecimentos que vão culminar na Revolução Francesa, tais como o Humanismo, o Renascimento, a Era dos Descobrimentos e sua expansão geográfica, o Absolutismo e a formação dos Estados nacionais, reforma e contrarreforma, impressão da primeira obra em uma prensa de tipos móveis, entre outros.

Além disso, marcando o fim da Idade Moderna e início da Contemporânea, temos a Revolução Industrial, cujo processo foi mais proeminente a partir da segunda metade do século XVIII e alcançando o século XIX, mais precisamente entre 1760 e 1840.

Como já mencionado na Alta Idade Média, na Idade Moderna também vamos

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 59.

²⁰ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

ter um estado como unidade jurídico-política com a possibilidade de causar danos a particulares por meio das condutas de seus agentes, mas ainda vigorava a inimputabilidade em razão do poder divino do Rei. Resume Sterman²¹:

O Estado moderno apresenta as seguintes características: estabelecimento de impostos reais para atender às despesas da nova organização social; criação de um exército nacional (independente dos feudos); justiça real (prevalecendo sobre a dos senhores feudais) e moeda real (em substituição às diversas moedas dos feudos).

Com essas grandes quebras de paradigmas, vivenciou-se verdadeiro divisor de águas até mesmo no amadurecimento dos contornos jurídico-políticos estatais com desdobramentos na consciência coletiva de classe desprivilegiada – o povo – que passará a exigir direitos por meio de movimentos multitudinários inspirados pelas ideias humanistas e renascentistas.

1.1.4 Da Idade Contemporânea (1789 aos dias atuais)

Na Revolução Francesa, ocorrida na década compreendida entre 1789 e 1799, fixaram-se os parâmetros da igualdade e liberdade absoluta do homem na procura do seu próprio interesse, sem interferências do Estado, e o homem adquiriu direitos perante este.

A vida econômica, política e social foi permeada pelo liberalismo político, econômico e jurídico e pelo ideal de igualdade, inspirado nos princípios consagrados pela Revolução Francesa, tendo o Direito acompanhado essa evolução, acolhendo a autonomia de vontade como uma extensão natural da igualdade.

Para isso, é preciso verificar como se dava o Direito à época. Conforme lição de Sterman²²:

²¹ Idem.

²² Ibidem, p. 27.

Em pleno século XVIII, era aceita a irresponsabilidade do Estado e, embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as Constituições dos Estados modernos tenham adotado as garantias de proteção ao direito de propriedade, deixaram nesse campo, da responsabilidade estatal, de conceder aos particulares meios de acionar o Estado para obter o ressarcimento que seus agentes tivessem lhes causado, em face daquele posicionamento jurídico [de irresponsabilidade do Estado].

Neste diapasão, imperativo lembrar-se da teoria da Irresponsabilidade estatal como proposta à época pela escola alemã principalmente por Richelmann e Bluntschli. Sobre ela, Amaro Cavalcanti assevera²³:

Partindo da segunda metade do século passado, um dos primeiros escritores, que procurou sustentar com argumentos diversos a teoria da irresponsabilidade geral do Estado, foi Richelmann, afirmando, segundo o seu ponto de vista particular, as seguintes proposições:

1) Quando o Estado exige a obediência de seus súbditos, não o faz para fins próprios, mas, justamente, para o bem dos mesmos; logo de semelhante ato não lhe pode vir responsabilidade alguma ulterior.

2) Não é justificável a ficção, de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado (Staatsgewalt) e que, em consequência, os atos dos mesmos devam ser tidos, como atos do Estado. Este só é representado pelo chefe do governo (den Regenten). Os funcionários são meros servidores do Estado (Diener des Staats), e por isso os seus atos só são de considerar atos do Estado, quando o Estado os tiver ordenado ou reconhecido, como tais.

3) As relações jurídicas do mandato não podem ser, por analogia, aplicáveis aos servidores do Estado, como se tem pretendido.

4) Também não procede a opinião, de que o Estado deve responder pela culpa na escolha do funcionário, porque, não existindo nenhum dever jurídico do Estado quanto à nomeação de funcionários capazes, falece a razão de responsabilidade do Estado, dada, porventura, a hipótese de ter havido menos cuidado a esse respeito. A escolha ou nomeação pertence, geralmente, ao funcionário supremo do Estado, isto é, ao Chefe do Governo; e pois, se culpa houver na nomeação, por ela deve responder o nomeante, e não o Estado, a quem não pode caber responsabilidade, pela negligência ou infração do dever por parte do funcionário.

[...] Finalmente, Richelmann, resumindo o seu pensamento na matéria, dizia: que Estado, sendo simples pessoa moral, não podia jamais estar em culpa, e conseqüentemente, não lhe podia caber a obrigação de indenizar os danos dos seus funcionários em caso algum. [...] Bluntschli, se manifestara também contra a obrigação geral do Estado ou Município, de indenizar os danos causados a terceiros por atos culposos dos seus funcionários, ainda que não

²³ CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade civil do estado. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905, pp 106-108.

deixasse de reconhecer, ao mesmo tempo, a possibilidade de ser prestada semelhante indenização, em alguns casos excepcionais.

Grosso modo, seria impossível ao Estado, representado pelo chefe de governo, ser responsabilizado por atos praticados por seus agentes por não haver possibilidade de mandato via ficção jurídica.

A Revolução Industrial, no século XVIII (processo mais proeminente no período compreendido entre 1760 e 1840), acelerou a crise do regime artesanal com o uso das máquinas substituindo a força manual, transformou as relações sociais e originou a classe operária e conseguinte acúmulo de pessoas nos burgos, ou cidades centrais.

Essa nova estrutura social fundava-se no individualismo e a desigualdade entre as pessoas tornou-se marcante, assumindo aspectos ideológicos e políticos.

O Estado era um mero observador dos acontecimentos, dentre os quais se destacam: a imposição de condições de trabalho pelo empregador, excessivas jornadas de trabalho, exploração das mulheres e menores, que eram a mão de obra mais barata e os baixos salários pagos.

Essa realidade exclusiva aliada ao acúmulo de indivíduos nos grandes centros – em função de seus trabalhos – promoveram verdadeiros aglomerados de pessoas reunidas para a defesa dos interesses em comum. Desse modo, uma das causas originárias dessa quebra de paradigma encontram-se fundadas no surgimento de uma consciência coletiva advinda do trabalho.²⁴

Os movimentos dos trabalhadores que ameaçavam o poder de exploração dos empregadores foram duramente reprimidos. No plano jurídico a associação dos operários na defesa de seus interesses foi até configurada como delito²⁵.

²⁴BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 52.

²⁵MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

Paralelo a isso reivindicava-se o que viria a ser conhecido como Direitos Humanos, Naturais, Individuais, Civis entre outros, que eram prerrogativa do clero e da nobreza. Conforme Ricardo Lobo Torres no verbete sobre Direitos Fundamentais do Dicionário de Filosofia do Direito²⁶:

Os direitos fundamentais têm como sinônimos os direitos naturais, ou direitos individuais, ou direitos civis, ou direitos da liberdade, ou direitos humanos, ou liberdades públicas. A doutrina moderna assim os compreende (contra: Celso de Albuquerque Mello, 1997, p. 4). É bem verdade que podem ser apontadas algumas diferenças de somenos importância, tanto mais que as dessemelhanças têm explicação ligada ao gosto nacional dos países cultos.

A expressão *direitos fundamentais* é empregada principalmente pelos autores alemães, na esteira da Constituição de Bonn [1949], que dedica o capítulo inicial aos *Grundrechte*. Mas a advertência de parte significativa da doutrina é a de que não existe diferença entre esses direitos fundamentais e os direitos da liberdade ou os direitos humanos (Peres Luño, 1988, p. 44). Ingressou no Brasil no texto de 1988 (Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

Os *direitos humanos* se aproximam do conceito de *direitos fundamentais*, pois se referem aos direitos decorrentes da própria natureza dos homens. Apresentam parentesco maior com os que se afirmam no campo das relações internacionais e se explicitam nas declarações universais e nas convenções entre os diversos países. [...] A expressão *direitos civis* se afirmou nos países de língua inglesa. Embora historicamente tenha significado a ampliação da liberdade para o campo dos direitos ligados à esfera privada do cidadão e à personalidade e dignidade do homem, hoje se confunde com os direitos fundamentais e os direitos humanos.

O conceito de *direitos individuais* foi utilizado pelos franceses e americanos [...]. Pode ser empregado como sinônimo de direitos humanos ou fundamentais, apesar de guardar intimidade maior com a visão individualista dos albores do liberalismo, que não distinguia as liberdades coletivas e que desconhecia o conceito de pessoa, muito mais abrangente e próximo do social que o de indivíduo.

As *liberdades públicas* coincidem com os direitos fundamentais e os direitos humanos. Preferem a denominação os juristas franceses, sendo mesmo título de alguns livros importantes (Jean Rivero, 1984).

Os *direitos naturais* deram origem à própria afirmação histórica dos direitos fundamentais. Com conotação renovada, ainda são utilizados por alguns autores [...]

As insatisfações com a realidade socioeconômica e política culminaram na queda do Antigo Regime e na Revolução Francesa (1789-1799), que promoveu

²⁶TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 243-245.

verdadeiro divisor de águas na concepção da Responsabilidade do Estado. Isto porque nos ensina Sterman²⁷:

Com a Revolução Francesa, surgiu um *fato* que passou a alterar a teoria da responsabilidade estatal. Esse fato se originou da multidão enfurecida que danificou inúmeras propriedades de particulares, os quais procuraram acionar o Estado para obter o ressarcimento de seus prejuízos. Porém, com o fito de proteger o erário francês das inúmeras ações, criou-se a distinção entre atos de império e atos de gestão atribuindo somente a esses últimos (de gestão) a possibilidade de se obter o ressarcimento dos danos causados. A obrigação do Estado de indenizar particulares em decorrência de *atos de gestão*, se bem que artificial, posto ser criada por mero artifício jurídico para proteção do Estado francês de inúmeras ações, teve o mérito de marcar o início da responsabilidade pública, principalmente decorrente dos movimentos multitudinários. Essa divisão marcou um progresso em termos de responsabilidade do Estado, que passou a ser responsabilizado sem embasamento legal, desde que os atos de gestão não atingissem a sua soberania.

Muito embora essa teoria não tenha prosperado em razão da dificuldade de se traçar a linha divisória entre os dois comandos, tendo inclusive os legisladores franceses promovido lista exemplificativa diferenciadora, ela marca o início de uma concepção mais plural da responsabilidade.

Após o abandono da Teoria que promovia distinção entre atos de gestão e atos de império adotou-se a culpa civilista para o direito público: o Estado equivalendo ao empregador e o agente público seu preposto, sendo o Estado responsável pelas condutas culposas ou dolosas de seus agentes²⁸.

No entanto, o processo foi gradual. Inicialmente o Estado era irresponsável²⁹, mas seus funcionários o eram nos casos de culpa grave ou dolo desde que agindo na condição de agente/funcionário público e que houvesse ainda prévia autorização estatal para que se promovesse ação em face do agente.

²⁷ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

²⁸ Idem.

²⁹ conforme artigo 75 da Constituição Francesa de 1789.

Sterman³⁰ explica que esse sistema, de garantia administrativa dos agentes, servia para afastar ações abusivas, mas seu efeito pratico era o de afastar ações em face do Estado, tanto que em 1870 esse artigo foi revogado.

Evoluindo, a responsabilidade estatal por danos causados por seus agentes foi compreendida com sustentáculo na responsabilidade administrativa, que é a culpa administrativa. Essa transferência de culpa do direito civil para a culpa do direito administrativo, intitulada culpa administrativa, ou seja, o equacionamento da responsabilidade do Estado nos moldes do direito público, foi feita pela jurisprudência dos tribunais franceses, posto que, em termos de responsabilidade do Estado, as duas ordens de jurisdição disputavam a competência para resolver este tipo de litígio, tanto o Conselho de Estado, como a Corte de Cassação.

As decisões das Cortes francesas, em especial a do Tribunal de Conflitos, ao qual competia decidir o conflito de competências entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação nessas questões envolvendo a responsabilidade *civil* do Estado, foram avançadas e acabaram por rejeitar os princípios de direito privado estabelecidos no Código de Napoleão, assinalando a autonomia do direito administrativo, com soluções derogatórias e exorbitantes do direito comum, portanto, no âmbito do direito público.

A autora cita duas decisões paradigmáticas para a maturação do tema, os casos Rotschild, de 1855, e Blanco, de 1873, sendo que este último tratava-se de apurar a responsabilidade pelo acidente com a menina Agnés Blanco que ao cruzar os trilhos do trem em Bordeaux foi colhida por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Por fim, adotou-se a imputação ao Estado não em virtude de disposições do Direito Civil, mas do Direito Público, que não é codificado, dando azo à noção de responsabilidade objetiva do Estado "[...] que corresponde, em termos clássicos, à necessidade de se resolver a apuração de atos ilícitos de forma diversa do critério clássico da culpa do direito civil"³¹.

Desse modo, deu-se início a diversas teorias além do sistema francês para explicar juridicamente a problemática apresentada, tais como o sistema alemão, "[...]

³⁰ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

³¹ Ibidem, p. 30.

que perquiriria a individualização da culpa do agente público, retirando inclusive conceitos do direito penal, como o dolo e a culpa"³².

Gagliano e Pamplona Filho oferecem uma síntese comparativa e histórica pertinente à compreensão da construção histórica deste instituto³³:

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la, paulatinamente, pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande momento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Todavia, tal teoria clássica da culpa não conseguia satisfazer todas as necessidades da vida em comum, na imensa gama de casos concretos em que os danos se perpetuavam sem reparação pela impossibilidade de comprovação do elemento anímico.

Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico³⁴, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Tais teorias, inclusive, passaram a ser amparadas nas legislações mais modernas, sem desprezo total à teoria tradicional da culpa, o que foi adotado, mais recentemente, até mesmo pelo novo Código Civil brasileiro [...].

Por fim, Alvino Lima esclarece os movimentos ora antagônicos ora convergentes deste período histórico traçando um paralelo entre essas forças³⁵:

O movimento inovador se levanta contra a obra secular; a luta se desencadeia tenazmente e sem tréguas; Ripert proclama Saleilles e Josserand os 'sindicatos da massa falida da culpa', e, a despeito das afirmações de que a teoria do risco desfaleceu no ardor de seu ataque, seus defensores persistem na tarefa, e as necessidades

³² Idem.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

³⁴ Autopoietico tem sua origem etimológica do grego *auto*, "próprio", e *poiesis*, "criação". Acerca deste conceito aplicado ao universo do Direito, recomenda-se a leitura de RAMOS, Chiara. **Direito, sistema autopoietico e teoria sistêmica de Luhmann**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29639>>. Acesso em 25 de maio de 2015.

³⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.

econômicas e sociais da vida moderna intensa obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade. Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.

1.2 NO BRASIL

A Responsabilidade Civil do Estado no Brasil apresentou contornos variados consoante cada regime constitucional. Assim como no mundo, se pode observar a incidência de três grandes fases, a saber: a fase da irresponsabilidade em que versava a teoria da irresponsabilidade; fase civilística ou subjetivista (teorias civilistas); e fase publicística ou objetivista (teorias publicistas).

Conforme observa Cretella Júnior em sua obra intitulada *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, a responsabilidade estatal sofre grande influência da linha política de Governo predominante na ocasião³⁶:

[...] a *Responsabilidade Civil do Estado*, delineada pelos vários sistemas jurídicos, sofre direta influência das grandes idéias e correntes políticas do mundo, ultrapassando, por isso mesmo, as restritas colocações locais e refletindo de modo sensível o momento histórico universal. Talvez por esse motivo não haja instituto no direito administrativo tão ligado à filosofia política prestigiada, em dado momento da história, como da responsabilidade pública, assunto palpitante que, como termostato sensível, reflete o clima do tipo de Estado padrão médio, dominante na época.

Em artigo publicado na Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, João Hora Neto³⁷ oferece apertada síntese do caminho percorrido pelo pensamento jurídico nacional acerca da responsabilidade estatal, que abarca desde a noção da irresponsabilidade civil do Estado (teoria da irresponsabilidade), característica do

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.175.

³⁷ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 11.

Estado Absolutista Monárquico, passando para a etapa da responsabilidade com culpa (subjativa), do Estado Liberal (teorias civilistas), e desta para a fase da responsabilidade sem culpa (objetiva), atinente ao Estado de Direito (teorias publicistas).

1.2.1 Do Brasil Colônia (1530 a 1815) ao Brasil Império (1822 a 1889)

Marcando o início do povoamento do território brasileiro e fim da política de mero extrativismo promovida até então pelos portugueses, o Brasil colonial foi marcado em regra pela irresponsabilidade e inimputabilidade, em razão do poder divino do Rei, de ambos Estado e soberano. Cretella, citando Visconde de Uruguai, explica "Podia o rei avocar as causas que pendiam perante juízes e tribunais judiciais e prover como entendesse conveniente. [...] não havia divisão entre o poder judicial e administrativo, que jaziam confundidos³⁸".

Hora Neto trata do arco histórico da responsabilidade e, sobre a fase da irresponsabilidade estatal, assevera que³⁹:

[..] a vítima não tinha nenhuma ação contra o Poder Público ou contra o causador do dano, à vista de que a pessoa do príncipe, na sua condição de soberano, se confundia com a figura do Estado e, de conseguinte, não podia responder por seus atos;

[...]

Centrada na idéia da infalibilidade real, legitimada por razões divinas a teoria da irresponsabilidade do Estado apresentava-se como um axioma, uma máxima, cujo postulado não era passível de contestação. De fato, sob o ângulo político, o Estado era absoluto, monárquico, despótico, regalista e, por conseguinte, se o Estado era o próprio Direito, ao exercer a tutela jurídica jamais poder· atentar contra a ordem jurídica, pois, confundindo-se com o Direito, jamais praticaria injustiças!

Yussef Said Cahali [CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo, Malheiros Editores, 1996, 2ª edição], em brilhante síntese, asseverou que a dita teoria se firmou em três postulados, a saber: "1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.176.

³⁹ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 13.

nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o Direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo Direito; 3) daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas nomine próprio".

O período compreendido entre 1815 e 1822 foi marcado pela elevação do então Estado do Brasil a Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves em razão da transferência tanto da família real quanto da nobreza portuguesa para o Brasil devido à invasão de Portugal por tropas Napoleônicas.

Foi igualmente marcado pelo aumento das tensões entre o Império do Brasil e Portugal, acirradas ainda mais a partir da Revolução liberal do Porto, de 1820, que objetivava sobremaneira o fim do controle militar britânico sobre Portugal, e pós-retorno de D. João VI a Portugal, ocorrido em 26 de abril de 1821, que promoveu um processo de cerceamento da relativa independência do Brasil.

Em 1822, o reino do Brasil desmembra-se do então Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves para tornar-se Império do Brasil com a coroação do Imperador D. Pedro I. Já em 25 de março de 1824, tem-se a confirmação do imperador e outorga da Constituição imperial de 1824, cuja forma de governo era a de monarquia constitucional parlamentar. Amaro Cavalcanti⁴⁰ e Rui Barbosa⁴¹ *apud* Cretella Júnior sintetizam e oferecem verdadeiro panorama do período⁴²:

O primeiro período – o Brasil-Colônia – é a simples continuação do estado de coisas lusitano, alterado completamente após a proclamação da Independência, visto que durante cerca de três séculos vigorou a *teoria da Irresponsabilidade estatal*, substituída, depois, pela preocupação do poder público em ressarcir, em alguns

⁴⁰ CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**, [s.l. /ed.] 1905, p. 499 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.177.

⁴¹ BARBOSA, Rui. **A Culpa Civil das Administrações Públicas**, in: Obras Completas, [s.l., n/ed.], 1948, vol. 25, (1898), t. 5, pp. 59-61 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.177.

⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.177.

casos, os prejuízos causados aos particulares por atos de seus agentes.

"É que, no Brasil, nunca se ensinou", escreve Amaro Cavalcanti, "ou prevaleceu a *irresponsabilidade do Estado* pelos atos lesivos dos seus representantes"(Amaro Cavalcanti, *Da Responsabilidade Civil do Estado*, 1905, p. 499).

"No direito brasileiro", ensina Rui Barbosa, "é inquestionável a responsabilidade do Estado. Atos judiciais e monumentos legislativos conspiram em firmá-la" (Rui Barbosa, *A Culpa Civil das Administrações Públicas*, p. 61).

"Na jurisprudência brasileira, nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos dos seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influência do direito romano, a nossa evolução jurídica, modificada pelo concurso dos elementos liberais, que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espírito dos nossos Tribunais essa revivência antidemocrática dos privilégios legalistas"(Rui Barbosa, *A Culpa Civil das Administrações Públicas*, p. 59).

"Pelo dano causado ao direito dos particulares, não hesitou jamais a justiça brasileira em responsabilizar municipalidades, províncias e Estados, o Governo do Império, o da República, tendo por idéia inconcussa a de que, no Ministro, no Presidente, no Governador, no Prefeito, em todos os que administram, ou servem a uma função administrativa, conta a Administração pública verdadeiros prepostos, cuja entidade, pelo princípio da representação, desaparece na do preponente. Não desanimam, é certo, os procuradores do erário. Mas, não obstante o brilho superficial que às veleidades regalistas vai emprestando hoje, entre nós, o reflexo dos Mantellinis⁴³, a linha da tradição antiga ainda não se quebrou: os julgados na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia-a-dia aumentando o tesouro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas" (Rui Barbosa, *A Culpa Civil das Administrações Públicas*, p. 60).

Hora Neto traça as linhas gerais da fase subjetivista ou civilista da responsabilidade pátria, na qual, "[...] sob a influência do liberalismo e de fundo individualista foi concebida sobre o terreno do direito civil, e, como tal, fez

⁴³ Rui Barbosa, aqui, representa em Mantellini o conjunto de autores, assim como Richelmann, Bluntschli, Rönne, Wohl, Gabba, Saredo, entre outros, que eram adeptos da Teoria da Irresponsabilidade, criticando-os por classificarem como injusta e negatória de Direito a supramencionada tese dado que ao Estado cabe o papel de tutelar o Direito. Nesse diapasão, o Estado não poderia se furtar de responder quando, por ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque na qualidade de pessoa jurídica seria titular de direitos e obrigações.

assemelhar o Estado ao indivíduo para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de seus agentes;⁴⁴.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, previa a responsabilização pessoal dos empregados públicos em face dos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções como garantia constitucional na forma de seus artigos 156 e 179, XXIX⁴⁵:

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

[...]

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Julio César Gaberel de Moraes Filho colaciona as visões doutrinárias discrepantes acerca da responsabilidade constitucional de 1824⁴⁶:

Alguns doutrinadores [defendem a tese] que a responsabilização única do empregado público significaria haver uma irresponsabilidade por parte do Estado; entretanto, para outros, vale a teoria de que o agente público nada mais é que o sujeito que serve ao Poder Público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação (Bandeira de Mello, p. 235) [BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 2007], e com isso a Constituição Imperial estaria indiretamente reconhecendo a responsabilidade da Administração Pública.

⁴⁴ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 13.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁴⁶ MORAES FILHO, Julio César Gaberel de. **Responsabilidade civil do estado: histórico das constituições brasileiras**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2880>. Acesso em 25 de maio de 2015.

Apesar de marcadamente civilista, a Constituição Imperial de 1824 apresentava, não obstante, contornos da fase anterior, a exemplo da previsão da irresponsabilidade do imperador como se depreende da análise do artigo 99 do mesmo diploma legal: "Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma"⁴⁷.

A *contrario sensu*, para Hora Neto a Constituição Imperial de 1824 está fundada na teoria da irresponsabilidade, mitigada por contornos civilistas. Isso porque, para ele⁴⁸:

Inobstante, apesar da noção basilar ser a de que contra o Estado não prevaleciam os direitos individuais dos súditos, tal concepção era temperada ou mitigada "pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado com um comportamento pessoal seu", segundo lição de Rui Stoco [STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição], ou, em outras palavras, somente era admitida a responsabilidade pessoal dos agentes públicos quando estes, no desempenho de suas funções, lesassem direitos individuais de terceiros (súditos) – mas que, na prática, a ação indenizatória movida pelo lesado em face do funcionário restava em geral frustrada ante a insolvência do agente público.

[...]

Hodiernamente, tal teoria se acha completamente superada, visto que os únicos dois países que ainda a adotavam – Estados Unidos da América e Inglaterra – acabaram por abandoná-la, por força da "**Federal Tort Claims Act**", de 1946, quanto ao primeiro país e "**Crown Proceeding Act**", de 1947, quanto ao segundo país, admitindo-se assim, a partir de então, que as demandas indenizatórias provocadas por atos de agentes públicos pudessem ser dirigidas diretamente contra a Administração, ficando dito que, salvo os dois países referidos, a teoria da irresponsabilidade foi banida na segunda metade do século XIX – quando então começou-se a admitir a responsabilidade do Estado, inicialmente sob o enfoque das teorias civilistas, passando-se a seguir para a fase da responsabilidade pública, conforme em seguida se verá.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁴⁸ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 14.

1.2.2 Da Primeira República ou República Velha (1890 a 1930)

A primeira República ou República Velha, período compreendido entre a proclamação da república e a Revolução de 1930, é comumente dividida em dois períodos distintos, a saber: República da Espada (de 1889 a 1894), com forte participação de setores do Exército, e República Oligárquica (1894 a 1930), com sua política do café-com-leite.

Viveiros de Castro⁴⁹ e Porto Carreiro⁵⁰ oferecem um apanhado geral acerca da responsabilidade àquela época:

Os administrativistas dos primeiros tempos da República dão maior relevo ao instituto que estamos examinando, acentuando, no entanto, que estabelecer os limites da responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários é, no conceito geral dos publicistas, um, dos problemas de mais difícil solução no campo do direito administrativo (Viveiros de Castro, *Tratado...* [de Ciência da Administração e Direito Administrativo], 3ª ed., 1914, p. 631; e Porto Carreiro, *Lições...* [de Direito Administrativo], 1918, p. 236).⁵¹

E Oliveira Santos adota posição lastreada no princípio de que:

[...] "toda lesão de um direito exige reparação para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica, para manter a situação lógica e natural do Estado de direito", a consequência é que o Estado responde pelos atos de seus prepostos, qualquer que seja a natureza desses atos, *de império* ou *de gestão*, sempre que deles resulte violação da lei por ofensa ao direito individual.

[...]

Em outros termos, a responsabilidade civil do Estado por ato de seus funcionários ou prepostos deve ir até onde chega a violação dos direitos dos particulares por atos dos representantes do mesmo Estado, praticado no exercício de suas funções. Não é, porém, o Estado responsável por violação do direito individual, mesmo cometida por funcionário ou preposto, se o ato, considerado culposos, não foi praticado pelo representante do Governo ou da Administração no exercício de suas funções.⁵²

⁴⁹ CASTRO, Viveiros de. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo**. 3ª ed., 1914, p. 631 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.178.

⁵⁰ PORTO CARREIRO, Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 1918, p. 236 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.178.

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.178.

⁵² OLIVEIRA SANTOS. **Direito Administrativo**. 1919, p. 126.

Hora Neto distingue de modo objetivo as diferenças entre as teorias dos atos de império e de gestão e teoria da responsabilidade subjetiva⁵³:

Com o fito de solapar em definitivo a teoria da irresponsabilidade foi gestada a teoria civilista baseada no binômio atos de império/atos de gestão. De acordo com seus enunciados, o Estado desempenhava duas classes de funções nitidamente distintas, ou seja: 1ª) denominada necessária ou essencial, à vista de que tinha por escopo assegurar a existência mesmo do Poder Público – como, por exemplo, manter a ordem constitucional e jurídica – decorrendo ela das prerrogativas e privilégios estatais, impostos unilateral e coercitivamente aos particulares e, como tal, advinda de um direito especial e exorbitante do direito comum... em uma palavra, era própria do monarca e com ele se confundia posto que, consoante já dito, o Rei era insuscetível de errar, pois praticava atos de império (**jus imperium**), incólumes de gerar direitos à reparação; 2ª) denominada facultativa ou contingente, em situação de igualdade com os particulares, exercida com o desiderato de gerir os interesses coletivos (de progresso, bem-estar, cultura) – ou melhor, atos de gestão, pelos quais o Estado podia ser civilmente responsabilizado, tal qual uma empresa privada, por atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros, desde quando os agentes públicos tivessem obrado em culpa.

Sem dúvida, tal teoria dicotômica era por demais injusta e arbitrária, quer seja pela impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado (ente abstrato, porém uno), quer seja pela dificuldade de prática de enquadrar-se este ou aquele ato administrativo como ato de gestão (**jure gestionis**) ou como ato de império (**jure imperii**), haja vista que realizando um ou outro o Estado é sempre o Estado.

Nesse diapasão, bem prelecionou Cretella Júnior, apud Yussef Said Cahali", embora apresentando inegável progresso em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão (com culpa evidente do funcionário) de modo algum é satisfatória em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de império ou de gestão. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízos por ato do próprio Estado? Por que motivo o Estado vai criar distinção cerebrina para eximir-se de responsabilidade com o fundamento de que o desequilíbrio verificado no patrimônio do particular foi produzido por ação administrativa insuscetível de crítica?

A par de tamanha iniquidade, surgiu a doutrina da responsabilidade civil subjetiva – típica do Estado Liberal ou do liberalismo econômico, de cunho eminente- mente individualista, lastreado no cânone da igualdade formal dos cidadãos entre si e perante o Estado à vista de que se tinha como postulado uma igualdade de direito, apesar de uma flagrante desigualdade de fato. Tal dogmática, como é sabido, perpassou a passagem do século XIX para o atual, passando-se

⁵³ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 14-15.

então a aceitar a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa dos seus agentes [...]

[...] o Estado responde civilmente quando o seu funcionário (este, no sentido **lato sensu**) age culposamente, ou seja, por imprudência, negligência, imperícia ou mesmo dolo. A vítima, por seu turno, cabe-lhe o ônus da prova e, de conseguinte, ao ajuizar a ação indenizatória em face do Estado, deve provar a culpa (**lato sensu**) de tal agente público, o dano (inclusive moral) e o nexo de causalidade e que, uma vez vitorioso o pedido, deve o Estado mover ação regressiva em face do funcionário culposo.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, não torna o Presidente da República irresponsável, a exemplo da constituição anterior, no entanto, da mesma monta, restringe a incidência de responsabilização estatal para os casos de abuso ou omissão comprovados⁵⁴:

Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

1.2.3 Da Era Vargas ou Segunda e Terceira Repúblicas (1930 a 1945)

O surgimento de leis protetivas ao trabalhador na Europa, a instituição da OIT, os movimentos operários dos imigrantes por melhores condições de trabalho e salário e as demais transformações ocorridas na Europa influenciaram o surgimento de normas trabalhistas no Brasil⁵⁵.

O fim da guerra civil no Rio Grande do Sul em 1923, a crise de 1929, a superprodução de café durante o período de crise alimentada por políticas de governo protecionistas e o desgaste natural da aliança rural entre os estados de São Paulo e de Minas Gerais (política do café-com-leite) podem ser apontados como os

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁵⁵GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 37.

estopins para a Revolução de 1930, que marca o fim da República Velha e inaugura a Era Vargas, que abarca a Segunda e a Terceira (Estado Novo) Repúblicas.

A Revolução de 1930 caracterizou-se como um movimento armado, comandado pelos estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, que depôs o presidente da república Washington Luís, em 24 de outubro de 1930, impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes e revogou a constituição de 1891.

A necessidade de alteração do cenário político da época deveu-se sobremaneira ao rompimento da política do café-com-leite por parte da oligarquia paulistana, indicando o paulista Júlio Prestes como então candidato à presidência da República. Como resposta, o Governador de Minas Gerais, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada apoiou o candidato da oposição, o gaúcho, Dr. Getúlio Vargas.

A Era Vargas, marcada pelo trabalhismo, é composta por três fases: Governo Provisório (de 1930 a 1934, época em que Vargas governou por decreto como Chefe do Governo Provisório), o período da Constituição de 1934 (período de intensa polarização política em que Vargas foi eleito presidente pela Assembleia Nacional Constituinte, conforme artigo 1º das Disposições Transitórias) e o período do Estado Novo (de 1937 a 1945, em que Vargas impõe uma nova constituição e dilui o congresso para "reajustar o organismo político às necessidades econômicas do país⁵⁶").

A partir de 1930, começa a surgir a política trabalhista de Getúlio Vargas, que criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e a Justiça do Trabalho, com o objetivo de solucionar conflitos entre patrões e empregados, com o Estado desempenhando papel central e com a expedição de diversos decretos pelo poder executivo estabelecendo normas referentes às questões trabalhistas.

Em meio a este cenário, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, influenciada pelo constitucionalismo social, foi a

⁵⁶ Trecho do Manifesto à Nação, discurso-manifesto de Vargas quando da instauração do Estado Novo. Disponível em <http://www.franklinmartins.com.br/estacao_historia_artigo.php?titulo=o-estado-novo-discurso-manifesto-de-getulio-vargas-a-nacao-rio-1937>. Acesso em 25 de maio de 2015.

primeira a ter normas específicas de Direito do Trabalho, tratou da ordem econômica e social, do salário mínimo, da jornada de oito horas, das férias anuais remuneradas, entre outras. Inovou também ao definir a responsabilização solidária entre o funcionário que causou o dano e a Administração nas hipóteses de responsabilidade civil por danos causados pela Administração:

Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.⁵⁷⁵⁸

Cretella Júnior compila relevantes lições acerca da Constituição de 1934 e a instituição da responsabilidade solidária em matéria de responsabilização estatal⁵⁹:

Pouco antes da Constituição de 1934, promulgada a 16 de junho, estava em vigor o Decreto nº 24.216, de 09.05.1934, cujo art. 1º excluía "a responsabilidade civil da União pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho dos seus serviços, salvo se neles forem mantidos após sua verificação",

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁵⁸ Note o relevante contributo de Moraes Filho: "Antes desta Constituição não se poderia falar em solidariedade, pois esta tem apenas duas fontes: a lei e a vontade das partes, conforme o art. 896 do Código Civil de 1916 (que continua com a mesma redação no Código Civil de 2002, art. 265): "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

A responsabilidade solidária gerava, neste caso, o litisconsórcio passivo, que é quando há mais de uma pessoa figurando no pólo passivo, como demandado na ação. A diferença entre o litisconsórcio e a responsabilidade solidária é que este é um instituto do Direito Civil, enquanto aquele tem natureza processual.

Como regra geral, o instituto da responsabilidade solidária não obriga o credor a acionar todos os devedores; ele poderia, se quisesse, propor ação apenas contra um deles, e se não tivesse sucesso na cobrança continuaria com o direito de acionar os demais devedores solidários (litisconsórcio facultativo). Entretanto, por determinação da própria Constituição, era obrigatória a citação do funcionário que causou a lesão (art. 171, § 1º). Era uma responsabilidade solidária que ensejava sempre um litisconsórcio necessário".

MORAES FILHO, Julio César Gaberel de. **Responsabilidade civil do Estado: histórico das Constituições brasileiras**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2880>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp.188-189.

disposição revogada pela Carta Magna de 1934 que, em seu art. 171, preceituava a responsabilidade solidária do funcionário com a Fazenda, devendo ambos ser demandados juntos: "os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. § 1º Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionários, este será sempre citado como litisconsorte. § 2º Executada a sentença contra a Fazenda, promoverá execução contra o funcionário culpado".

Não conseguiu o legislador o intento de beneficiar o erário. Responsável perante o credor pela responsabilidade do débito, a Administração somente poderia cobrar do funcionário causador do prejuízo a sua cota, de acordo com os princípios que regem a solidariedade passiva (Mário Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1968, pp. 287-288).⁶⁰

O Decreto 24.216, de 09.05.1934, como salienta Aguiar Dias, é "produto de pura inocência legislativa". "Ora, enquanto aí se condiciona a responsabilidade da Fazenda Pública por atos criminosos dos seus representantes à permanência no exercício após à prática do delito, a Constituição de 1934, a Carta de 1937 e a Constituição de 1946 admitem a responsabilidade da Administração por quaisquer prejuízos decorrentes de omissão, negligência ou abuso. Assim se derogou, iniludivelmente, a disposição restritiva. A responsabilidade do Estado não depende da permanência de funcionário no cargo" (Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 6ª ed., 1979, vol. 2, pp. 245-246, nota 1.024).⁶¹

Cirne Lima fulmina também com sua crítica o referido decreto, que denominou de aberrante dos princípios jurídicos pátrios, sendo, pois, felizmente, revogado: "Basta assinalar", frisou, "que tal disposição supões dever adstringir-se a vigilância da administração, no que concerne ao regular funcionamento dos serviços públicos, à só obrigação de destituir o funcionário culpado, depois de cometido o crime" (*Princípios de Direito Administrativo*, 4ª ed., 1964, p. 202).⁶²

Na vigência de nossa primeira Constituição republicana, art. 82, a responsabilidade era do funcionário público, até que sobreveio o art. 15 do Código Civil [1916], explicitando a regressividade. O princípio da regressividade tornou-se vencedor, mas é evidente que o funcionário público da pessoa jurídica de direito público pode ser citado, quando da propositura da ação (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., 1953, vol. 5, p. 263)⁶³. A Constituição de 1934 adota o *princípio da solidariedade*.

⁶⁰ MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed., 1968, pp. 287-288 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.188.

⁶¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6ª ed., 1979, vol. 2, pp. 245-246, nota 1.024 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.189.

⁶² LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**, 4ª ed., 1964, p. 202 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.189.

⁶³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2ª ed., 1953, vol. 5, p. 263 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.189.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, inaugura o Estado Novo, que é estabelecido por meio de um golpe de Estado promovido por Getúlio Vargas com o apoio de grande parte da população e dos militares. A nova constituição imposta por Getúlio foi apelidada de “polaca” por ter sido inspirada na Constituição da Polônia.

A Constituição de 1937 marca uma fase intervencionista do Estado, de cunho corporativista, que ao mesmo tempo em que colocou o trabalho como dever social, instituiu o sindicato único vinculado ao Estado, e proibiu a greve por a considerar antissocial e nociva à economia.

No tocante à responsabilidade civil do Estado, não houve alteração expressiva, tendo apenas sido extinguidos os dois parágrafos do texto constitucional anterior, que determinava a citação do funcionário como litisconsorte e a execução regressiva contra o funcionário causador do dano:

Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos⁶⁴.

O Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939, que dispunha sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil de 1916, estabeleceu em seu artigo 37⁶⁵:

Art. 37. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais serão civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem, pessoalmente, ou por seus prepostos e substitutos, estes quando de sua indicação, aos interessados no registro.

Parágrafo único. A responsabilidade civil independerá da criminal, pelos delitos que praticarem.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁶⁵ BRASIL. Decreto n. 4857, de 9 de novembro de 1939. Dispõe sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

1.2.4 Da Quarta República ou Período Populista (1946 a 1964)

A deposição de Getúlio Vargas e consequente derrocada do Estado Novo, em 1945, e a posterior a redemocratização do país, com a adoção de uma nova constituição, em 1946, marcam o fim da Era Vargas e o início do período conhecido como Quarta República Brasileira.

A Constituição de 1946, considerada democrática, assegurou o princípio da isonomia de forma minuciosa, representando verdadeira pedra fundamental para a fase objetivista ou publicista da responsabilidade estatal.

Inúmeros acontecimentos sociais permitiram o florescimento das teorias publicistas. Entre eles destacam-se a insatisfação advinda do desequilíbrio entre as partes pelo princípio da igualdade formal⁶⁶, característica do Estado Liberal; e o advento do Estado de Bem-Estar Social em que o aspecto social se sobrepuja às facetas do individual.

Hora Neto traça as linhas gerais da fase objetivista ou publicista da responsabilidade pátria, na qual, "[...] ancorada nos princípios do direito público foi originalmente gestada pela jurisprudência francesa (Conselho do Estado) a partir do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873 e, com passar dos anos, foi resultando na criação da teoria da responsabilidade civil objetiva, hoje em vigor⁶⁷".

Seguindo uma construção histórica da fase objetivista, se tem a Teoria da Culpa Administrativa, na qual Hora Neto, citando Rui Stoco (a partir da obra:

⁶⁶ Sobre o tema recomenda-se a leitura de SILVA, Nícolas Trindade da. **Da igualdade formal a igualdade material**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556>. Acesso em 2 de junho de 2015.

⁶⁷ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 13.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição), preleciona⁶⁸:

Em adiante, surgiu a Teoria da culpa administrativa, cujo conteúdo, segundo ensinança de Rui Stoco – representou o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a "falta de serviço" para dela inferir a responsabilidade da Administração. "Conforme seus postulados, procurou-se apartar a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, da culpa anônima do serviço público – quer seja pela inexistência do serviço, pelo mau funcionamento do serviço ou pelo retardamento do serviço - e que, em assim ocorrendo a falta do serviço, em quaisquer das três modalidades aventadas, caracterizado se achava o fato gerador de o Estado indenizar o dano causado a terceiro, por força do binômio falta do serviço/culpa da administração, independente de qualquer apreciação da culpa do funcionário, além da desnecessidade de a vítima identificar o funcionário, em decorrência do princípio da impessoalidade atinente à Administração.

Um pensar destituído da noção de culpa deu azo, posteriormente, à Teoria do Risco Administrativo, em que a culpa dá lugar ao nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo usuário, desconsiderando, assim, qualquer falta do serviço público ou culpa dos agentes, bastando a lesão por si só para se configurar a responsabilidade e o conseqüente dever de indenizar:

De fato, para caracterização da teoria do risco administrativo é mister apenas que a vítima demonstre o fato danoso e injusto provocado por ação ou omissão da Administração pois, consoante magistério de Hely Lopes Meirelles [MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, 16ª edição] "tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a

⁶⁸ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, p. 17.

consagrou pela primeira vez no art. 194, da Constituição Federal de 1946".

A bem se ver, a teoria do risco administrativo nada mais é do que a vigente teoria da responsabilidade objetiva do Estado - cujo postulado central proclama a presunção **iuris et de iure** de culpa do Poder Público em razão de dano provocado ao administrado decorrente de um procedimento lícito ou ilícito pois que, "ocorrendo dano, prescinde-se do dolo ou culpa, bastando ficar provado o nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal", conforme bem explicitou Lúcia Valle Figueiredo [FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1995, 2ª edição]. Por tal concepção, o Estado responde sempre perante a vítima, independente de culpa do servidor ou do serviço público, à vista de que a atuação estatal resulta permanentemente em um risco de dano - que lhe é inerente - a todos os administrados e que, uma vez consumado o evento danoso, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuíram para a formação de um patrimônio coletivo - cuja finalidade, ao fim, seria a de democraticamente suportar, em proveito do administrado lesado, o prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público.

Observe-se também, por oportuno, que em contraponto com a teoria do risco administrativo, existe a teoria do risco integral - pela qual se advoga a tese de que o Estado se acha obrigado a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima, diferentemente, pois, da teoria do risco administrativo, segundo a qual é possível o acolhimento das causas excludentes de responsabilidade do Estado, quer sejam: culpa da vítima, culpa de terceiro ou força maior.

Todavia, presentemente, a maior parte da doutrina não faz diferenciação entre as teorias do risco administrativo e a do risco integral pois que, em essência, cuidam-se da mesma responsabilidade objetiva, sendo a ambas aplicáveis, inclusive, algumas causas que excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

Destarte, é curial ressaltar que as teorias publicistas, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva estatal foram historicamente gestadas em consonância com as transformações políticas sofridas pelo Estado, a partir da concepção do Estado Social de Direito, do Estado Democrático e, presentemente, do Estado Democrático de Direito cuja tarefa fundamental "consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social", consoante lição de José Afonso da Silva [SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo. Malheiros Editores, 1992, 9ª edição]⁶⁹.

Preconiza Bandeira de Mello⁷⁰, acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva, os princípios da legalidade e da igualdade. Para as hipóteses em que se

⁶⁹ HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999, pp. 17-18.

aduz a comportamentos ilícitos, o princípio da legalidade; já para as hipóteses em que se aduz a comportamentos lícitos, o modo pelo qual o Estado reparte o ônus proveniente de atos lesivos, evitando que alguns suportem um ônus em demasia por conta de atividades que residem no interesse de todos, o fundamento é o princípio da igualdade:

Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.⁷¹

Depreende-se da leitura do *caput* do artigo que já não há que se falar em culpa; a culpa a que o parágrafo único aduz, se refere tão somente à ação de regresso que a Administração Pública pode intentar em face do funcionário, caso tenha sido sua conduta contrária à esperada. Contudo, a redação do parágrafo único não interfere na obrigação de a Administração reparar o dano causado ao administrado.

Nesse diapasão, para ensejar a responsabilização do Estado se faz necessário, nesse caso, em primeiro lugar, que o dano fosse causado por funcionário público de pessoa jurídica de direito público interno – mesmo que o referido funcionário estivesse ilegalmente investido no cargo. Ademais, o funcionário causador do dano deveria tê-lo feito na qualidade de funcionário público, ou seja, no exercício de suas funções. Por fim, imperativa a existência de nexos de causalidade entre o ato ou omissão – sendo este imputável à Administração – e o resultado dano.

Moraes Filho oferece proeminente contributo sobre a questão. A saber:

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 971.

⁷¹ BRASIL. Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

Para o particular prejudicado não importava se a atividade causadora do dano era lícita ou ilícita, e se o funcionário agiu com culpa (em sentido amplo) ou não; este último detalhe só era importante para a Administração, pois em caso positivo poderia ser ajuizada ação regressiva pedindo ressarcimento da indenização paga. Ricardo Fiúza (p. 54) [FIÚZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado. Ed. Saraiva, 2003] explica que a responsabilidade entre o Estado e o administrado é objetiva, mas a responsabilidade entre o Estado e o agente causador do dano é subjetiva, por depender da apuração de culpa.

Estas são características da teoria do risco administrativo, onde o dever de indenizar do Estado surge pelo risco criado pela própria atividade estatal – risco este que, por justiça, deveria ser suportado por todos, conforme explica Hely Lopes Meirelles (p. 611) [MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores, 2001.]:

“[...] Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina [...]”

Entretanto, o risco administrativo não significa que em qualquer caso de dano o Estado deve indenizar, senão seria o caso de risco integral⁷². O que ocorre é que o administrado não precisa mais provar a culpa da Administração, mas caso esta prove que o administrado teve culpa parcial ou total no evento danoso, a Fazenda Pública se exime total ou parcialmente do dever de indenizar.⁷³

Ainda sobre a inovação trazida pela redação do artigo 194 do texto constitucional da época, relevante análise faz Cretella Júnior:

Percebe-se, pela análise do texto da Constituição de 1946, que a *teoria do risco integral* informa, fundamentando-o, o art. 194.

Havendo *dano* e *imputabilidade* à pessoa jurídica de direito público (*nexo causal*), a indenização é devida. O Estado paga.

Por outro lado, o sujeito passivo da ação é a pessoa jurídica de direito público interno (União, Estados-Membros, Municípios, bem como toda e qualquer pessoa que o direito público criar). As pessoas

⁷² Moraes Filho faz a seguinte observação: "Para Hely Lopes Meirelles (p. 612) e Rui Stoco (p. 959), a teoria do risco integral foi abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Hely Lopes Meirelles (p. 612) diz ainda: "Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima".".

⁷³ MORAES FILHO, Julio César Gaberel de. **Responsabilidade civil do Estado: histórico das Constituições brasileiras**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2880>. Acesso em 25 de maio de 2015.

jurídicas de direito público, na órbita internacional, estão excluídas da responsabilidade constitucional de 1946.

A palavra *funcionários* é usada, no texto, em seu mais amplo sentido, abrangendo todos os que operem em nome do Estado, inclusive os agentes políticos, os chefes do Executivo, como se depreende de lei posterior, federal, que definiu o funcionário público (Lei Federal, nº 4.619, de 28.04.1965, art. 1º, parágrafo único: "Considera-se *funcionário*, para os efeitos desta lei, qualquer pessoa investida em função pública na esfera administrativa, seja qual for a forma de investidura ou a natureza da função").

Pela disposição de 1946 não se indaga a respeito da *legalidade* ou *ilegalidade* da investidura. Se o chefe da repartição, na falta de um funcionário público, aceita no serviço pessoa não-funcionária, nem regularmente contratada, e a pessoa causa danos ao administrado no exercício do cargo que lhe foi confiado em caráter excepcional, o Estado responde pelos prejuízos, com base no art. 194.

O princípio adotado pela Constituição de 1946 foi o *princípio da responsabilidade em ação regressiva*. Move-se ação direta contra a pessoa jurídica de direito público interno, perante uma das justiças (federal, estadual, municipal); não contra o funcionário público, diretamente, embora causador do dano. O Estado, réu na ação, pode requerer a citação do funcionário, visto haver conexão de causas (CPC, art. 88).

"Os interesses do Estado passaram", elucida Pontes de Miranda, "a segundo plano; não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, ou contra a pessoa de direito público interno. Há, apenas, o *direito de regresso*" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., 1953, vol. 5, pp. 520-524).⁷⁴

O período populista no Brasil se finda com a deposição do presidente eleito democraticamente, João Goulart, em 31 de março de 1964 via ação militar, inaugurando, assim, a Ditadura Militar no Brasil.

1.2.5 Da Ditadura Militar (1964 a 1985)

O regime ditatorial militar no Brasil foi instaurado em 1º de abril de 1964 e, apesar de o discurso oficial inicial ter sido fundamentado em uma intervenção de caráter breve, durou 21 anos, até 15 de março de 1985. O novo regime autoritário adotou uma diretriz nacionalista, desenvolvimentista e de oposição ao comunismo.

⁷⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 190.

Ao longo de sua existência, foram emitidos vários Atos Institucionais, culminando no AI-5, de 1968, que vigorou por dez anos, suspendendo garantias constitucionais.

A Constituição de 1946 deu lugar à Constituição de 1967, outorgada em 24 de janeiro daquele ano e posta em vigor em 15 de março do mesmo ano. Novamente, o Congresso Nacional foi dissolvido e liberdades civis suprimidas. Formalmente, a Constituição de 1946 vigorou até a promulgação da Constituição de 1967, entretanto, em razão de a Carta de 1946 ter suas principais garantias democráticas suspensas por meio dos Atos Institucionais nº 1, – de abril de 1964, que promoveu a expansão dos poderes do Executivo e limitação do Legislativo e Judiciário, cassação de mandatos políticos entre outras medidas –, e nº 2 – de outubro de 1965, que transferiu ao Congresso o poder de eleger o Presidente –, a própria noção de Constituição fica esvaziada até 1967 sendo o país "governado" via Atos Institucionais⁷⁵.

A formalização dos regramentos durante o período militar ocorre também no final da segunda metade da década de 1960 para a segurança pública, especificamente a partir de 1968, com a nova Lei Orgânica da Polícia nº 10.123 – que modificou a lei básica de 1928 (Decreto 4405-A de 17 de abril de 1928) – e com a criação da Polícia Militar em 1970 (Decreto-Lei nº 217, de 08 de abril de 1970). Apesar de formalmente estabelecidos neste período, desde o golpe o sistema de segurança interno restou subordinado às diretivas militares.

A Constituição de 1967, no tocante à responsabilidade, seguiu a mesma orientação da Carta de 1946. Cretella Júnior explicita um ponto em que diferem os textos, qual seja "[...] no tocante às pessoas jurídicas responsáveis, porque na de 1946 se falava em pessoas jurídicas de direito público interno e na de 1967 a referência abrangeu as pessoas estrangeiras de direito público [...]"⁷⁶.

Embora a redação pudesse dar azo a uma interpretação de que a responsabilidade abarcaria pessoas jurídicas de direito público interno (União,

⁷⁵ GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 124-125, 240, 254.

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 191.

Estados-Membros, Municípios, autarquias federais, estaduais e municipais, além de toda e qualquer pessoa jurídica de direito público interno brasileiro) e externo (Estados estrangeiros e pessoas regidas por regras atinentes ao Direito Internacional Público), esta interpretação não prospera na medida em que a Constituição pátria não detém aplicabilidade em face de Estado estrangeiro. Diz a Carta de 1967:

Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo⁷⁷.

Neste diapasão, José Cretella Júnior⁷⁸ também aponta as semelhanças entre a responsabilidade do artigo 105 e situações pretéritas e aprofunda o entendimento do artigo em tela:

[...] segue a de 1946, adotando o princípio da responsabilidade em ação regressiva; rejeita o princípio da solidariedade das Constituições de 1934 e de 1937, aceitando o direito de regresso; pressupõe ação movida contra a pessoa de direito público, exigindo depois o demandado a repetição do que pagou, cobrando do funcionário se houve culpa deste; se não houver culpa do funcionário, o Estado paga.

[...]

O art. 105 desdobra-se em duas partes. Na primeira, está implícita a *teoria objetiva* ou *teoria do risco integral*. O *dano causado* pelo funcionário público a terceiros empenha a responsabilidade da pessoa jurídica pública a que se acha vinculado o agente. Se o funcionário, *na qualidade de funcionário*, ou seja, no exercício do cargo ou em razão do cargo (*in officio* ou *propter officium*) causa danos a terceiros, o Estado responde. Em qualquer caso, quer haja *culpa* ou *dolo*, quer não haja a ocorrência desses elementos, como, por exemplo, no caso em que o funcionário causa dano, manejando máquina que falha (culpa da coisa). Neste último caso, o Estado responde sozinho; nos outros casos, o Estado exerce o *direito de regresso*.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, 1967 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 190.

Estende-se a responsabilidade civil do Estado aos concessionários dos serviços públicos, porque estes suportam o *risco da exploração*, embora executem obras ou explorem serviços de maneira indireta.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também seguiu o preceituado das Constituições de 46 e 67:

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. *Parágrafo único.* Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo⁷⁹.

Durante década de 1970, por conta do "milagre brasileiro" a ditadura ainda se mantinha no poder apesar das limitações já mencionadas.

A década de 1980 caracteriza-se pelo esgotamento do modelo, tanto pela inabilidade de estimular a economia e de controlar tanto a inflação crônica, herdada da era do "milagre", quanto pela crescente desigualdade de concentração de riqueza e pobreza. Esses fatores foram estopim ao movimento pró-democracia e nas consequentes eleições presidenciais de 1984 com candidatos civis.

1.2.6 Da Nova República (1985 aos dias atuais)

A sexta República brasileira tem seu início quando, após concorrer com o candidato Paulo Maluf, o opositor Tancredo Neves ganha uma eleição indireta no Colégio Eleitoral, sucedendo, assim, o último presidente militar, João Figueiredo, e pondo fim ao Regime Militar.

Tancredo falece antes de tomar posse, tendo seu vice-presidente, José Sarney, assumido a presidência em seu lugar. Sob seu governo é promulgada, em 5

⁷⁹ BRASIL. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

de outubro de 1988, a atual Constituição, que instituiu um Estado Democrático de Direito e uma república presidencialista.

O artigo 37, § 6º da atual Constituição de 1988 também seguiu o preceituado das Constituições de 46 e 67, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que assegura o direito de regresso em face do responsável pelos danos nos casos de dolo ou culpa, diferenciando-se das demais ao estabelecer a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares, lastreado na compreensão de ser questão de justiça social:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa⁸⁰.

A *posteriori*, o Código Civil de 2002 reproduziu o mandame constitucional sob a forma de seu artigo 43, *in verbis*:

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 dolo⁸¹.

Assim, excluída a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, adotada no Brasil somente enquanto Colônia de Portugal, se nota grande sofisticação do tema entre os doutrinadores pátrios, revelando a importância deste instituto. Cretella Júnior⁸² resume as teorias abordadas até então:

Salvo a *teoria da irresponsabilidade*, apenas acolhida no tempo do Brasil-Colônia, repudiada imediatamente após a Independência,

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁸¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

⁸² CRETILLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 181 e 182.

todas as demais colocações encontraram defensores entre nossos publicistas, caminhando a doutrinas pátria da posição civilística para a *publicística* e, dentro desta estruturação, dirigindo-se, numa fase a outras, para os três degraus, o da *culpa administrativa*, o do *acidente administrativo* e o do *risco integral*.

Distinguindo-se a *falta pessoal* da *falha do serviço*, mas exigindo o *dano causado*, como elemento básico para uma primeira colocação do *problema da responsabilidade*, a doutrina pátria imanta-se no sentido de indenizar o particular atingido no patrimônio, por fato ou ato que tenha como fonte, direta ou indireta, a Administração, ou seja, fornecendo elementos para a construção da *teoria objetiva da responsabilidade*, afastados, pois, os elementos pessoais ou subjetivos que se mesclam, complicando a elucidação do tema e solicitando a tomada de outros ângulos para o exame das variadíssimas espécies, ocorrentes na prática.

O exame das decisões jurisprudenciais corrobora o que afirmamos, revelando as discussões nos tribunais e as divergências dos juízes, cujas posições, diante dos casos, atestam de maneira eloqüente como estão longe de unanimidade de vistas os nossos mais insígnis magistrados.

Um ponto, porém, é bem claro em todas as colocações: a tendência cada vez maior em responsabilizar o Estado, em decorrência de prejuízos que a ação ou omissão estatal produza, bastando, para tanto, a presença de dois elementos, o *dano* e o *nexo causal*, por um lado, bem como incorrendo, na espécie, qualquer das causas excludentes da responsabilidade.

Houve dano? O dano derivou do Estado? Haverá necessariamente indenização – concluem os nossos magistrados de primeira instância e os tribunais que lhes confirmam as sentenças, quer no caso invoquem esta ou aquela teoria publicística para fundamento da decisão prolatada.

2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

San Tiago Dantas leciona que toda conduta humana que fere o Direito, objetivamente considerado, é uma conduta ilícita, uma transgressão de um dever jurídico, bem como fixa o principal objetivo da Ordem Jurídica, qual seja tutelar a conduta atinente ao Direito e reprimir a atividade daquele que o contraria⁸³:

Se tiver de definir-se o sentido fundamental da ordem jurídica, chegar-se-á, até mesmo, a conclusão de que a ordem jurídica tem um duplo sentido: proteger o lícito e reprimir o ilícito. Quer dizer: proteger a atividade do homem que se explica de acordo com o direito; reprimir a atividade do homem que se explica contrariamente ao direito. O que talvez seja o sentido exato daquela suma definição dos princípios do direito, consagrados no *Corpus Iuris: honeste vivere, alterum non ledere* (*) [* *Ulpianus*, fr. 10, D, I, 1, de *ius-titia et iure*.] – viver honestamente e não lesar a ninguém são os dois sentidos supremos da ordem jurídica.

Seguindo a esteira deste pensamento, se vê que a fonte da Responsabilidade Civil Extracontratual⁸⁴ se funda na noção de ato ilícito⁸⁵, diplomado nos artigos 186 e seguintes combinados com o preceituado no artigo 927, todos do Código Civil⁸⁶:

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

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

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

⁸³ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil - v. 1.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1982, p. 341.

⁸⁴ Ao passo que a responsabilidade extracontratual tem como fonte o ato ilícito, a contratual tem o inadimplemento. No entanto, para fins deste trabalho delimitaremos o tema à espécie extracontratual.

⁸⁵ A noção de ato ilícito aqui defendida coaduna-se com posição de dissociá-lo do conceito de culpa conforme Cavalieri Filho defende: "Entendemos que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu *aspecto objetivo*, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, por si só, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre". CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9. Assim, o ato ilícito em sentido amplo seria o fato gerador da Responsabilidade Objetiva.

⁸⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[...]

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

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

Gagliano e Pamplona Filho⁸⁷ aprofundam esse entendimento, no sentido de que a obrigação de reparar advém do dano e não da culpa:

A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*⁸⁸. O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da "proibição de ofender", ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano⁸⁹ –, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

[...]

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Cavaliere Filho amplia o conceito supracitado, distinguindo os institutos da obrigação e da responsabilidade⁹⁰:

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 46 e 47.

⁸⁸ **Fatos Jurídicos em sentido amplo** são todos acontecimentos naturais ou humanos capazes de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas. Podem ser: **fatos jurídicos naturais ou fatos jurídicos em sentido estrito** quando decorrentes da natureza, podendo ser **ordinários**, ocorrendo normalmente (nascimento, morte, prescrição, decadência), ou **extraordinários**, imprevisíveis, extraordinários (terremoto, enchente, caso fortuito (imprevisibilidade), força maior (inevitabilidade)); ou **atos jurídicos em sentido amplo** quando emanam da vontade humana, sendo por ação ou omissão, voluntária ou involuntária. Da segunda classificação decorrem o **ato ilícito**, o **ato jurídico stricto sensu** e o **negócio jurídico**.

⁸⁹ Os autores ilustram, em nota, que Ulpiano proclamou como fundamentais ao Direito três preceitos/princípios. São eles: *honeste vivere* (viver honestamente), *neminem laedere* (não lesar outrem) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda a obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que "a responsabilidade é a sombra da obrigação". Assim como não já sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.

2.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Com relação ao conceito de Responsabilidade, Cavalieri Filho nos ensina que:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge desta ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, **responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.** [...] Daí ser possível dizer que **toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.**⁹¹ [grifos nossos]

Bebem da mesma fonte Gagliano e Pamplona Filho⁹², na medida em que, para eles:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

⁹¹ idem.

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

Assim, a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se às consequências de seu ato, qual seja, a obrigação de repará-lo⁹³. **Assim, temos como elementos da responsabilidade: (i) a conduta – positiva ou negativa –; (ii) o dano; e (iii) o nexo de causalidade**⁹⁴.

2.1.1 Função

Historicamente, atribuiu-se à responsabilidade civil papéis diversos, mas relacionados entre si, tais como punir um culpado, vingar a vítima, indenizar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos antissociais. Atualmente, pode-se afirmar serem quatro as principais funções exercidas pela responsabilidade civil, quais sejam: a indenização da vítima, a distribuição dos danos entre os membros da sociedade, a prevenção de comportamentos antissociais e também a garantia dos direitos dos cidadãos⁹⁵.

Acerca da função da responsabilidade, Cavalieri Filho retoma parte de sua preleção inicial para reforçar a ideia de que a obrigação de o agente causador do dano repará-lo coaduna-se com um sentimento de justiça um dever de segurança estatal, visto que:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se **restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante***. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.⁹⁶

⁹³ Ibidem, p. 53.

⁹⁴ Para fins deste trabalho não será considerada a culpa pressuposto da responsabilidade em razão de este elemento estar fora do escopo deste estudo.

⁹⁵ TUNC, A. **La responsabilité civile**. 2ª. ed. Paris: Economica, 1989, pp. 133 e 149-155.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

Assim, nota-se que a obrigação de reparar nasce do dano e não da culpa do agente, visto que é o dano causado que rompe o equilíbrio antes firmado entre as partes. Recapitulando, a função precípua da responsabilidade é a reparação do dano na tentativa do restabelecimento do *statu quo ante*, restabelecendo a vítima à situação original em que se encontrava ou o mais próximo que se pode chegar disso.

José Afonso da Silva, sobre o dever estatal de segurança, da responsabilidade objetiva, que se sobrepõe ao risco⁹⁷ explica:

Na teoria jurídica a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. “Segurança jurídica” consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. “Segurança social” significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu o espanholismo *seguridade social*, como vimos antes. “Segurança nacional” refere-se às condições básicas de defesa do Estado. “Segurança pública” é a manutenção da ordem pública interna.

2.2 PRINCÍPIOS

Os princípios exercem papel fundamental na ciência jurídica, bem como as normas de responsabilidade civil não têm o poder de desfazer o acontecido, mas sim buscar a restituição ao *statu quo ante*. Isso significa que, uma vez ocorrido um dano, o Direito, por meio das normas de responsabilidade civil, cuida apenas de estabelecer quem deve suportá-lo. Os princípios ajudam a nortear os valores a serem preservados.

Para fins deste trabalho, importam os princípios da causa do risco, prevenção, distribuição dos danos, equidade sem deixar obstar o norte maior que é a dignidade

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 755.

humana, conforme artigo 1º, inciso III, CRFB/88, solidariedade social, disposto no artigo 3º, inciso I, da Carta Magna e justiça comutativa e distributiva.

Sobre estas últimas, Rawls⁹⁸ oferece abalizado contributo na medida em que concebe a justiça como equidade e divide a justiça em comutativa e distributiva, baseando-se nos princípios da liberdade e diferença.

Sobre a liberdade, reputa à justiça comutativa e preconiza que "cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras"⁹⁹. Assim, cada pessoa tem direito à mais ampla liberdade, que deve ser igual a dos outros e a mais extensa possível, atinente à liberdade similar dos demais indivíduos.

O princípio da diferença, por sua vez, diz respeito à justiça distributiva consolidada pelo entendimento de que "as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos"¹⁰⁰.

As desigualdades econômicas e sociais deverão ser de tal modo combatidas e norteadas à distribuição de riqueza e renda ou oportunidades, constituindo-se em prioridade da justiça diante da eficiência do bem-estar. Dessa forma, tem-se a justiça como equidade. Todos, em igualdade de condições, deverão ter acesso a oportunidades, mesmo que o resultado seja desigual. Contudo, a desigualdade será reputada como justa quando trazer vantagens para todos, a começar dos mais desfavorecidos pela sorte.

2.2.1 Causa do Risco

⁹⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

Conforme artigo de Flavia Portella Püschel¹⁰¹, pelo princípio da causa do risco, a responsabilidade fica a cargo de quem deu causa ao dano, isto é, ao sujeito que mantém a fonte do risco.

Para a autora¹⁰², esse princípio queda-se intimamente relacionado ao princípio da prevenção, na medida em que o sujeito que mantém a fonte de risco é quem a conhece melhor e está na melhor posição para evitar a ocorrência de danos – fato que se coaduna à teoria do risco integral –, garantindo a existência de um vínculo entre o evento danoso e o responsável.

2.2.2 Prevenção

Ainda de acordo com Püschel¹⁰³, conforme o princípio da prevenção, a responsabilidade recai sobre o sujeito que se queda aparado nas melhores condições para controlar e reduzir os riscos de dano.

Desse modo a responsabilidade objetiva tem um papel preventivo reduzido na hipótese em que se aplica a fatos cuja ocorrência independe do comportamento cuidadoso do agente causador do dano.

Embora impossível eliminar todos os riscos, é certo que eles podem ser majorados ou minorados em função de o modo em que a atividade é exercida, sendo certo que o sujeito que controla a fonte de risco pode, por meio de certas medidas, reduzir o risco ao nível mais baixo possível. Consoante a este pensamento, a imposição de responsabilidade é incentivadora dessa conduta.

2.2.3 Distribuição dos Danos e Equidade

¹⁰¹ PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do código civil**. Revista Direito GV 1, São Paulo, v.1, n.1, p. 091-107, maio 2005, p. 98.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

Püschel¹⁰⁴ oferece comparação ilustrativa entre o princípio e a função da distribuição dos danos. Assim, a responsabilidade deve ser atribuída ao sujeito em melhores condições para repartir o prejuízo, de modo que um número maior de pessoas o suportem, diminuindo o fardo individual.

Ainda para a autora, "segundo o princípio da equidade (referido às vezes pela expressão *richesse oblige*), a responsabilidade se atribui a quem tem as melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico"¹⁰⁵. Apesar de insuficiente se considerado isoladamente, constitui importante ferramenta complementar.

2.3 ESPÉCIES

Muitos autores oferecem diferentes divisões doutrinárias no que se refere às espécies de Responsabilidade. Enquanto uns adotam o critério de divisão entre responsabilidades contratual e extracontratual, Cavalieri Filho¹⁰⁶ analisa as espécies sob a ótica da conduta do agente, sob a justificativa de que se o elemento nuclear da responsabilidade é a conduta voluntária violadora de dever jurídico, deve-se analisar suas espécies sob o prisma de onde provém este dever e qual o elemento subjetivo da já referida conduta.

Sendo assim, as espécies de responsabilidade são: quanto à violação de um dever jurídico, a responsabilidade pode ser dividida em civil ou penal¹⁰⁷; quanto à relação jurídica obrigacional preexistente, em contratual ou extracontratual; quanto à noção de culpa, em subjetiva e objetiva; e, por fim, cita como espécie também a

¹⁰⁴ Ibidem, pp. 98-99.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 99.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 13-17.

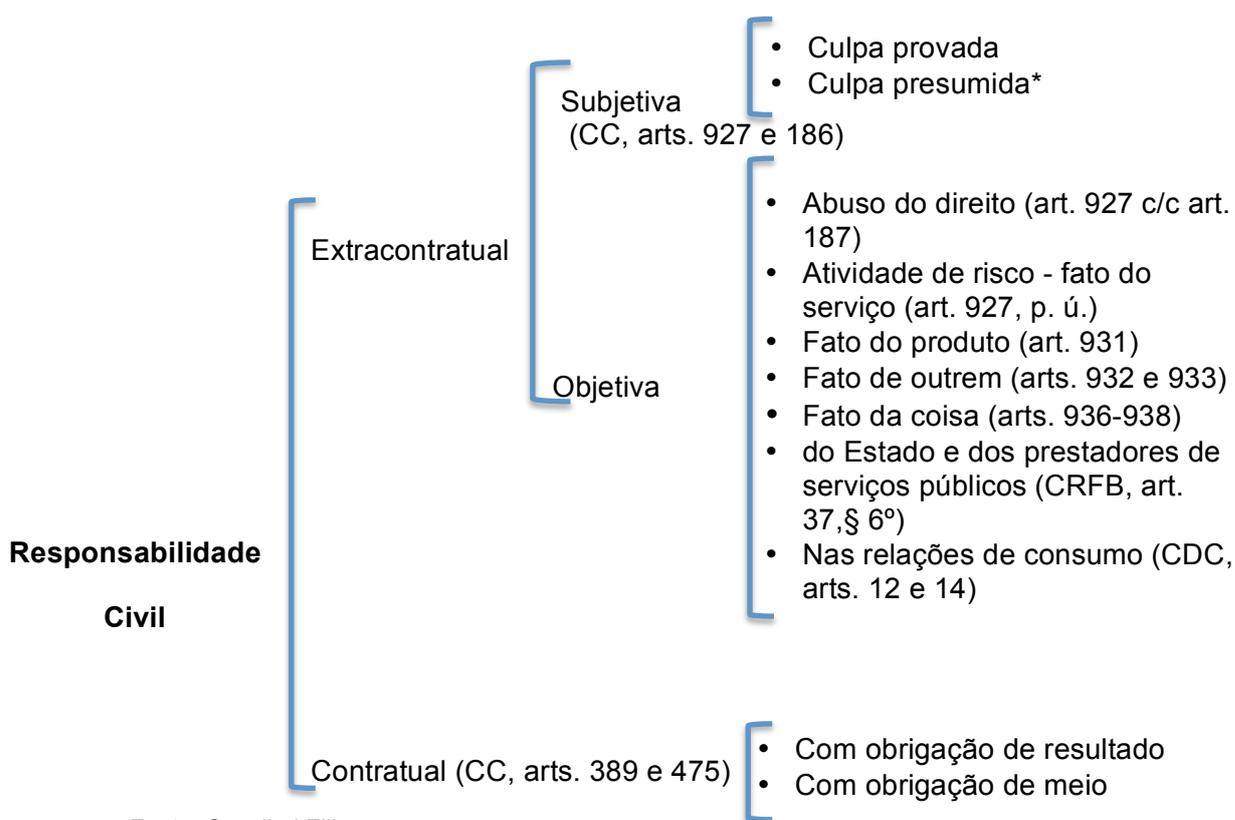
¹⁰⁷ Cavalieri bem diferencia: Ambos, como já ficou dito, importam violação de um dever jurídico, infração da lei. Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito civil é um *minus* ou *residum* em relação ao ilícito penal. Em outras palavras, aquelas condutas humanas mais graves, que atingem bens sociais de maior relevância, são sancionadas pela lei penal, ficando para a lei civil a repressão das condutas menos graves. Ibidem, p. 14.

responsabilidade nas relações de consumo, que conforme Cavalieri define¹⁰⁸, trata-se de responsabilidade objetiva, que se alicerça no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo.

O foco deste trabalho, no entanto, se resume à responsabilidade objetiva, extracontratual em que o Estado figura num dos polos da relação jurídica. Assim, relevante diferenciar, na Teoria Geral da Responsabilidade, as espécies quanto à relação jurídica obrigacional preexistente – contratual ou extracontratual – e quanto à noção de culpa – subjetiva ou objetiva, tratar as causas de exclusão de ilicitude para enfim abordar as Teorias Explicativas da Responsabilidade Estatal, tema já abordado incidentalmente ao longo do capítulo anterior.

Por fim, Cavalieri Filho oferece esquema didático para o posicionamento conceitual-doutrinário da responsabilidade, que segue reproduzido¹⁰⁹:

Figura 1 - Esquema didático para o posicionamento conceitual-doutrinário da responsabilidade



¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

¹⁰⁹ Figura 1. Ibidem, p. 20.

Conforme ensinamentos da professora Patricia Ribeiro Serra Vieira, a culpa presumida, hipótese de Responsabilidade Civil extracontratual subjetiva, faz parte de uma construção jurisprudencial fulcrada no artigo 17 do decreto-legislativo 2681/1912, cujo benefício processual se dá pela inversão do ônus da prova da vítima. No entanto, atualmente não há mais culpa presumida no Código Civil de 2002, sendo somente aplicável este instituto nos casos de culpa contra a legalidade no campo da responsabilidade civil envolvendo acidentes de trânsito.

2.3.1 Responsabilidade Quanto à Relação Jurídica Obrigacional Preexistente

A Responsabilidade quanto à relação jurídica obrigacional preexistente pode ser Contratual ou Extracontratual.

Quem infringe dever jurídico *lato sensu* de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar. Esse dever, diga-se de passagem, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente, isto é, um dever oriundo de contrato avençado entre as partes, ou, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de Direito, ou até mesmo advindo de lei.

Desse modo, os doutrinadores dividem o instituto da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a saber: se preexistir um vínculo obrigacional e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, tem-se a responsabilidade contratual (ilícito contratual ou relativo); no entanto, "se esse dever eclode em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto"¹¹⁰. Ricardo Pereira Lira *apud* Cavalieri Filho e o próprio Cavalieri Filho¹¹¹ vão além:

[...]“o *dever jurídico* pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos,

¹¹⁰ LIRA, Ricardo Pereira. **Ato Ilícito**. Revista de Direito da Procuradoria-Geral 49/85-86 *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.

Se a transgressão se refere a um dever gerado em negocio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado *ilícito* contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos.

Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o *ilícito* é *extracontratual*, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

Ilícito extracontratual é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei”, enquanto que ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato (“Ato ilícito”. Revista de Direito da Procuradoria-Geral 49/85-86).

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresenta a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica.

O Código Civil regula a responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, em seus artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, já reproduzidos previamente, e a espécie contratual em seus artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes e 475¹¹².

¹¹² Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.

Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

2.3.2 Responsabilidade Quanto à Noção de Culpa

Na hipótese de Responsabilidade quanto à noção de culpa, em que se tem as modalidades objetiva e subjetiva¹¹³, Cavalieri oferece a seguinte explanação:

A ideia de culpa esta visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra *culpa* esta sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre e possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

[...]

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

[...]

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

¹¹³ Os pressupostos da responsabilidade subjetiva são: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros [...].

Com relação às espécies subjetiva e objetiva, disciplinadas nos artigos 927 e 186 e 927 parágrafo único e – principalmente – nos artigos 927 c/c 187 respectivamente, o Código Civil iguala as responsabilidades, informadoras de todo o sistema jurídico, com gradação da extensão do dano na indenização, conforme artigos 944 e seguintes do Código Civil¹¹⁴:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.
Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

2.3.3 Causas Excludentes de Ilícitude e de Responsabilidade Estatal

Conforme já abordado, nem sempre o ato danoso é ilícito, assim como nem todo ilícito resulta em dano, podendo haver outras consequências jurídicas além da indenizatória tais como a nulidade, a perda de um direito material ou processual entre outros.

O art. 188 do Código Civil¹¹⁵, já reproduzido anteriormente, prevê pressupostos em que a conduta do agente, embora danosa, não viola dever jurídico, isto é, não está sob censura da lei e, por isso, dão azo à exclusão da ilicitude. Tal como no Direito Penal, a atividade do agente é preponderante apesar do dano que

¹¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

¹¹⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

venha a causar; se está de acordo com a lei, é, portanto, lícita. O ato é lícito porque aprovado pelo ordenamento jurídico.¹¹⁶

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Assim, não constituem ato ilícito os praticados no exercício regular de um direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade. O exercício regular de um direito nada mais é que o direito exercido regularmente, conforme seu fim econômico e social, boa-fé e bons costumes, excluindo o abuso do direito.

A legítima defesa segue definida no art. 25 do Código Penal¹¹⁷: "Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)".

Sob este prisma, o agente que se vir em face de agressão injusta, atual ou iminente, em que caso não reaja sofrerá dano injusto, se faz legítima a defesa e lícito o ato, excluindo a obrigação de indenizar o ofendido pelo que vier a sofrer em virtude do impedimento à sua agressão¹¹⁸. Cavalieri Filho continua:

O *estado de necessidade* ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente. O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para remoção do perigo.

Quando o direito de alguém está em conflito com o direito de outrem, a lei permite que o conflito seja resolvido pelo desaparecimento ou

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 18-19.

¹¹⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19.

cessação transitória do direito menos valioso do ponto de vista ético e humano.

Entre a legítima defesa e o estado de necessidade há traços comuns: a lesão de um interesse alheio e o fim de afastar um dano. Porém, enquanto a legítima defesa exprime uma reação ou repulsa contra injusta agressão de outrem, o estado de necessidade tem essencialmente o caráter de ação como ataque ou defesa contra um perigo não proveniente de agressão de outrem.

O que há de peculiar nesta matéria é que o Código Civil, em seu art. 929, não obstante configurado o estado de necessidade, manda indenizar o dono da coisa, pelo prejuízo que sofreu, se não for culpado do perigo, assegurado ao autor do dano o direito de regresso contra o terceiro que culposamente causou o perigo (art. 930). A mesma solução alvitra o Código, no parágrafo único desse art. 930, contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa. São hipóteses de *indenização por ato lícito*, que têm por fundamento a equidade, e não a responsabilidade [...].

As excludentes da responsabilidade do Estado por falha na prestação do serviço se configuram em determinadas situações em que não houver nexos causal entre a conduta – omissiva (uma omissão) ou comissiva (uma ação)¹¹⁹ – do agente do Estado e o dano suportado pelo particular.

Esta exclusão de responsabilidade se firma em face da força maior, do caso fortuito, da culpa exclusiva da vítima e do fato de terceiro. Por esta razão, defendem Gagliano e Pamplona Filho¹²⁰ que o caso fortuito e a força maior, assim como a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro, atacam o nexo causal do dano perpetrado e não o elemento accidental da culpa.

A força maior é fenômeno natural, **inevitável** e capaz de causar dano a outrem. São exemplos de força maior as chuvas torrenciais, maremotos, secas,

¹¹⁹ Em apertada síntese, as condutas podem ser positivas ou negativas. E podem ser próprias ou impróprias. Assim, a **conduta comissiva própria** se caracteriza pela prática de qualquer ato que cause dano a outrem. É a ofensa física ou moral. **Conduta comissiva imprópria**, por sua vez, é a prática abusiva de uma conduta lícita. É o abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil. A **conduta omissiva própria** se dá pela não ação ou pela inação quando, com segurança, se poderia agir para evitar um dano alheio. A omissão de socorro é o exemplo clássico. Por fim, se trata de **conduta omissiva imprópria**, ou **comissiva por omissão**, na hipótese em que alguém, em situação na qual a lei determina especificamente que ela deveria agir, se omite. É a hipótese do garantidor, do guarda-vidas, do curador, do tutor, entre outros, quando não cumprem o que legalmente deveriam cumprir, quedando-se em omissão imprópria e, por ser sua omissão relevante ao sistema jurídico, terão suas condutas equiparadas às condutas comissivas.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 168, 171 e 173.

entre outros. O caso fortuito, por sua vez, constitui-se de atividade **imprevisível aos olhos do homem médio** proporcionadora de resultado danoso¹²¹.

O Estado resta impotente ante a inevitabilidade, imprevisibilidade ou impossibilidade de dar conhecimento antecipado de modo a prevenir o que deu azo a tais fenômenos, justificando, assim, a exclusão de sua obrigação de indenizar eventuais danos causados. No entanto, caso a omissão do Estado potencialize ou dê causa aos prejuízos sofridos, o Poder Público será obrigado a compor os prejuízos, em razão do nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano.

Desse modo, o que enseja a responsabilidade estatal não será apenas a força maior ou o caso fortuito, mas o desleixo estatal de nada ter feito quando não só era possível prever tal fenômeno e suas consequências como também evitá-las. Sobre o tema, os autores citam a distinção promovida por Saulo José Casali Bahia:

Tratando da responsabilidade civil do Estado, por exemplo, que analisaremos mais detidamente em capítulo próprio, SAULO JOSE CASALI BAHIA lembra a distinção entre o caso fortuito interno e o caso fortuito externo:

“O caso fortuito interno ocorreria a partir da atividade da própria administração. Seria um fato imprevisível, mas atrairia responsabilidade civil ao Estado. Isto porque deve-se entender que a atividade estatal criou um risco. Se a administração se coloca no mundo físico, guiando um carro, construindo um edifício, fez surgir, pelo só fato da sua atividade, um risco para os demais. Reparará, portanto, por este risco que criou. Pouco importa que a barra de direção do veículo oficial houvesse partido pelo acaso ou o edifício público desabado pela ação das chuvas. Como se vê, não se exige a presença de culpa. A teoria é objetiva (risco administrativo).

Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados casos fortuitos externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Neste caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva como excludente). Num exemplo: ninguém poderá reclamar responsabilidade civil do Estado se um raio caiu sobre sua residência e danificou o telhado”.

A tese é, sem dúvida, atrativa.

Todavia, parece-nos que, no rigor metodológico, muito do que se chama de “caso fortuito externo” seria, simplesmente, a ausência de conduta humana (comissiva — a prática de ato danoso, ou omissiva — a não observância de deveres legais de conduta) imputável ao sujeito responsabilizado (no caso, à Administração).

¹²¹ Ibidem, p. 167.

Havendo como identificar a conduta do responsabilizado, que assumiu os riscos de sua atividade, somente a efetiva quebra do nexos causal poderá ensejar o reconhecimento da excludente mencionada de responsabilidade civil¹²².

A culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro também excluirão a incidência de responsabilidade estatal, pois, caso a vítima ou um terceiro tiverem agido com culpa **exclusiva** na produção do evento danoso, o Estado ficará excluído da responsabilidade de indenizar as lesões, por quebra do nexos causal, vez que o Estado não pode ser responsabilizado por um fato a que não deu causa.

Havendo concorrência de culpa ou causas, fica obrigado a indenizar. Entretanto, é importante salientar que o fato de terceiro dar azo à excludente de responsabilidade encontra pouca acolhida em nossos tribunais a ver a Súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

2.4 TEORIAS EXPLICATIVAS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Embora já abordado ao longo do trabalho, será retomado o tema, em apertada síntese, em razão de sua importância didática, uma vez que tão relevante quanto o contexto histórico em que apareceram essas teorias, sua diferenciação é igualmente imperativa.

2.4.1 Teoria da Irresponsabilidade

“*The king can do no wrong*”. O brocardo inglês que atesta a infalibilidade do Rei e, por consequência, escusa a responsabilização do Estado por entender que o

¹²² Ibidem, pp. 170-171.

"Estado era, por si só, a expressão da lei e do Direito, sendo inadmissível a ideia de concebê-lo como violador da ordem que teria por dever preservar"¹²³.

Paulatinamente essa visão deu lugar à de responsabilidade civil do Estado, não sem antes explorar concepção bipartite estatal entre atos de gestão (*iure gestionis*) e atos de império (*jus imperii*), na qual permitia-se a responsabilização estatal enquanto praticante de atos gerenciais somente conforme construção jurisprudencial.

2.4.2 Teorias Subjetivistas – Culpas Civilística, Administrativa, Anônima, Presumida (falsa teoria objetiva) e Teoria da Falta Administrativa

Conforme mencionado no item anterior, pouco a pouco começou-se a conhecer da importância da responsabilização do Estado na culpa do agente, sendo fundamental o caráter anímico para tal. Lastreada na concepção de que os agentes eram prepostos estatais, para a **Teoria da Culpa Civilística**, o Estado deveria ser obrigado a reparar os danos causados por seus representantes no caso de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, cabendo assim o imperativo de rigorosa seleção – e eleição – de seus representantes e contínua vigilância dos mesmos, sendo, por esta razão, uma responsabilidade indireta.

Já pela **Teoria da Culpa Administrativa** ou do **Acidente Administrativo**, Gagliano e Pamplona Filho esclarecem¹²⁴:

Em vez de partir da visão do agente público como um preposto ou representante do Estado, passa-se a encará-lo como parte da própria estrutura estatal, pelo que, se gerar dano, o faz em nome da própria Administração, uma vez que é dela apenas um instrumento. Os novos parâmetros para aferição da responsabilidade estatal são, agora, a culpa *in committingo* e a culpa *in omittendo*, ou seja, o elemento subjetivo seria respaldado na ação e omissão dos seus agentes.

¹²³ Ibidem, p. 244.

¹²⁴ Ibidem, pp. 246-247.

Como observa ANA CECILIA ROSARIO RIBEIRO, com “o surgimento desta teoria, a responsabilidade estatal deixa de ser indireta (teoria da culpa civilística), passando a ser direta. Agora, basta que o particular demonstre o dano, o comportamento do funcionário e o nexo de causalidade, entre ambos, posto que o agente é considerado instrumento do Estado, agindo por conta e em razão deste. Com isto, resta evidente a influência da teoria organicista, pela qual o ato do funcionário passou a ser compreendido como ato da Administração”.

Destacado por vários autores que se debruçaram especificamente sobre o tema, o famoso caso Blanco constituiu-se um marco para o reconhecimento de tal teoria e a tomada de sua orientação.

Relatemos, em apertada síntese, o referido precedente jurisprudencial, ocorrido na França, com julgamento em 1.º-2-1873: a jovem Agnes Blanco, ao atravessar a rua da cidade de Bordeaux, na França, foi atropelada por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Inconformado, seu pai ajuizou ação de indenização contra o Estado, pleiteando a reparação perante os tribunais civis. Tendo sido suscitado o conflito de atribuições, o Tribunal de Conflitos decidiu pelo julgamento perante o Tribunal Administrativo, deixando consignado que “A responsabilidade que pode incumbir ao Estado em razão da culpa de seus agentes não pode ser regida pelos princípios que estabelece o Código Civil para as relações de particulares com particulares; essa responsabilidade não é nem geral nem absoluta; ela exige regras especiais que variam segundo as modalidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com o dos particulares”.

Em note de rodapé, os mesmos autores ilustram posicionamento que vai ao encontro da adoção dessa postura pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja¹²⁵:

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já apresentou manifestação seguindo esta visão: “Responsabilidade civil do Estado — Danos causados a particular — Casos em que o poder público é obrigado a ressarcir danos causados a particulares, ainda mesmo inexistindo qualquer ato ilícito, desde que o serviço haja irregularmente funcionado. A responsabilidade do Estado em relação aos particulares não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil” (STF, 2.ª Turma, Rel. Min. Rocha Lagoa, RE 9.917).

Na Teoria da Culpa Anônima, ou Falta Anônima, tem-se seu berço também na jurisprudência francesa¹²⁶ ante à dificuldade em se individualizar o agente estatal causador do dano, como defendido na culpa administrativa, em razão não só do

¹²⁵ Ibidem, p. 247.

¹²⁶ Diferente da culpa administrativa, na falta anônima, em razão de falta de consenso doutrinário, podem ser citados dois casos paradigmáticos precedendo essa teoria: os casos Pelletier e Anguet.

gigantismo estatal, como também da impessoalidade na prestação de serviços, restando à vítima a impossibilidade de buscar reparação. Desse modo, a nova teoria exige tão somente a prova de que a lesão adveio da atividade pública – e não mais do funcionário individualizado – para a responsabilização do Estado.

Na **Teoria da Culpa Presumida (falsa teoria objetiva)**, tem-se uma variante da teoria da culpa administrativa, em que igualmente há responsabilidade direta, sendo o funcionário, também, visto como instrumento do Estado, mas *a contrario sensu* da culpa administrativa, na teoria da culpa presumida há presunção da culpa do Estado, com adoção do critério de inversão do ônus da prova.

Por fim, na **Teoria da Falta Administrativa** tem-se que tão somente a falta do serviço estatal já caracterizaria a culpa da Administração, sendo desnecessário o elemento subjetivo da conduta do agente estatal, mas sim, a falta do serviço em si mesmo. Em note de rodapé, os mesmos autores ilustram como os tribunais pátrios lidam com esta teoria¹²⁷:

Nessa linha, noticiou a Revista Consultor Jurídico, de 4-11-2002:
“No meio do caminho — Prefeitura e condenada a indenizar por queda em bueiro

O município de Belo Horizonte foi condenado a indenizar Heber Magalhaes em R\$ 4 mil por danos morais. Ele caiu em um bueiro de 3,40 metros de profundidade por 1,90 metro de largura. Na Justiça, alegou que teria engolido líquidos contaminados na galeria que recebe esgotos de toda a região. O fato teria afetado-lhe de forma física, psicológica e moral.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais acatou os argumentos. De acordo com os autos, o acidente teria ocorrido a noite. Magalhaes teria ficado preso durante aproximadamente uma hora até a chegada do corpo de bombeiros para fazer o resgate.

O relator do processo, desembargador Kildare Gonçalves, entendeu que ficou demonstrada a falta de sinalização em buraco na via pública, o que caracteriza a responsabilidade civil do município. Nesse caso, segundo o desembargador, encontra-se presente o nexu causal.

Gonçalves lembrou que o buraco causador da queda foi negligentemente mantido na rua. Também afirmou que não há por que imputar à vítima a participação no incidente que resultou o dano

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 248-249.

sofrido, já que não era previsível que, à noite, em um passeio na via pública, houvesse um enorme bueiro aberto”.

E também¹²⁸:

“Tratamento médico. Exterior. Reembolso. Constatada a forma de leucemia gravíssima que acometia a recém-nascida filha do autor, que necessitava, com urgência, de transplante de medula óssea, sua família procurou o único hospital em território nacional habilitado, àquela época, a realizar tal intervenção. Sucede que, pela grande demanda e longa lista de espera, foram aconselhados a buscar tratamento no exterior, pois não se poderia, aqui, realizar a cirurgia a tempo de salvá-la. Buscaram, então, auxílio financeiro junto ao Inamps, que se quedou silente. Com parte dos recursos necessários obtidos em outras entidades, contraíram empréstimos e venderam bens, conseguindo custear, assim, a intervenção. Infelizmente, mesmo após a operação, a menina não resistiu e veio a falecer, sendo interposta ação de cobrança com a finalidade de reaver os valores gastos, o que resultou na condenação da União, sucessora do Inamps. No REsp, a União sustenta que, naquele momento, por regulamento, a concessão desse tipo de auxílio estaria suspensa. Prosseguindo o julgamento, após voto de desempate, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, ao fundamento de que, se estavam esgotadas no país todas as possibilidades do tratamento, urgente e imprescindível como sobejamente provado, e diante do silêncio da autoridade competente, a exigência de prévia autorização para reembolso resta afastada, quanto mais se o art. 60 do Dec. n. 89.312/1984 a excepciona em casos de força maior. Admitir sustar todo o custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes e negar o direito fundamental à saúde e à vida, sentenciando o paciente a morte. O Min. Franciulli Netto aduziu que, diante das peculiaridades, o silêncio do Inamps poderia ser entendido como aquiescência e que, defronte de direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática” (STJ, REsp 338.373-PR, Rel. originaria Min. Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Min. Laurita Vaz, j. 10-9-2002).

Os autores complementam a explanação, citando Di Pietro¹²⁹:

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a culpa do Estado ocorre com o não funcionamento do serviço público (inexistência), com o seu funcionamento atrasado (retardamento) ou, ainda, quando funciona mal (mau funcionamento).

Nestes três casos, ocorrerá a culpa do serviço, independentemente de qualquer inquirição a respeito da falta do funcionário.

¹²⁸ Ibidem, p. 249.

¹²⁹ Idem.

Assim, o que nos parece relevante, na adoção dessa teoria, é justamente que, além dos três elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil, prove-se também, para o reconhecimento da omissão estatal, justamente o seu dever de agir, com a demonstração de que, não se omitindo, haveria real possibilidade de evitar o dano.

2.4.3 Teorias Objetivistas – Teorias dos Riscos Administrativo, Integral e Social

Embora muitas vezes a doutrina entenda como teoria objetiva a mera inversão do ônus probatório, a tendência no reconhecimento de hipóteses de responsabilização estatal sem aferição de culpa é inegável e prestigia o princípio da *restitutio in integrum* relacionados aos danos e violações dos direitos de cidadania oponíveis face ao Estado.

Nesse diapasão, três teorias foram concebidas: a do Risco Administrativo, a do Risco Integral e a do Risco Social. Sobre o **Risco Administrativo**, Gagliano e Pamplona Filho asseveram¹³⁰:

A ideia de risco administrativo avança no sentido da publicização da responsabilidade e coletivização dos prejuízos, fazendo surgir a obrigação de indenizar o dano em razão da simples ocorrência do ato lesivo, sem se perquirir a falta do serviço ou da culpa do agente. Como observa o Mestre SILVIO VENOSA, por essa teoria “surge a obrigação de indenizar o dano, como decorrência tão só do ato lesivo e injusto causado a vítima pela Administração. Não se exige falta do serviço, nem culpa dos agentes. Na culpa administrativa exige-se a falta do serviço, enquanto no risco administrativo é suficiente o mero fato do serviço. A demonstração da culpa da vítima exclui a responsabilidade civil da Administração. A culpa concorrente, do agente e do particular, autoriza uma indenização mitigada ou proporcional ao grau de culpa”.

Alguns doutrinadores, entre eles Caio Mário Pereira, reportam sinônimas a **Teoria do Risco Integral** e a do Risco Administrativo. No entanto, o risco integral enseja a responsabilidade civil estatal em qualquer situação, desde que presentes no caso em concreto os três elementos essenciais – conduta, dano e nexos causal –,

¹³⁰ Ibidem, p. 251.

desprezando-se, assim, quaisquer excludentes de responsabilidade, assumindo a Administração Pública o risco integral pelos danos provenientes da sua atuação.

Por fim, a **Teoria do Risco Social**, ou responsabilidade sem risco, parte do pressuposto que se o

"[...] Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e estabilidade, seria dever do Estado repará-lo. O que releva não é mais individuar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar".

Com tal teoria, prescinde-se, inclusive, da conduta humana atribuível ao Estado, através de seus agentes, para lhe responsabilizar.

Em exemplo apresentado por JOSE DE AGUIAR DIAS, tal teoria poderia ser aplicada nas situações em que sejam desconhecidos os autores dos delitos, nos casos em que estes empreendam fuga sem deixar bens ou sejam insolventes.

Para não deixar a vítima sem qualquer reparação, assumiria o Estado o ônus da prova de repará-la, sem prejuízo do direito de regresso contra o real causador do prejuízo, que restaria preservado.

Esta representa a última fase da responsabilidade civil do Estado, no entender do aqui multicitado SAULO CASALI BAHIA, para quem, todavia, seu advento é muito mais anunciado do que acontecido¹³¹.

2.4.4 Teoria Adotada no Sistema Jurídico Pátrio

Embora parte da doutrina discorde dessa fundamentação, Gagliano e Pamplona Filho creditam ao **Risco Administrativo** a teoria adotada no sistema jurídico pátrio, visto que em relação à Administração Pública a responsabilidade é objetiva e as teorias do risco integral e risco administrativo independem da conduta do agente.

Também não prospera o posicionamento de tratar-se de Culpa Presumida nem de Falta Administrativa, visto que aqui, a culpa da vítima é quebra de nexo de causalidade – seja por estado de necessidade, legítima defesa, caso fortuito e força maior, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro – e não por ausência de elemento subjetivo,

¹³¹ Ibidem, p. 252.

qual seja, a culpa. Importa salientar que a adoção de uma teoria não implica o afastamento das demais, fato que depende da análise do caso concreto.

É essa também a posição de Cavalieri Filho. Para o autor, Já se fala em avaliação da conduta estatal desde o Absolutismo com sua Irresponsabilidade estatal, passando pela culpa anônima com seu *faute du service* – que nada mais é do que o dever de indenizar pela falta do serviço e não do servidor, do agente administrativo –, até a adoção, no Direito pátrio, de uma concepção relativa à responsabilização objetiva do Estado, independente da culpa, a partir da concepção do risco que a atividade estatal acarreta aos administrados, bastando haver um liame, um nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente para ser configurada a responsabilidade em repará-lo.

É a partir da Constituição de 1946 que a responsabilidade objetiva do Estado ficou positivada e fundada no risco administrativo. No entanto, a CRFB de 1988 ampliou o escopo da proteção ao considerar não mais o funcionário, mas o agente público como representante do Estado (Art. 37, § 6º, CRFB/88)¹³².

Sem prejuízo à noção de culpa concorrente (concorrência de causas), o Estado não é obrigado a indenizar a força maior, o caso fortuito e o fato exclusivo da vítima ou de terceiro, visto que são causas excludentes do nexo de causalidade.

Faz-se imperativo lembrar novamente que, dada a redação do artigo 37, § 6º, CRFB/88, a Constituição adotou a Teoria do Risco Administrativo e não a do Risco Integral, sendo que, com isso, conforme assevera Cavalieri Filho:

A expressão o seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem

¹³² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp.238-246.

essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como nem por que responsabilizá-lo¹³³.

Além disso, os fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva do Estado foram didaticamente tratados pelo ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do RE 262651/51, impondo-se sua integral reprodução:

Primeiro, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos (maneira objetos perigosos, cria situações perigosas, etc.) Esses riscos são da essência da atividade administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, que são indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade. O risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano. O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos. Para alguns autores, em especial os franceses, esse segundo fundamento englobaria o primeiro, de sorte que a obrigação imposta ao Estado de indenizar o particular em caso de dano a ele causado resultaria, em essência, do fato de que não seria justo que alguém suportasse sozinho os ônus decorrentes de uma atividade exercida em benefício de toda a sociedade. Aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum, a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas. O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos vem em socorro dessas pessoas que sofrem os prejuízos decorrentes da ação estatal, fazendo com que os danos por ela sofridos sejam compartilhados por toda a coletividade. Esta, em apertada síntese, é a “*rationale*” da responsabilidade civil do Estado, recepcionada em toda a sua amplitude pela Constituição brasileira de 1988, que diz expressamente, no art. 37, § 6º, ser ela aplicável ao concessionário de serviço público¹³⁴.

¹³³ Ibidem, pp.246-247.

¹³⁴ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido. (STF - RE: 262651 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 16/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-05-2005 PP-00038 EMENT VOL-02190-03 PP-00428 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 254-281 RDA n. 240, 2005, p. 273-287 RTJ VOL-00194-02 PP-00675)

E por Serra Vieira, em trecho de nota de rodapé, que diz:

Impõe-se destacar, neste ponto, que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendam (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da ilicitude ou não do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417).

A ausência de qualquer desses pressupostos basta para descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado, especialmente quando ocorre circunstância que rompe o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial¹³⁵.

2.4.5 Impossibilidade da Responsabilidade Objetiva do art. 37, § 6º, CRFB/88

Consoante o que foi abordado nas páginas anteriores, reputa uma impossibilidade jurídica o enquadramento dos atos danosos praticados por multidões na Responsabilidade Objetiva encaixilhada no artigo 37, § 6º, CRFB/1988 pois essa hipótese incide sobre atos praticados por agentes públicos e aos que lhe sejam equiparados, ficando excluídos, por isso, os danos produzidos por uma multidão, na medida em que se configuram como atos produzidos por terceiros que não os agentes públicos ali mencionados devendo ser, conforme doutrina mais clássica, subjetiva, posição adotada por Sterman e outros¹³⁶, calcando-se principalmente no artigo 186 do Código Civil, a responsabilidade fundada na culpa.

¹³⁵ SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74.

¹³⁶ Em artigo selecionado para o Conpedi 2014, Buzanello posiciona, ao lado de Sterman, nomes como Pontes de Miranda, Celso Antonio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entre outros. Em polo oposto, Toshio Mukai, Odete Medauar, Álvaro Lazzarini, Yussef Said Cahali e outros. BUZANELLO, José Carlos. **Depredação do patrimônio por fato multitudinário: imputação de responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92f61e23e398bc62>>. Acesso em 08 de junho de 2015, p. 18-20.

Conforme já defendido por Serra Vieira, faz-se mister analisar a questão da responsabilidade por danos causados a terceiros principalmente em âmbito coletivo pela socialização do risco. Defende a autora:

Sabe-se que, no campo jurídico, a solidariedade é admitida se oriunda de lei ou de contrato. A abordagem, contudo, apesar de considerar sempre a imposição legal acerca deste instituto jurídico, pretende ir além, no intuito de ensejar uma cultura e/ou uma política social de indenização para os danos coletivos em geral.

A responsabilidade civil por danos causados a terceiros, sobretudo no âmbito coletivo, é um dos temas mais contemporâneos e instigantes, no que diz respeito à responsabilidade objetiva, não só por se constituir em um caminho que vem sendo percorrido, mas por culminar na proposta de socialização do risco.

A solidariedade não pode ser vista como solução única e ideal para todas as questões suscitadas na sociedade contemporânea, mas demonstra ser um bom recurso à proposta de estruturação de uma teoria de responsabilidade civil objetiva no âmbito coletivo.

Gostaríamos de chamar a atenção para a possibilidade de organização de uma sociedade mais solidária, com bases de cunho pluralista e participativo, tendo realmente a sua força motriz na conjugação da natural diversidade da vida social e de políticas públicas efetivadas por um Estado socialmente preventivo.

A nossa crítica, levantada com base nas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que têm se apresentado diante das várias especificidades de responsabilidade objetiva, dá-se pelo fato de os doutrinadores brasileiros não se valerem de fundamento exclusivo da responsabilidade civil objetiva e de levarem a entender, por diversas vezes, que esta é mera extensão da subjetiva, sendo concebida com apoio na análise acerca do ato ilícito, o qual, ao contrário, sempre se caracterizou pela manifestação da culpa. Para, afinal, entenderem, mesmo diante da incidência, em maior volume, de situações que implicam riscos sociais, que a responsabilidade civil subjetiva é a regra, sendo a objetiva aplicável pela via da exceção.

Dos idos de 1970 em diante, as discussões doutrinárias relativas aos novos pressupostos da responsabilidade civil foram aprofundadas, valendo-se da conclusão de que sobre a vítima não deve recair o ônus de perquirir quem e em que grau lhe foi causado dano. Sua única preocupação é a de se ver ressarcida.

Nessa fase surgiu, com veemência, como inerente ao processo de evolução do instituto, o trabalho com a modalidade de dano coletivo, tomando-se a pessoa no seio de uma coletividade, e não lhe pertencendo o direito ao ressarcimento, à primeira vista, no sentido individualista.

De acordo com essa perspectiva, a seguridade social ainda aparece como o sistema de distribuição a ser aplaudido pelos doutrinadores contemporâneos por se basear na padronização do risco segundo critérios econômicos.

A política de seguridade, sempre proclamada diante dos fenômenos de objetivação e coletivização de responsabilidade, e apresentada nesta obra, não com lastro no sistema americano – apesar da cultura ali existente sobre seguros –, mas no direito europeu, visto como

mais condizente com a tradição romanística, bem referenciada pelo direito francês e pelos países latinos, substrato da teoria de responsabilidade civil brasileira. Logo, ressalta-se, abandonamos o sistema americano por não desejarmos idealizar um trabalho sobre seguros, mas apenas proceder à abordagem do instituto de responsabilidade civil tendo como pilar a solidariedade.

Com esse intento, o método filosófico nos permite fazer um exame crítico, enquanto o dogmático nos facilita a empreitada na redefinição de conceitos existentes, possibilitando a análise dos variados sentidos das normas legais, a partir dos princípios básicos que orientam o referido instituto jurídico.

Cabe ainda destacar que a evolução do instituto jurídico da responsabilidade civil, também de cunho coletivo, vem traduzindo, por via reflexa, as modificações econômicas, sociais e políticas do próprio corpo social, como não poderia deixar de ser.¹³⁷

Assim, usando como exemplo o sistema europeu de seguridade social – que se baseia na padronização dos riscos segundo critérios econômicos, se valendo de noção de coletividade – como pressuposto explicador e paradigmático da responsabilidade civil tendo como pilar a solidariedade, a responsabilidade passa a ser entendida como reflexo do corpo social e do grau de maturidade de uma dada sociedade em um dado recorte temporal, sendo expressão da teoria tridimensional do direito como proposta por Reale e previamente abordada neste trabalho.

¹³⁷ SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

3 ESTADO, MOVIMENTOS DE MASSA E FATOS MULTITUDINÁRIOS

A responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários esbarra em uma lacuna doutrinária que culminou em uma polarização acerca de se a responsabilização estatal neste caso se daria pela constituição, com sua responsabilidade objetiva, ou se pela culpa civil.

Mais ainda, se cabe a discussão entre condutas omissivas e comissivas neste caso, visto que, pela doutrina que defende a posição objetiva, a omissão do agente é causa e não condição, e, para a corrente subjetiva, a omissão é condição e não causa, na medida em que falhou em não conter a multidão.

Prado¹³⁸ oferece análise de dados estatísticos sobre os julgados do STF e STJ acerca da responsabilidade por omissão estatal em que, segundo ele, o STF adota a teoria objetiva nos casos de omissão, enquanto o STJ aderiu à subjetividade na responsabilização estatal.

Semelhante análise promove, em artigo, o professor Cesar Caldeira¹³⁹ no qual analisa seis casos que versam sobre depredações e saques praticados por movimentos multitudinários do final dos anos 1950 até 1998. O autor explica o entrave doutrinário e jurisprudencial¹⁴⁰:

O princípio-garantia da responsabilidade objetiva do Estado, presente desde a Constituição de 1946 até hoje, não responsabiliza o poder público pela reparação de danos causados por atos predatórios de terceiros. Porém, quando a lesão do patrimônio ou do direito do cidadão ocorre por omissão da autoridade competente, a Fazenda Pública vincula-se à obrigação de indenizar o prejuízo, restando-lhe o direito de regresso contra o responsável pela omissão. Conforme será analisado nos casos encontrados, é

¹³⁸ PRADO, Fabiano Ribeiro do. **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão no Âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/fabiano-ribeiro-prado.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2015.

¹³⁹ CALDEIRA, Cesar. **Responsabilidade civil do estado por omissão na área de segurança pública: o problema dos danos causados por multidões no tribunal de justiça do estado do rio de janeiro**. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2007 - volume 8, n. 1, p. 9-47.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 10.

indispensável que se evidencie o nexo de causalidade entre a omissão das autoridades e os danos praticados pela multidão (fato de terceiros). Neste ponto reside a dificuldade fundamental, pois a doutrina normativa dominante tem adicionado ao requisito constitucional do nexo causal, exigências construídas para criar obstáculos insuperáveis à responsabilização do Estado por omissão. Típica barreira acrescentada indevidamente é a exigência de que haja uma comunicação prévia à autoridade policial da iminência do saque ou da predação pela multidão. Outro empecilho introduzido sub-repticiamente é um padrão de contornos nada severo de “caso fortuito”, que alegado em defesa do Estado serve para excluir sua responsabilidade e recusar pleitos contra a omissão da polícia de manutenção da ordem pública.

A defesa do Estado nos casos de movimentos multitudinários é feita pela construção de argumentos de que sua responsabilidade, caso exista por fatos de terceiros, é subjetiva. As decisões judiciais tem aplicado a doutrina da “falta do serviço”, com uma apreciação bastante lata da excludente do “caso fortuito”. Mesmo assim, dos seis casos encontrados, o Estado foi condenado em três (Apelação Cível nº 40.928, Apelação Cível nº 14.466, e Apelação Cível 3.800/98), em dois não foi responsabilizado por maioria (Apelação Cível nº 4545/90, e Embargos Infringentes nº 78/91 na Apelação Cível nº 4545/90).

Tendo em vista os posicionamentos díspares, não há que se falar em um consenso, muito menos em um avanço no campo da responsabilização por omissão e por movimentos multitudinários. Espera-se, no entanto, que a reflexão e o espírito crítico perdurem e que tragam luz a tema ainda tão obscuro.

Porém, antes de adentrar-se em questões doutrinárias mais densas, importante conceituar, classificar e delimitar os movimentos de massa e suas espécies.

3.1 MANIFESTAÇÕES COLETIVAS MOVIMENTOS SOCIAIS OU DE MASSA

Movimentos sociais se traduzem por serem manifestações coletivas decorrentes de movimentos sociais, populares ou de massa que se orientam a um fim comum por um dado momento, viabilizando distintas formas de organização

popular, comumente de caráter reivindicatório ou como forma de expressar demandas ou organizá-las. Sterman assevera¹⁴¹:

Os *movimentos sociais* constituem o *gênero* das manifestações coletivas, cuja primeira espécie são os *movimentos multitudinários*, por se caracterizarem como o *modo mais rudimentar de reivindicação social*, no qual a multidão causa depredações em propriedades públicas ou privadas e danos físicos a pessoas ou aos seus bens móveis.

[...]

Agrupamentos de pessoas, em decorrência da conscientização dos direitos sociais e políticos, passaram a reivindicar espaços, muitas vezes sem esse modo primário de agir dos integrantes dos movimentos multitudinários, organizando-se de forma participativa e utilizando-se de outros meios de pressão para atingir seus objetivos.

Para Boaventura de Sousa Santos, esse crescimento foi devido aos “movimentos pela ampliação do político”, observando ainda que, nos anos 80, na América Latina, a democratização teve como efeito “ao inserir novos atores na cena política, instaurar uma disputa pelo significado da democracia e pela constituição de uma nova gramática social.”

O aumento desses movimentos e as mudanças dos objetivos das demandas sociais são decorrentes de inúmeros fatores, como a globalização ou a antiglobalização, a democratização de regimes políticos, as recentes ideologias políticas, as alterações dos padrões culturais em virtude do desenvolvimento econômico, científico e tecnológico, a conscientização dos direitos fundamentais e da noção de cidadania. Na década de 90, Jose Eduardo Faria já advertia para o aparecimento dos “novos movimentos sociais”.

A consequência dessa ordem social foi a inserção de outros atores para serem objeto de apreciação pelo direito, trazendo uma modificação no enquadramento jurídico da matéria.

[...] *movimentos sociais* [...] [são compreendidos] “como ações coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população de se organizar e expressar suas demandas”.

Entre eles, tem-se os movimentos sociais urbanos, conforme definidos por Ruth Corrêa Leite Cardoso, citada na obra de Sterman¹⁴²:

[...] *movimentos sociais urbanos* são compostos dos seguintes aspectos: distinção das formas tradicionais de atuar na política (partidos e sindicatos), proposição de formas específicas de participação porque afirmam novas identidades sociais; são formas de resistência contra a situação vigente; são manifestações coletivas contra o Estado, trazendo um potencial de transformação da situação vigente.

¹⁴¹ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 117-118.

¹⁴² Ibidem, pp. 118-119.

Serão analisados os movimentos sociais que *possam ter reflexos nas ações promovidas pelos particulares contra o Estado*, considerando-se sua ação efetiva, isto é, se há produção de danos a pessoas, aos seus bens móveis e semoventes, ou a seus bens imóveis, capazes de gerar responsabilização do Estado, em razão do exercício inadequado do seu poder de polícia.

De fato, na *ação concreta*, os movimentos *in genere* adotam diferentes estratégias, desde uma simples denúncia, até a pressão direta, na qual se inserem mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, movimentos pacíficos e distúrbios à ordem constituída, com depredação a propriedades - movimentos multitudinários, ou com atos de desobediência civil e negociações, dentre outros.

Sobre o direito de resistência, o professor e orientador deste trabalho, José Carlos Buzanello¹⁴³ assevera que:

O direito de resistência se relaciona com o direito constitucional, já que é ele que dispõe sobre os limites do poder político e os direitos e garantias fundamentais do cidadão. O núcleo de desenvolvimento teórico e prático do direito de resistência assenta-se no reconhecimento do direito da liberdade de expressão e manifestação. A resistência está concebida para ser exercida pelo cidadão por meio da liberdade, condição necessária para a existência de um Estado democrático. O espírito humano precisa de liberdade de ação e autonomia de vontade – por serem elementos formadores da “natureza humana”.

Buzanello vai além¹⁴⁴:

A resistência termina com a restauração da ordem justa dos bens fundamentais da vida de cada um ou da coletividade. Assim, se apresenta não só como um direito, mas também como uma obrigação que remonta suas origens religiosas. Na verdade, o problema do direito-dever de resistência é reconduzível à relação liberdade-autoridade, ao longo do qual se desenvolve a história das sociedades humanas e dos Estados. Os temas referentes ao direito de resistência dizem respeito ao funcionamento do sistema de poder, às estruturas de governo, aos agentes políticos, às práticas sociais e às instituições jurídicas.

¹⁴³ BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2014, p. XXI.

¹⁴⁴ Idem.

Afirma, por meio de importante doutrina:

O direito de resistência é quase sempre um direito político, mas transcende-o, em alguns casos, para tornar-se direito cível e penal. A resistência se enquadra na natureza de direito político por tecer a questão do poder entre os indivíduos, entre os indivíduos e os grupos e entre todos esses e o Estado, e vice-versa. De outra forma, o direito de resistência é um direito para se ter direito, isto é, um direito secundário que supõe que seu exercício está em favor do gozo de um direito primário, como a vida, a justiça, a dignidade humana, a propriedade. Somente se justifica no caso de descumprimento de algum direito primário, tanto que opera quase sempre de forma similar ao direito de defesa, pois aquele que resiste a uma ordem ilegal e injusta defende-se, não se prestando, contudo, a excesso, violência ou abuso de qualquer tipo.

Desta forma, a política e o direito se tornam junções articuladas no poder estatal. O ato político tem vocação jurídica de tal forma que todos os Estados e regimes (capitalista, socialista, republicano, monárquico, democrático e tirânico) organizam-se por meio do direito. Qualquer tirania busca uma estrutura legal; assim sucedeu com os Atos Institucionais do regime militar no Brasil, após o golpe de 1964. Desta forma, o regime se legaliza, mas não se legitima. Não é sem motivo que o direito de resistência nos remete à discussão da legitimidade do poder político, social e jurídico. Nesse entorno, estão os elementos legitimadores e as condições materiais da sociedade civil, dos direitos fundamentais, da Constituição, do poder político e do Estado¹⁴⁵.

E conclui:

O advento da resistência abre uma nova discussão sobre os “direitos fundamentais”. O intuito [...] não é tanto o de limitar a resistência à realidade constitucional, mas o de dotá-la de um sentido próprio na teoria do direito – um direito fundamental “atípico”. Ao estruturá-lo como elemento do direito constitucional, não se pode perder de vista a sua natureza “atípica” e as características estruturais ali contidas, pois, conforme as circunstâncias, coloca-se fora ou dentro das formas jurídicas; vale dizer, de sua racionalidade e estrutura lógica e retórica da teoria do direito.

[...] O exercício do direito de resistência está concebido dentro dos marcos da regularidade constitucional, como forma limitativa do poder estatal e da ação governamental. Propugna-se, dessa forma, pela unidade teórica das espécies do fenômeno da resistência (objeção de consciência, greve política, desobediência civil, autodeterminação dos povos e o direito de revolução, independentemente das suas extensões que tomaram assento constitucional, já que essas espécies de resistência podem atuar de forma contraditória, ao manter, transformar ou deformar os ambientes político-jurídicos¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Ibidem, p. XXII.

¹⁴⁶ Ibidem, p. XXII-XXIII.

Movimentos de massa nada mais são que movimentos que se dão a partir de agrupamentos de populares tendo várias espécies de acordo com caracteres de lesividade entre outros. Como espécies de movimentos sociais ou de massa, temos, conforme Gandini e outros¹⁴⁷, a rixa, o linchamento, os movimentos ufanistas, o terrorismo, o piquete grevista, o saque e depredação, os movimentos populares, a revolução (inclusive civil), os atos de guerra e a represália. Importa, para fins deste trabalho, somente a espécie multitudinária. Sobre o tema, Sterman doutrina¹⁴⁸:

Os outros movimentos sociais, dependendo da atuação efetiva de seus participantes, podem ser de vários tipos *populares*, como os dos sem-teto, dos sem-terra, de natureza pacífica, os ufanistas, as torcidas organizadas de futebol e também os de fundo religioso, de opção sexual, de afrodescendentes, de indígenas, de democracia participativa, a favor ou contra a globalização, a globalização alternativa, de direitos humanos, de mulheres, sendo que muitos já se tornaram organizações não governamentais (ONGs), como a dos ambientalistas, a da luta pela biodiversidade, da educação, da saúde, do comércio e dívida externa, de imigrantes, de jovens etc. No entanto, há movimentos sociais conservadores, segundo ensinamentos de Maria da Glória Gohn, que não intenciam nenhuma ruptura do *status quo* vigente, como os de caráter nacionalista, religioso, racial, enquanto há outros constituídos a partir de práticas sectárias, destrutivas e de total negação dessa ordem social. Nesse contexto, incluem-se *duas* diferentes *organizações*, *as criminosas e as terroristas*.

3.1.1 Conceito

Para Sterman, os movimentos multitudinários são a espécie mais rudimentar entre os movimentos sociais e, conforme se depreende da leitura de Buzanello, guardam íntima relação com a resistência. Cretella Júnior¹⁴⁹ abarca os movimentos multitudinários entre as espécies de fatos que obrigam o Estado a indenizar, lado a

¹⁴⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; RANGEL, Luciana Rastelli et al. **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários. Sua natureza objetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2676>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

¹⁴⁸ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 119-120.

¹⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 105-117.

lado dos fatos de guerra, revoluções, falhas no serviço postal, nas escolas, nas obras públicas entre outros. Cretella Júnior os define como:

Movimentos multitudinários são deslocamentos de povos ou de parte da população, como conseqüência de fatos sociais, políticos ou econômicos que ocorrem num dado momento histórico [...].

Os chamados *movimentos multitudinários* provocam a intervenção dos agentes policiais encarregados da manutenção da ordem pública, no exercício legítimo do *poder de polícia* de que são detentores, já que cabe ao Estado a garantia da propriedade particular e a integridade física do cidadão, devendo empenhar-se nisso do melhor modo possível.

Nem descurar, nem exercer mal a função de polícia, censurável a incúria como censurável a violência desnecessária, o *poder de polícia* deve, tanto quanto possível, obedecer aos três limites ou barreiras que lhe impõe o Estado de direito e que não devem ser ultrapassados: os direitos dos cidadãos, as liberdades públicas e os privilégios individuais assegurados pela Constituição e pelas leis.

A força policial pode, relativamente aos *movimentos multitudinários*, conservar-se omissa ou agir. Da ação policial podem decorrer danos. Da omissão também. Agindo ou omitindo-se, o agente público policial pode causar prejuízos ao administrado e à própria Administração. A omissão configura a *culpa in omittendo* e a *culpa in vigilando*.¹⁵⁰

O autor reforça o caráter de imprevisibilidade dos movimentos de massa e ilustra caso de omissão estatal já em 1930:

Os *movimentos multitudinários*, motins populares ou movimentos de massa, nas praças públicas e nas ruas, tem conseqüências imprevisíveis. Sabe-se como principiam. Não se pode prever como terminam.

[...]

Os exemplos são freqüentíssimos. Em 4 de outubro de 1930, um jornal da Bahia é empastelado pela multidão. Pedem-se garantias. A força policial comparece, mas assiste impassível a depredação, sem nada poder fazer.

A omissão, embora justificada, dos agentes encarregados da manutenção da ordem pública, tomou o Estado responsável pelos danos, decidindo a Justiça que “a tendência não só doutrinária como jurisprudencial é situar o problema da responsabilidade civil do Estado, no campo do direito público, fora do conceito civilístico da culpa” (Acórdão de 03.01.1946, do STF, em *RDA*, 10:141). Ocorre, no caso, algo que se equipara à *força maior*, ao *dano fatal*, o que excluiria a responsabilidade do Estado.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 212-213.

¹⁵¹ Ibidem, pp. 213-214.

Em apresentação de projeto de pesquisa, Buzanello assevera:

O tema “fatos multitudinários” é controverso na doutrina e na jurisprudência. De qualquer forma, dois elementos informam a questão teórica: ato de multidão e de conduta danosa a terceiros. Para José Cretella Júnior os movimentos multitudinários são “deslocamentos de povos ou de parte da população, como consequência de fatos sociais, políticos ou econômicos que ocorreram num dado momento histórico”.¹⁵²

Com base no apresentado acima, e conforme definição dada por Sterman, citada no artigo já mencionado:

Os sociólogos estudam os movimentos de multidão sob ângulo diverso do jurídico, expressando-se da seguinte forma: "A multidão é um monstro sem cabeça, porque dentro da multidão o indivíduo se despersonaliza e acaba agindo de um modo que contraria a sua conduta isolada".

Partindo desse conceito, a autora Sônia Sterman dá um enfoque jurídico ao tema e conclui que "os movimentos violentos produzidos pelas multidões nada mais são que a liberação do irracional do inconsciente de cada indivíduo que foi reprimido pelo movimento político-social anterior", não deixando de ressaltar que não pretendia eleger um conceito único de multidão, até mesmo porque este conceito sofrerá variações de acordo com a época histórica e com o ordenamento vigente”.¹⁵³

Com isso, Buzanello oferece um conceito provisório para o fato multitudinário, a saber:

é o caso típico de conduta danosa perpetrada diretamente por multidões, não sendo esses agentes públicos, mas que ensejam responsabilidade do Estado. Tais fatos de massa são perpetrados por particulares, com interesses convergentes, praticando uma conduta penal (violência) que causam danos aos bens do Estado ou de particulares, inseridos em um contexto de anormalidade jurídico-política, ligados ao caráter de reivindicação, em regra, e têm conotação política e sócio-econômica.¹⁵⁴

¹⁵² Projeto de pesquisa apresentado em 2010 acerca da Responsabilidade Civil do Estado por Fato Multitudinário, p. 3.

¹⁵³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; RANGEL, Luciana Rastelli et al. **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários. Sua natureza objetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2676>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

¹⁵⁴ Projeto de pesquisa apresentado em 2010 acerca da Responsabilidade Civil do Estado por Fato Multitudinário, p. 7.

Em artigo posterior, Buzanello amadurece conceito para fato multitudinário:

Assim, conceitua-se como caso típico de conduta danosa perpetrada diretamente por multidões, perpetrado por particulares e não sendo esses agentes públicos, com interesses convergentes, praticando com violência contra pessoas (conduta penal) e/ou que causam danos ao patrimônio público ou privado, inseridos em um contexto de anormalidade político-jurídico e social, ligados ao caráter de reivindicação genérica ou específica.¹⁵⁵

Por fim, Gandini oferece conceito semelhante, sendo praticados por um grupo indeterminado, em caráter reivindicatório, permeados por um dado contexto social, dotado de convergência, e, ao exteriorizarem seu manifesto, causam danos a particulares, praticando conduta penal que, se analisada individualmente, seria o transgressor punido com as sanções previstas na lei penal às condutas típicas praticadas¹⁵⁶.

Consoante artigo apresentado no Conpedi 2014, Buzanello oferece conceitos operacionais consubstanciados a uma teoria geral dos fatos multitudinários e seu universo de aplicação e vedação doutrinária. Entre eles, especialmente relevantes os conceitos atinentes aos movimentos sociais e protestos, a saber:

Movimentos Sociais [...] são movimentos de agregação social, organizados ou não, que propõe suas reivindicações, com ou sem o uso da violência, decorrente de fato econômico, social ou político. Já Manuel Castells diz que o “movimento social tem raízes na injustiça fundamental de todas as sociedades, implacavelmente confrontadas pela aspiração humana de justiça e de mudança social”. Segundo Francesco Albertoni, os movimentos sociais se classificam em duas categorias: agregados e de grupo. Os agregados baseiam-se em comportamentos similares e não formam laços de identidade. Os de grupo são fenômenos em que os comportamentos similares dão

¹⁵⁵ BUZANELLO, José Carlos. **Depredação do patrimônio por fato multitudinário: imputação de responsabilidade civil.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92f61e23e398bc62>>. Acesso em 08 de junho de 2015, p. 6.

¹⁵⁶ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; RANGEL, Luciana Rastelli et al. **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários. Sua natureza objetiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2676>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

origem a novas coletividades e existe uma consciência do destino comum do grupo.

[...]

Os protestos são atos de resistência política, de desobediência civil. Chama-se “desobediência civil” porque os que protestam veem que não cometem nenhum ato de transgressão da obrigação jurídica, julgando, por sua própria consciência, que estão agindo de forma adequada. Dessa forma, não reconhecem ao Estado o direito de punir os seus integrantes¹⁷. O problema da justificação jurídica da desobediência civil se inscreve no contexto da crise de legitimidade dos procedimentos de defesa da ordem político-jurídica, como consequência da defesa da Constituição em razão da materialidade do direito constitucional.¹⁸ A desobediência civil, nesse caso dos protestos, opera com várias disjuntivas de justificação: faz a negação de uma parte da ordem jurídica, ao pedir a reforma ou a revogação de um ato oficial (tarifas públicas) mediante ações de mobilização pública junto aos órgãos de decisão do Estado. A desobediência civil, assim entendida, opera com mecanismo indireto de participação da sociedade (protestos públicos), já que não conta com suficientes canais participativos junto às esferas do Estado, ou já não funcionam ou as queixas nem terão qualquer efeito. Esses fatos chamam-se resistência ativa, que impunham uma sanção moral aos governantes, pois esses “não” respondem aos anseios da população, que querem participar da vida nacional, mas os “canais” institucionais estão bloqueados ou já não funcionam, as queixas não serão ouvidas ou não são suficientes junto às esferas do Estado.¹⁵⁷

Acerca dos protestos ocorridos em junho de 2013, Buzanello discorre consoante classificação proposta por Albertoni:

O fenômeno desses protestos contemporâneos, ora em análise, seria segundo essa classificação de Albertoni, movimentos sociais agregados, pois não formam laços de identidade e estão mais preocupados em assegurar direitos sociais existentes ou a ser adquiridos para as suas clientelas, são reivindicatórios e não revolucionários e, ao mesmo tempo, recusam a política de cooperação entre as agências estatais e as associações. Usam as redes sociais, a mídia, para buscar seus intentos.¹⁵⁸

¹⁵⁷ BUZANELLO, José Carlos. **Depredação do patrimônio por fato multitudinário: imputação de responsabilidade civil.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92f61e23e398bc62>>. Acesso em 08 de junho de 2015, pp. 4 e 12.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 4.

3.1.2 Pela Adoção do Termo Fato Multitudinário

Relevante contributo de Buzanello ao adotar a terminologia de fato multitudinário em contraposição à de movimento multitudinário. Isto porque, retomando lição basilar da propedêutica jurídica, **Fatos Jurídicos em sentido amplo** são todos acontecimentos naturais ou humanos capazes de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas. Podem ser: **fatos jurídicos naturais ou fatos jurídicos em sentido estrito** quando decorrentes da natureza, podendo ser **ordinários**, ocorrendo normalmente (nascimento, morte, prescrição, decadência), ou **extraordinários**, imprevisíveis, extraordinários (terremoto, enchente, caso fortuito (imprevisibilidade), força maior (inevitabilidade)); ou **atos jurídicos em sentido amplo** quando emanam da vontade humana, sendo por ação ou omissão, voluntária ou involuntária. Da segunda classificação decorrem o **ato ilícito**, o **ato jurídico stricto sensu** e o **negócio jurídico**. Assim, parece acertado o uso da terminologia fato multitudinário para reforçar a relevância para o direito do fenômeno social e alçá-lo à categoria de instituto jurídico.

3.2 A PSICOLOGIA DAS MULTIDÕES

Se a multidão é um monstro sem cabeça, porque dentro da multidão o indivíduo se despersonaliza e acaba agindo de um modo que contraria a sua conduta isolada, a psicologia entre outras ciências buscou desvendar os mistérios da conduta multitudinária.

Elias de Oliveira, em obra de 1966, analisa e critica os contributos de Scipio Sighele, Gustave le Bon, Sigmund Freud, entre outros e propõe classificação clássica voltada ao direito penal com relação às multidões, objetivos e motivo de organização da turba, podendo ser lícitas ou ilícitas, essas últimas sendo antissociais, imorais, proibidas em contraposição às amparadas pelo direito de reunião¹⁵⁹.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Elias de. **Criminologia das multidões**: crimes de rixa e crimes multitudinários. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1966.

Gonçalves Viana trata da figura do homem-massa, definindo suas características, tais como a credibilidade, mediocridade, fanatismo, sugestibilidade, duplicidade (conformistas e inconformistas, progressistas e retrógradas), amoralidade, fatuidade (julgar-se superior), religiosidade (mesmo quando ateias as massas creem misticamente). Apresenta, ainda, a ideia de fio-condutor que pode ser: paixões exacerbadas, esperanças ou ambições violentas, promessas sedutoras, medos ou terrores coletivos, orgulho ferido, ódio a partidos, famílias ou seitas, agressividade excitada, desejo de vingança, espírito de destruição¹⁶⁰.

Gustave Le Bon¹⁶¹, tornou-se referência no estudo das multidões não só por sua obra, como também por ter inspirado Freud¹⁶² na escrita de "Psicologia das Massas e Análise do Eu".

A intertextualidade entre ambas as obras é grande, tanto que Freud dedica um capítulo inteiro à ideia de "alma coletiva" e às observações sobre o comportamento das massas, contidas na primeira parte do livro de Le Bon.

O contributo mais relevante de Le Bon diz respeito à diluição das diferenças individuais que se produz entre os membros da "multidão psicológica", analisando o caráter inconsciente das motivações das massas, que "pensam por imagens" e agem guiadas pelo poder hipnótico de certos líderes, escritos que Viana e Oliveira reproduzem igualmente.

Freud, no entanto, extrapolou as observações iniciais de Le Bon acerca do contágio, prestígio, carisma, hipnose relativos aos líderes, mas não se satisfaz com as explicações propostas. Freud então promove uma significativa quebra de paradigma, tornando-se relevante teórico da psicologia de massas do século 20, na medida em que defende a apropriação do líder, por parte dos membros da massa por meio de mecanismos de identificação com os ideais de função paterna, de regramentos, de conduta, de vedação, entre outros, que ele representa.

¹⁶⁰ VIANA, Mário Gonçalves. **Psicologia das massas multitudinárias**. Porto: Editorial Domingos Barreira, 19(...). 336 p.

¹⁶¹ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. trad. Mariana Sérvulo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

¹⁶² FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013.

Assim, ao se identificarem com o ideal, a massa se sente dispensada do julgamento de seu próprio (*super*) eu restando a disponibilidade das massas para a violência e delinquência que nenhum de seus membros, isoladamente, teria coragem de praticar.

Enquanto Le Bon despreza as multidões por considerá-las raça inferior composta de indivíduos primevos, Freud equipara a psicologia das multidões à do neurótico comum, atribuindo aos fenômenos de massa o caráter universal do inconsciente humano.

3.3 A INCAPACIDADE DAS MASSAS

Atinente a esta linha de raciocínio conforme o contributo da psicologia, resta difícil não atinar à inimputabilidade do sujeito em um comportamento multitudinário, visto que impossibilitado o sujeito de fazer julgamentos conforme seu próprio eu.

Ana Carolina Brochado Teixeira trata dos fatores redefinidores do regime das incapacidades:

A integridade psíquica se consubstancia no discernimento completo e é a mola propulsora da concessão da plena capacidade de exercício. Discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as conseqüências dos seus atos. Por isso, fala-se em liberdade responsável. É sobre essa "categoria das liberdades", ligada essencialmente à autonomia privada, que se está a tratar.

[...]

Atrelando direito, coerção e responsabilidade, João Baptista Villela também trouxe significativas contribuições sobre o entendimento contemporâneo da liberdade. Afirmo que liberdade só é possível quando o homem tem embutida em seu íntimo a responsabilidade, sendo dispensáveis forças externas a ele, ou seja, a coerção, para que ele viva em sociedade.¹⁶³

¹⁶³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Integridade psíquica e capacidade de exercício**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, RJ, v. 9, n. 33, p.3-36, jan. 2008, p.17.

Teixeira discorre ainda, em outro artigo, sobre o estudo do regime das incapacidades que, apesar de ter praticamente a mesma estrutura do código de 1916, passou a ser interpretado sob um viés existencial (em contraposição a um patrimonialista) e norteadado pela Constituição. Diferencia capacidades de fato (prática de atos da vida civil; capacidade para querer e de entender) e de direito (atributo da personalidade; aptidão para a titularidade de direitos e deveres; bastando o nascimento com vida para se ser titular). Sobre o discernimento, explica:

Discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as conseqüências dos seus atos. Por isso, fala-se em liberdade responsável.

O discernimento hoje é bastante valorizado em razão da ampliação do conceito de saúde, que não mais se limita à integridade física, mas alcança, também, o âmbito psíquico, razão pela qual a Organização Mundial de Saúde conceitua saúde como tutela da integridade psicofísica [Saúde é "estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de infecções e enfermidades" (preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, adotada pela Conferência Sanitária Internacional em Nova Iorque em junho de 1946)].¹⁶⁴.

¹⁶⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Deficiência psíquica e curatela**: reflexões sob o viés da autonomia privada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 10, n. 7, p.64-79, dez. 2008/2009, p. 73.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FATO MULTITUDINÁRIO

4.1 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Onofre Mendes Júnior *apud* Cretella Júnior trata da responsabilidade como justiça social¹⁶⁵:

Onofre Mendes Junior, que considera a responsabilidade do Estado um problema de justiça social (*Natureza da responsabilidade da administração pública*), salienta que, “sendo objetivo do Estado a realização do bem comum, que é o de todos e o de cada um, assim como não se pode sacrificar o direito da coletividade em benefício do indivíduo, também não é lícito o sacrifício do direito individual, em benefício da coletividade, sem a conseqüente *reparação*. Se o Estado pudesse impunemente oprimir o indivíduo, prejudicando-o em seu *direito* ou em seus *legítimos interesses*, em proveito da coletividade, evidentemente a repetição desse gesto importaria, afinal, em ameaça à própria sobrevivência do regime. É que a repetição do fenômeno, em extensão ilimitada, geraria uma diminuição cada vez maior do patrimônio privado, em benefício do patrimônio público (*Direito Administrativo*, 2ª ed., 1961, vol. 1, p. 314).

“O dano a um elemento individual da coletividade significa, teoricamente, a diminuição do patrimônio da mesma coletividade. O enriquecimento desta, representada pelo Estado, é transitório, se figurar a hipótese da repetição do dano, em extensão indefinida, alcançando diversos patrimônios privados, cujo definhamento reverterá em prejuízos à própria coletividade, pela redução das fontes de iniciativa privada que, em conjunto, contribuem, com o seu desenvolvimento, para o fortalecimento da coletividade” (Onofre Mendes Junior, *Direito Administrativo*, 2ª ed., 1961, vol. 1, p. 314).

[...]

“Se, em vez dessa situação, o Estado pudesse apropriar-se *ad libitum* do patrimônio de todos, sem qualquer indenização, resultaria disso uma alteração da ordem jurídica e do regime. Nesse caso, nada haveria que indenizar, certamente; mas, ao regime de respeito à propriedade privada, sucederia o da estatização ou coletivização total da propriedade. O problema da responsabilidade do Estado deve ser hoje considerado à luz dos princípios do direito social, das teorias solidaristas que pregam a defesa do direito do fraco contra o forte, inscrevendo-se entre aqueles que devem ser resolvidos às inspirações da justiça comutativa, já que, se tocam a todos os benefícios da coexistência social, todos devem suportar-lhe os ônus. Do ponto de vista prático, o problema, que é de justiça social, encontrará solução na socialização da responsabilidade do Estado, a fim de que todos respondam, proporcionalmente, pelos danos que a

¹⁶⁵ MENDES JUNIOR, Onofre. **Direito Administrativo**. 2ª ed., 1961, vol. 1, p. 314 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 308-309.

Administração acarretar ao direito individual” (Onofre Mendes Junior, *Direito Administrativo*, 2ª ed., 1961, vol. 1, pp. 314-315).

Para Serra Vieira, a sociedade atual, massificada e plural, permeada por intensas manifestações danosas a grupos e/ou comunidades deve se valer de um direito preventivo em termos de reparação na medida em que os riscos deixam de ser individuais para alargarem-se ao patamar de sociais¹⁶⁶.

4.1.1 Contrato Social e Contrato Público

De acordo com contributo de Buzanello, no pensamento jusnaturalista, a noção de contrato se coaduna como única saída do estado de natureza para a sociedade política, atingindo o espaço público entre soberano e súdito. Pela teoria contratualista, a origem da sociedade e o fundamento do poder político estão avençados em contrato, isto é, num acordo tácito ou expreso entre a maioria dos indivíduos, acordo que marca o fim do estado natural e o início do estado social e político. Assim, sem contrato, não há que se falar em legitimidade.

O contrato social parte de uma premissa de um Direito que dá origem à liberdade de cada pessoa e tem como fundamento a legitimidade poder político, em que todos depositam sua liberdade para retomá-la na condição de membro do conjunto social. Essa teoria do contrato social que projeta a origem da sociedade política, é a mesma que dá origem à resistência moderna [...]

O objeto do contrato reside na alienação dos direitos inatos do homem no estado de natureza para a sociedade política (Estado). A sociedade política substitui o estado de natureza, para Hobbes, enquanto para Locke há aperfeiçoamento e não substituição. Os dois termos da construção permanecem – o indivíduo, cujo reino é o estado de natureza, e o Estado, que não é uma sociedade natural. A transferência dos direitos naturais em Locke é parcial, diferente da de Hobbes, que é total. Ingressando na sociedade política, os indivíduos renunciam substancialmente a um único direito, ao direito de fazer justiça pelas próprias mãos, e conservam todos os demais direitos naturais, principalmente a propriedade. Os direitos e liberdades que conservam constituem os direitos individuais, como ora conhecemos. Esses direitos, resíduos da liberdade primitiva, não devem nada ao Estado, nem na sua origem, nem na sua consistência, pois são anteriores ao Estado.¹⁶⁷

¹⁶⁶ SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 115 e 126.

¹⁶⁷ BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2014, pp.43-46 e 215.

Para a celebração deste contrato, imperativo dois pressupostos de legitimidade assim descritos:

Em termos gerais, são necessárias duas convenções para dar origem, à sociedade política: o *contractus societatis*, de acordo com o qual partes iguais decidem de comum acordo viver em uma sociedade política; e o *contractus subjectionis*, o contrato de sujeição, com base no qual os indivíduos assim reunidos se submetem a um poder comum em uma relação vertical entre governo e indivíduo. O primeiro contrato cria o Direito, o segundo instaura o monopólio da força; com o primeiro, nasce o Direito privado com o segundo, o Direito público¹⁶⁸.

Seguindo esta linha de raciocínio:

Um direito de resistência não é concebível sem a existência de uma lei que os titulares da soberania são obrigados a observar. A violação desta lei fundamental justifica e legitima, nas formas estabelecidas, o exercício do direito de resistência. Dito de outra forma, o direito de resistência não pode ser afirmado se junto não se afirma a existência de limites ou de vínculos postos ao soberano e a violação do *contractus subiectionis* é condição do *recursus ad arma*. A ideia do contrato é o ponto de partida de cada elaboração do direito de resistência e do conceito de Estado e de soberania que com a ideia do contrato são estreitamente ligados¹⁶⁹.

[...]

O direito de resistência, entendido como garantia individual ou coletiva regida pelo Direito Constitucional, está a serviço da proteção da liberdade, da democracia e também das transformações sociais, na medida em que governantes e governados estão sujeitos ao Direito e, sendo assim, ambas as partes só estão obrigadas enquanto cumprirem o conteúdo do contrato conforme leciona Locke¹⁷⁰.

4.1.2 Pela adoção de Responsabilidade norteadada pela solidariedade

Patricia Serra Vieira defende um direitos de danos orientado à justiça distributiva, baseando-se nas ideias de justiça e solidariedade social¹⁷¹. Assevera:

Por fim, já se verifica toda uma argumentação, sobretudo doutrinária, acerca do princípio da repartição dos ônus e encargos públicos, que pode ser assim expressa: o dano proveniente da administração e

¹⁶⁸ Ibidem, pp.44-45.

¹⁶⁹ Ibidem, p.46.

¹⁷⁰ Ibidem, p.215.

¹⁷¹ SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.

causado ao particular seria uma variação do encargo público, que, pelo menos em certos casos, não deveria recair apenas sobre um cidadão, e sim ser repartido por todos, por meio de contribuição periódica a fundos geridos pelo Estado. É a expressão econômica da solidariedade de todos os agrupados e da justiça sociodistributiva. [...] A socialização dos riscos, na responsabilidade civil, oferece a melhor resposta para as necessidades prementes da nossa sociedade.¹⁷²

Sterman, no entanto, defende visão mais clássica no sentido de não se aplicar uma solução fundada em critério objetivo, mas subjetivo no tocante à responsabilização. Isto porque, para ela:

Os movimentos multitudinários, forma embrionária de manifestação coletiva dos movimentos sociais, surgem geralmente em situações de anormalidade político-social.

Em conformidade com o disposto no art. 144 da Constituição Federal, a segurança pública tem duplo sentido: de um lado, e dever do Estado e, de outro, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Assim, ao particular, responsável pela segurança pública por esse mesmo dispositivo constitucional, incumbe comunicar-se com a polícia para que ela acione as medidas necessárias e adequadas à segurança da coletividade para coibir tais movimentos.

Diante desse quadro de dupla responsabilidade pela segurança pública, é nosso entendimento, já manifestado desde a primeira edição deste livro, ser subjetiva a responsabilidade do Estado *em decorrência dos movimentos multitudinários*, por basear-se na teoria da culpa, que não é presumida e necessita ser comprovada em juízo, nos termos do disposto nos arts. 186, 187 e 927, caput, do Código Civil, excluindo-se pois da regência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que se refere somente aos danos produzidos por agentes públicos ou a eles equiparados.

Por ser subjetiva a responsabilidade do Estado, compete ao particular convocar a polícia quando houver a ameaça de depredações às suas propriedades (bens imóveis) ou aos seus bens móveis, mesmo durante a sua ocorrência, e realizar a prova desse pedido em juízo.

Cabe ao Estado, ao ser acionado pelo particular para o eventual pagamento dos danos causados pela multidão em sua propriedade ou em seus bens móveis, apresentar como defesa a comprovação das *adequadas* providências tomadas, em razão do poder de polícia, a fim de se eximir da responsabilidade. “Providências adequadas” significa medidas policiais necessárias para coibir a multidão enfurecida, dentro do bom senso, evitando-se o massacre, pois o bem maior a ser preservado é a vida das pessoas.¹⁷³

¹⁷² Ibidem, pp. 155-157.

¹⁷³ STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 123-125.

À luz do princípio da solidariedade, equidade e justiça distributiva, tal posicionamento não merece prosperar. Isso porque, para Serra Vieira:

A socialização dos riscos surge da harmonização dos vários interesses, por um lado, pela representação do anseio de que não se verifique qualquer restrição às atividades lícitas imprescindíveis ao progresso social, por outro, pelo equilíbrio necessário, como já dito, entre a responsabilidade civil e a equidade no tratamento dos fatores danosos.

[...]

A socialização dos riscos também faz parte do processo de efetivação do ideal de justiça social. O direito de danos nos impulsiona à busca de novos conceitos estruturais, dando a dimensão social necessária à teoria da responsabilidade civil. As orientações doutrinárias propagam a generalização da responsabilidade objetiva pela adoção, como regra, da possibilidade de se exigir a indenização de prejuízos causados por fatos dos quais o responsável não pode considerar-se autor no plano ético-jurídico, mas sim no plano ético-social. Um dos caminhos para essa generalização é considerar ilícito todo fato danoso, entendido como tal o descumprimento de um dever mesmo sem culpa, desde que origine prejuízos.

As regras de responsabilidade objetiva se demonstram mais compatíveis com as exigências de danos inerentes a uma sociedade de massa.¹⁷⁴

Consoante esta posição, encontramos guarida nos escritos do professor André R. C. Fontes relativos aos fatores de atribuição, conceito importado do Direito Argentino e consubstanciado como fundamento da reparação pela socialização do risco, da seguinte maneira:

Por “fatores de atribuição” se entende “o fundamento da obrigação indenizatória que atribui juridicamente o dano a quem deve indenizá-lo”. Diante de um dano injusto ocorrido, “o fator de atribuição nos dará a última resposta acerca de quem e porque o deve suportar”. “Ao se falar de fator de atribuição se faz menção ao fundamento de que a lei toma em consideração para se atribuir juridicamente a obrigação de indenizar um dano, fazendo recair seu peso sobre quem em justiça corresponde”. Constitui a “razão especial” que estabelecerá a quem se deve impor as conseqüências do dano. Constituem os fatores de atribuição a resposta à seguinte questão: por que da obrigação de indenizar?¹⁷⁵

¹⁷⁴ SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 159 e 162-163.

¹⁷⁵ FONTES, André R. C. **Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos**. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2007 - volume 8, n. 1, p. 177-187, p. 182 e 184-185.

Seriam, pois, os “fatores de atribuição” um pressuposto da obrigação de ressarcir, junto com a ilicitude, o dano, a causalidade e outras partes de natureza complementar integrante do sistema jurídico.

Sob certa ótica, os “fatores de atribuição” poderiam ser compreendidos como um risco criado pela existência ou atuação de determinado grupo.

[...]

No estado atual do conhecimento acerca dos fatores objetivos de atribuição, enumera-se os seguintes fenômenos:

- a) a solidariedade;
- b) a seguridade social;
- c) o risco criado;
- d) a equidade;
- e) a garantia e tutela especial do crédito;
- f) igualdade dos ônus públicos;
- g) seguro;
- h) critérios econômicos.

Por fim, constitui acertada posição a adoção pelo Projeto de Lei 5952/2013¹⁷⁶, de autoria de Guilherme Campos do PSD-SP, a adoção da responsabilidade independente de culpa ou dolo do Estado por fatos multitudinários, como se verifica detalhadamente em anexo I deste trabalho.

¹⁷⁶ PROJETO DE LEI N° , DE 2013 (Do Sr. Guilherme Campos)

Dispõe sobre a responsabilidade civil da União pelos danos causados por movimentos multitudinários.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1° Esta lei dispõe sobre a responsabilidade da União pelos danos causados por movimentos multitudinários.

Art. 2° O art. 43 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art.43.

Parágrafo único. No caso de danos materiais causados por movimentos multitudinários é a União civilmente responsável pela indenização decorrente do dano, independentemente de culpa ou dolo.” (NR)

Art. 3° Para efeitos desta lei consideram-se danos causados por movimentos multitudinários os atos coletivos da massa anônima que resultem em saques, depredações, vandalismo, lucros cessantes e demais danos ocasionados pela aglomeração de pessoas.

Art. 4° A indenização de que trata o parágrafo único do art. 43 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, deverá ser paga em até 30 dias contados da notificação da ocorrência do dano.

Art. 5° A Secretaria de Ações Estratégicas da Presidência da República editará regulamento sobre os procedimentos para notificação e para indenização, a ser publicado em até 90 dias contados a partir da data de publicação desta Lei.

Art. 6° Cabe à União o direito de regresso contra o causador do dano material, se houver, por parte deste, dolo.

Art. 7° Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

5 CONCLUSÃO

Com a elaboração do presente trabalho, percebeu-se que a responsabilidade estatal por fatos multitudinários ainda carece de amadurecimento doutrinário e jurisprudencial. Como já visto, as diversas organizações sociais de um determinado momento temporal refletem-se no Direito, enquanto movimentos constantes de uma dada realidade social. O legislador, ao produzir leis, busca acompanhar as necessidades dessa sociedade na medida que, como preceitua Miguel Reale, a ciência do Direito é forma de conhecimento *positivo* da realidade social conforme normas ou regras *objetivadas* – tornadas objetivas – no decurso do processo histórico.

O Direito é mutável ao passo que também é revestido de estabilidade, eis que positivado, está em vigor e se aplica a todos, mas, mais que isso, porque estabelece princípios que permeiam todas as épocas, apresentando a essência e fundamento da Ciência Jurídica. Desse modo, conforme o tecido social é tramado, a sociedade inaugura novas questões, cabendo ao Direito contextualizá-las e oferecer soluções que garantam segurança e estabilidade.

No entanto, conforme amadurecem os contributos sociais e uma dada sociedade é pautada por manifestações visando adquirir ou assegurar novos direitos, ampliando o rol de proteção desta dada sociedade, faz-se mister que o Estado proteja a luta desses indivíduos, não recaindo sobre eles o ônus de almejar uma vida mais digna. Por outro lado é imperativo conter abusos.

Na tensão entre ordem, lei, poder e liberdade, apesar de sua natureza conflituosa e instável, é possível equilibrar interesses dentro do modelo democrático, sendo os desequilíbrios entre Estado e sociedade reflexo de inconstâncias ao pleno exercício da coisa pública.

Havendo um desequilíbrio em benefício do Estado, poderá haver consequências gravíssimas para a liberdade, como se pôde observar no Brasil durante os regimes totalitários e ditatoriais. De outro modo, desequilibrando em favor

total e irrestrito da liberdade, nega-se o papel do poder estatal em organizar a vida da coletividade. A simples negação da autoridade também, em parte, como defende Buzanello, é a própria negação da liberdade, já que aquela é que garante o exercício desta. Assim, a devida correspondência de limites entre poder e liberdade torna-se a obra mais acertada sob o ponto de vista da experiência democrática entre participação social e exercício do poder.

Nesse sentido, o tema tratado tem importância, acadêmica e social, pois em um cenário de crescentes manifestações decorrentes de crise, em que a população busca formas diretas de participação no espectro representativo e legislativo, exercendo ativamente sua cidadania, os fatos multitudinários, que promovem danos a particulares, devem ser observados e regulados pelo Estado. E imperativa a limitação legislativa da imposição dos danos tanto aos manifestantes com justo pleito por uma melhora social quanto aos particulares lesados obedecendo ao limite de não onerar demasiadamente e injustificadamente o Estado.

Mais que isso, faz-se mister debruçar-se sobre a Responsabilidade do Estado e analisar de que forma os movimentos de massa se coordenam de forma a possibilitar a orientação ao exercício de cidadania pautado na intervenção estatal garantidora de proteção ao indivíduo lesado e à coletividade.

Sua adaptação à realidade fática é desejável, mas se deve respeitar os princípios constitucionais a que se subordina, sob o marco teórico-interpretativo civil-constitucional, em especial à dignidade humana, solidariedade social e justiça distributiva, consolidada pelo entendimento de que as desigualdades econômicas e sociais deverão ser de tal modo combatidas e norteadas à distribuição de riqueza e renda ou oportunidades, constituindo-se em prioridade da justiça diante da eficiência do bem-estar.

Dessa forma, tem-se a justiça como equidade. Todos, em igualdade de condições, deverão ter acesso a oportunidades, mesmo que o resultado seja desigual. Contudo, a desigualdade será reputada como justa quando trazer vantagens para todos, a começar dos mais desfavorecidos pela sorte.

Por fim, conforme Joaquim Barbosa, "aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum, a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas". Trata-se de questão de justiça social.

Qual uma fotografia, o Direito congela uma realidade no tempo e, por esta razão, sempre se queda aquém dos anseios de seu tempo, ainda que seja reflexo do mesmo. Problema relevante se dá, no entanto, quando o tempo atropela o direito sobremaneira que não mais reflete um retrato de sua sociedade.

Em virtude das posições colacionadas neste trabalho, defende-se a responsabilização objetiva estatal nos fatos multitudinários reputados como legítimos, por estarem relacionados à pertinência temática dos manifestantes e lastreados em relevante fundamento do pleito – sem configuração de dolo na conduta danosa –, em virtude dos imperativos de solidariedade, equidade, justiça distributiva e de não lesar sobremaneira àqueles que lutam por uma sociedade mais justa e garantidora de direitos.

ANEXO I

PROJETO DE LEI N° , DE 2013 (Do Sr. Guilherme Campos)

Dispõe sobre a responsabilidade civil da União pelos danos causados por movimentos multitudinários.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1° Esta lei dispõe sobre a responsabilidade da União pelos danos causados por movimentos multitudinários.

Art. 2° O art. 43 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art.43.

Parágrafo único. No caso de danos materiais causados por movimentos multitudinários é a União civilmente responsável pela indenização decorrente do dano, independentemente de culpa ou dolo.” (NR)

Art. 3° Para efeitos desta lei consideram-se danos causados por movimentos multitudinários os atos coletivos da massa anônima que resultem em saques, depredações, vandalismo, lucros cessantes e demais danos ocasionados pela aglomeração de pessoas.

Art. 4° A indenização de que trata o parágrafo único do art. 43 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, deverá ser paga em até 30 dias contados da notificação da ocorrência do dano.

Art. 5° A Secretaria de Ações Estratégicas da Presidência da República editará regulamento sobre os procedimentos para notificação e para indenização, a ser publicado em até 90 dias contados a partir da data de publicação desta Lei.

Art. 6° Cabe à União o direito de regresso contra o causador do dano material, se houver, por parte deste, dolo.

Art. 7° Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificação

Não há dúvidas de que os movimentos sociais de junho de 2013 passarão a fazer parte da história do Brasil. De forma geral, o movimento de protestos mostrou o avanço da maturidade democrática da sociedade. Por outro lado, com os atos de vandalismo, saques e destruição, chamou a atenção para uma velha lacuna legal existente no ordenamento jurídico brasileiro: a responsabilidade pelos prejuízos causados ao patrimônio das pessoas nesses casos.

Os danos causados por atos de multidão, também chamados de movimentos multitudinários, como a depredação do patrimônio privado, a pilhagem de estabelecimentos comerciais, os atos de vandalismo generalizado ou mesmo a destruição relacionada ao grande aglomerado de pessoas em determinado local, resultam em prejuízos que podem atingir tanto o patrimônio público quanto o privado. Na maior parte das vezes, comerciantes e proprietários amargam, sozinhos, a responsabilidade de arcar com os prejuízos. Alguns não possuem condições de reerguer seu negócio ou residência, e outros, ainda, esperam por anos pela justiça, na tentativa de responsabilizar o Estado pela falta de cuidado com o seu bem.

Cabe lembrar que a responsabilidade civil do Estado nos casos de atos de multidões não é inovação no ordenamento jurídico comparado. Sonia Sterman, em seu livro *Responsabilidade do Estado* (2011), explica que alguns países oferecem legislação que garante o direito de indenização às vítimas de danos causados por atos multitudinários: na França, a Lei 83/1983 e o Código Geral das Coletividades Territoriais (art. L. 2216-2); na Itália, o art. 28 da Constituição e o art. 2.043, do Código Civil); nos EUA a Lei 107-56/2001; e em Portugal, a Lei 25/2008.

No Brasil, não há lei que expressamente reconheça indenização às vítimas de danos causados por multidões. Para sustentar essa tese em um processo recorre-se ao que existe na doutrina, na jurisprudência e na Constituição Federal. A segurança e a garantia da ordem pública são deveres e obrigações do Estado e incluem a segurança de todo cidadão e também dos seus bens. Esse direito é fundamental para o convívio em sociedade, conforme disposto no art. 144 da Constituição:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”.

A segurança pública, conforme o texto constitucional, tem duplo sentido: tanto é dever do Estado como é direito e responsabilidade de todos. Assim, cabe ao particular informar aos órgãos responsáveis pela manutenção da ordem pública quaisquer comportamentos individuais ou coletivos de terceiros tendentes a atentar contra o patrimônio privado e a integridade física dos indivíduos. O Estado, sendo avisado e possuindo ciência da possibilidade de agressão e ataques, deve tomar as medidas suficientes para evitar os danos causados pela multidão e por vândalos.

Ocorre que a responsabilidade do Estado, embora em regra seja objetiva, o que significa que independe de prova de dolo ou culpa, possui algumas situações de

exceção, que são utilizadas nos processos e refletem prejuízos irreparáveis para cidadãos que foram prejudicados. Entre elas está o fato de terceiros, já que os atos de vandalismo são considerados crimes, respondendo os autores pelas penas impostas na lei para os danos causados ao patrimônio público e privado, além das penas previstas para os crimes relativos à violência e a possibilidade de responsabilidade civil, ou seja, indenização pelos prejuízos causados.

Em outros casos a responsabilidade do Estado é considerada subjetiva, como são os casos de omissão, falha ou retardo na prestação dos serviços públicos. Nessas hipóteses cabe ao prejudicado comprovar que o dano ocorreu em razão da omissão do Estado. Finalmente, ainda pode-se utilizar o argumento da situação de exceção, conhecida como teoria da reserva do possível, segundo a qual a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estaria condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao Estado.

Diante dessas possibilidades e da lacuna legislativa sobre o tema, torna-se imprescindível que esta Casa resolva a questão de forma segura para o cidadão vítima do prejuízo material decorrente de atos de multidão. Nesses casos, o cidadão encontra-se em situação extremamente vulnerável, muitas vezes diante de uma vida inteira de trabalho destruída, e sem condições para se reerguer. Seja no caso de um carro incendiado, de uma loja saqueada, de uma casa destruída, trata-se de vidas, de famílias, de patrimônios privados inesperadamente dilapidados.

O que esta proposição apresenta é uma solução justa e desburocratizada para restabelecer, antes que o prejuízo social, material e psicológico seja irreparável, a vida do cidadão lesado. Restará à Secretaria de Ações Estratégicas da Presidência da República editar regulamento detalhando os procedimentos para notificação e para indenização das pessoas afetadas.

Sem dúvida, trata-se de proposição que visa resgatar a dignidade e a justiça para comerciantes, moradores, proprietários de carros, entre outros, que acabam por arcar, sozinhos, com um preço alto em nome do desenvolvimento da democracia de todo um povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **A Culpa Civil das Administrações Públicas**, in: Obras Completas, [s.l., n/ed.], 1948, vol. 25, (1898), t. 5.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

_____. **Depredação do patrimônio por fato multitudinário: imputação de responsabilidade civil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=92f61e23e398bc62>>. Acesso em 08 de junho de 2015.

CALDEIRA, Cesar. **Responsabilidade civil do estado por omissão na área de segurança pública: o problema dos danos causados por multidões no tribunal de justiça do estado do rio de janeiro**. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2007 - volume 8, n. 1, p. 9-47.

CASTRO, Viveiros de. **Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo**. 3ª ed., 1914, p. 631.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1905.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil - v. 1**. 2ª tir. Rio de Janeiro: Rio, 1982.

FONTES, André R. C. **Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos.** Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2007 - volume 8, n. 1, p. 177-187.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu.** trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - responsabilidade civil.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; RANGEL, Luciana Rastelli et al. **Responsabilidade do Estado por movimentos multitudinários. Sua natureza objetiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2676>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HORA NETO, João. **Aspectos políticos da responsabilidade extracontratual do estado, especialmente no direito brasileiro.** Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aracaju, nº 23, p. 11-22, jul./dez. 1999.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões.** trad. Mariana Sérvulo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIRA, Ricardo Pereira. **Ato Ilícito.** Revista de Direito da Procuradoria-Geral 49/85-86.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho.** 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES FILHO, Julio César Gaberel de. **Responsabilidade civil do Estado: histórico das Constituições brasileiras.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 53, maio 2008. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2880>. Acesso em 25 de maio de 2015.

OLIVEIRA, Elias de. **Criminologia das multidões**: crimes de rixa e crimes multitudinários. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1966.

OLIVEIRA SANTOS. **Direito Administrativo**. 1919, p. 126.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos; declaração unilateral de vontade; responsabilidade civil. v. 3. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PORTO CARREIRO, Carlos. **Lições de Direito Administrativo**. 1918, p. 236.

PRADO, Fabiano Ribeiro do. **A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por Omissão no Âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: < <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/fabiano-ribeiro-prado.pdf>>. Acesso em 30 de maio de 2015.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do código civil**. Revista Direito GV 1, São Paulo, v.1, n.1, p. 091-107, maio 2005.

RAMOS, Chiara. **Direito, sistema autopoietico e teoria sistêmica de Luhmann**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29639>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SERRA VIEIRA, Patricia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Nícolas Trindade da. **Da igualdade formal a igualdade material**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556>. Acesso em 2 de junho de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do estado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Deficiência psíquica e curatela**: reflexões sob o viés da autonomia privada. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 10, n. 7, p.64-79, dez. 2008/2009.

_____. **Integridade psíquica e capacidade de exercício**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, RJ, v. 9, n. 33, p.3-36, jan. 2008.

TUNC, A. **La responsabilité civile**. 2ª. ed. Paris: Economica, 1989.

VIANA, Mário Gonçalves. **Psicologia das massas multitudinárias**. Porto: Editorial Domingos Barreira, 19(...). 336 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no brasil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEGISLAÇÃO E JULGADOS

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição política do império do brasil**. Rio de Janeiro, 1824 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Constituição (1891) **Constituição da república dos estados unidos do brasil**. Rio de Janeiro, 1891 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Constituição (1934) **Constituição da república dos estados unidos do brasil**. Rio de Janeiro, 1934 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Constituição (1946) **Constituição dos estados unidos do brasil**. Rio de Janeiro, 1946 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Constituição (1967) **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, 1967 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Decreto n. 4857, de 9 de novembro de 1939. Dispõe sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de maio de 2015.

STF - RE: 262651 SP , Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 16/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 06-05-2005 PP-00038 EMENT VOL-02190-03 PP-00428 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 254-281 RDA n. 240, 2005, p. 273-287 RTJ VOL-00194-02 PP-00675.