

Antonio Riccitelli

Responsabilidade Civil

DAS ATIVIDADES DA
ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

São Paulo



Legal e Regulatória

2010

Copyright © 2010

EDITORA
Yone Silva Pontes

ASSISTENTE EDITORIAL
Ana Lúcia Grillo

DIAGRAMAÇÃO
Helen Fardin e Nilza Ohe

REVISÃO
J. Franzin

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
Graphic Express



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Riccitelli, Antonio
Responsabilidade civil das atividades da
administração pública / Antonio Riccitelli. --
São Paulo : Lex Editora, 2010.

Bibliografia.
ISBN 978-85-7721-072-5

1. Administração pública 2. Direito
administrativo 3. Responsabilidade civil - Brasil
I. Título.

09-11637

CDU-342:301

Índices para catálogo sistemático:

1. Responsabilidade civil da administração
pública : Direito público 342:301

A ortografia desta obra está atualizada conforme o Acordo Ortográfico
aprovado em 1990, promulgado pelo
Decreto nº 6.583, de 30/09/2008, vigente a partir de 01/01/2009.

2010

Proibida a reprodução total ou
parcial. Os infratores serão
processados na forma da lei.

LEX EDITORA S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
Tel.: 11 2126 6000 – Fax: 11 2126 6020
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Prefácio

Tem como fulcro principal a presente obra fornecer elementos técnico-legais e jurisprudenciais aos servidores públicos, operadores do direito, estudiosos, cidadãos interessados sobre a demonstração da importância da aplicação da teoria objetiva da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno como instrumento de socialização do direito. Considera-se relevante erigir o direito de indenização do cidadão, decorrente dos danos gerados por atos comissivos ou omissivos do Estado, em nível de garantias individuais.

Com efeito, explorar a utilização das orientações emergentes do direito positivo de nosso sistema jurídico pátrio, bem como apresentar alternativas tecidas para ampliar as garantias secularmente conquistadas, integram o conteúdo deste livro. As propostas oferecidas a essas básicas questões colocam-nos diante do debate sobre como evitar o desnecessário desgaste da dupla punição imposta ao cidadão que, lesado, ainda é obrigado a arcar com o ônus da prova.

Ampliam-se os efeitos positivos dos princípios constitucionais da Administração Pública, demais cláusulas conexas presentes no novel Código Civil, predominantes correntes doutrinárias e farta jurisprudência sobre o tema, indicando, na esfera legal, as melhores opções e discricionárias para agente público agir, julgar no melhor cumprimento da função social do Estado na reparação de danos causados a terceiros.

Deseja-se que a cada consulta o leitor sinta-se envolvido em uma atmosfera de satisfação intelectual única, unguído com o bálsamo reparador do conhecimento.

O Autor
riccitelliasa@globocom

Sumário

Prefácio	3
I – Introdução	7
II – Responsabilidade Civil	13
1. Origem.....	13
2. Conceito.....	16
3. Evolução	23
4. Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro.....	32
5. Dano e Ônus da Prova	39
6. Culpa e Dolo.....	43
7. Espécies de Responsabilidade Civil	51
7.1. Responsabilidade Civil Contratual	52
7.2. Responsabilidade Civil Extracontratual.....	60
7.2.1. Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva	65
7.2.2. Responsabilidade Civil Extracontratual Objetiva.....	66
III – Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno	71
1. Considerações sobre a Criação e Evolução do Estado	71
2. A Teoria da Irresponsabilidade do Estado.....	79
3. Constitucionalização da Responsabilidade Civil do Estado	83
4. Administração Pública	92

5. Princípios Constitucionais da Administração Pública	96
6. Servidor Público.....	103
IV – As Teorias sobre a Responsabilidade Civil do Estado	115
1. Teoria Subjetiva	117
2. Teorias Objetivas.....	120
2.1. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado e a Teoria do Risco Administrativo	122
2.2. Teoria do Risco Integral	132
3. Nexo Causal e seu Rompimento	133
3.1. Excludentes de Responsabilidade	135
3.1.1. Caso Fortuito e Força Maior	138
3.1.2. Culpa Exclusiva da Vítima.....	143
4. Direito de Regresso.....	145
5. Denúnciação da Lide.....	148
V – Aplicação da Responsabilidade Civil sobre as Pessoas Jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, Prestadoras de Serviço Público	151
1. Exegese do Novo Código Civil.....	151
2. O Artigo 43 do novo Código Civil e o Artigo 36, § 6º da Constituição Federal Vigente	155
3. Responsabilidade Civil da União.....	159
4. Responsabilidade Civil dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Territórios	167
5. Responsabilidade Civil dos Municípios.....	172
6. Responsabilidade Civil por Atos do Legislativo	191
7. Responsabilidade Civil por Atos do Judiciário	192
8. Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Privado, Prestadoras de Serviços Públicos	195
VI – Conclusão	201
VII – Bibliografia	221

Introdução

Estudar-se-á concretamente a responsabilidade civil extracontratual objetiva, fulcro principal do tema em epígrafe, comprovando-se ser esta, a espécie de responsabilidade mais adequada a ser aplicada aos atos praticados pelos agentes públicos, em benefício dos cidadãos, que porventura tiveram seus interesses lesados.

Inaugura-se a obra apresentando, na primeira parte, o estudo das origens e dos conceitos básicos da responsabilidade civil que servirão de substrato para o desenvolvimento do tema deste livro. Navegando-se cronologicamente pelo tempo, restauram-se registros históricos dos mais autorizados léxicos sobre as origens e conceitos de variados métodos utilizados para a reparação do dano, anteriores ao direito positivo. No princípio, as instituições humanas eram tão atrasadas que se misturava o conceito de justiça com o de vingança pessoal. Prevaleceu por longo período a aplicação do entendimento de talião, *olho por olho, dente por dente*, até o advento dos primeiros textos codificados como: o de Hamurabi e o de Manu. Verificar-se-á, analisando-se as avançadas ideias da civilização helênica, que os romanos muito estudaram e aprenderam, evoluindo para a elaboração da Lei das XII Tábuas, *Lex Decemviralis*, aprovadas no ano de 292 a.C. a significativa contribuição à evolução histórica do instituto da responsabilidade civil.

Aprofundando o estudo das origens da responsabilidade contratual, encontradas no Direito Romano, vigentes por volta do século IV a.C., verifica-se que apesar do advento da *Lex Poetelia Papiria*, ainda encontram-se registros de execuções pessoais, como pagamento de dívidas. Os acordos e os contratos eram celebrados, principalmente, pela verbalização das intenções dos envolvidos.

Neste ponto interessa demonstrar seu ingresso no direito brasileiro, ainda que de modo implícito. Presente já na primeira Constituição, a Imperial de 1824, a responsabilidade civil foi recepcionada em seu artigo 82. Mencionado dispositivo responsabilizava, subjetivamente, os funcionários públicos, determinando serem eles os responsáveis por abusos ou omissões no exercício de seus respectivos cargos.

A herança romana do instituto original da resolução contratual deixou indeléveis vestígios em nosso direito pátrio, particularmente por dispositivo expresso no texto constitucional vigente. Assim, apesar de ninguém poder ser preso por dívidas, o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Cidadã de 1988 prevê a prisão civil por dívida, do responsável pelo inadimplemento voluntário, a obrigação alimentícia, e a do depositário infiel. Não obstante, o novo Código Civil de 2002, por meio do *caput* de seu artigo 942, obriga a reparação do dano causado por violação do direito de outrem, pela execução do patrimônio do autor.

A oportuna distinção entre a responsabilidade civil e o instituto da obrigação será objeto da fase seguinte, considerando-se o resultado do dever, a dívida e sua respectiva relação jurídica. Analisar-se-á a execução, por infração, e a tempestiva oportunidade da correspondente quitação com suas respectivas sanções decorrentes do descumprimento obrigacional, gerando o instituto da responsabilidade civil, com todas as suas implicações. Dentre elas, o amparo legal previsto ao credor, que poderá, inclusive, solicitar a prestação jurisdicional executando os bens do devedor. É também objetivo desta fase analisar a classificação doutrinária das espécies de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual.

O estudo da importância do elemento essencial da responsabilidade civil, o dano, o nexa causal, nos casos da responsabilidade objetiva e a conseqüente obrigação de repará-lo, não poderiam ser marginalizados nesta emblemática fase do presente. Acrescente-se a abordagem, ainda que subsidiária, mas relevante de conceitos complementares, como o dolo e a culpa do agente, indispensáveis para o

posterior entendimento da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno.

Completando o Capítulo relativo ao estudo sobre a responsabilidade civil *latu senso* torna-se indispensável o conhecimento sobre a classificação doutrinária clássica das espécies de responsabilidade civil. De sorte que não há como afastar o estudo e registro das origens e conceitos das relações humanas, as formais e/ou contratuais e as informais e/ou extracontratuais. Deflui da dicotomia entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, a indução ao estudo da subdivisão desta última, ensejando comentários sobre a sua parte subjetiva, e, em particular, o aprofundamento do estudo conceitual sobre a responsabilidade civil objetiva, também conhecida como teoria do risco administrativo, esta de especial interesse para o desenvolvimento desta obra.

Avançando-se com a exegese da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno, torna-se lógica e imprescindível uma abordagem, a mais ampla possível, sobre o Estado. Cinge-se a necessidade de apresentar-se considerável análise sobre a sociedade política e juridicamente organizada, denominada Estado. Inaugura-se este Capítulo com relevantes considerações sobre a criação do Estado e a primeira teoria clássica sobre sua responsabilidade, ou melhor, de sua total irresponsabilidade, durante sua fase absolutista. Serve de amparo em decorrência natural do objeto deste livro, o estudo de temas correlatos indispensáveis à melhor compreensão do tema principal.

Assim, verificar-se-á que a responsabilização dos atos do Estado evoluiu ao longo da história política e social da humanidade passando por inúmeras transformações. Vigorava inicialmente a teoria da irresponsabilidade total, também conhecida como Teoria do Direito Divino, expressa pelas máximas *Omnis potestas a Deo*, *The king can do no wrong*, entre outras. A essência da referida Teoria era demonstrar a impossibilidade de se responsabilizar o Estado, representado na pessoa do monarca ou príncipe, que, por estar ungido com as luzes divinas, ou, iluminado por Deus, não podia errar em suas decisões e sentenças. Esta teoria viveu durante o Estado Absoluto de

Direito, que perdurou até o advento das revoluções liberais burguesas representadas pelo marco do Estado Liberal de Direito: a Revolução Francesa de 1789. Em mencionada época só era possível responsabilizarem-se os funcionários do Estado, configurando assim uma responsabilidade posteriormente classificada de subjetiva. O ápice desta impossibilidade de responsabilização consolida-se na declaração do rei de França, Luiz XIV, o rei sol, quando afirma *L'État c'est moi*, vale dizer: eu o monarca, por vontade divina, sou e represento o Estado, meus atos são perfeitos, absolutos, completos e inquestionáveis.

A partir desse ponto interessa ressaltar a estrutura da Administração Pública, analisando-se preliminarmente os determinantes e regentes princípios constitucionais, bem como as múltiplas formas de sua complexa organização. Cabe ainda invocar, para melhor compreensão de sua função na representação da Administração, o conceito de agente público ou de pessoas jurídicas privadas que a representem, no momento da realização dos atos considerados lesivos aos interesses dos cidadãos.

As principais teorias relativas à responsabilidade civil do Estado, esposadas pelas distintas correntes doutrinárias integram, amplamente, o cenário de pesquisa e investigação do melhor conhecimento sobre o tema. Nessa esteira verificam-se os elementos e as razões que fundamentam, em particular, a teoria objetiva ou do risco administrativo, conforme posição majoritária doutrinária, considerada preliminarmente como a mais oportuna para configurar os atos lesivos das pessoas jurídicas de direito público. Uma vez constatada e identificada mencionada tendência, descortina-se a oportunidade e conveniência de se investigar os principais instrumentos legais que caracterizam a teoria objetiva, ou do risco administrativo como melhor opção de responsabilização dos atos dos representantes das pessoas jurídicas citadas, particularmente as de direito público interno. Nesse ponto, justifica-se plenamente a aplicação de exemplos pragmáticos e esclarecedores, representados por acórdãos e jurisprudências, dos poderes e órgãos da Administração. É trazida à colação a classificação da doutrina predominante sobre as polêmicas infrações e controvertidas interpretações sobre os crimes de respon-

sabilidade e o instituto da improbidade administrativa, relativos aos agentes públicos.

Intermediariamente aborda-se o estudo da participação do dano na relação causal e comprobatória da responsabilidade civil, dos agentes representantes do Estado. Demonstra-se a imprescindibilidade da presença do dano na caracterização da responsabilidade civil, identificando-se este, como obrigação compulsória do ofensor de reparar o mal causado a outrem, em virtude de uma conduta antijurídica.

Analisa-se a relação do agente ofensor com a responsabilidade civil dos representantes dos três Poderes apresentados pela clássica teoria de Montesquieu, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário. Sem embargo, o direito de regresso e a denúncia da lide das pessoas jurídicas dos mencionados Poderes também são didaticamente estudados. O estudo do complexo rol das excludentes de responsabilidade, vetores do rompimento donexo causal entre o dano e a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar o cidadão lesado integram os Capítulos finais desta obra.

Uma vez pacificada a classificação da tipologia, esposados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do Estado, ensejar-se-á a aplicação da teoria objetiva ou do risco administrativo aos atos geradores de correspondente responsabilização. Nesse sentido, torna-se imprescindível o estudo comparativo entre o artigo 43 do novo Código Civil em confronto com o estabelecido pelo *caput* e respectivo parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal vigente.

Por derradeiro, já nas considerações finais, são trazidas à colação relevantes conclusões sobre a importância da aplicação da responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco administrativo para a manutenção e ampliação das garantias e direitos fundamentais e, defesa da dignidade da pessoa humana, representação máxima do estado de direito.

Adornam-se nesse sentido, com cores fortes, os melhores exemplos da efetiva aplicação da teoria objetiva ou do risco administrativo sobre as diversas atividades públicas potenciais causadoras de danos a terceiros, incluindo proposta alternativa ao sistema legislativo vigente.



Responsabilidade Civil

1. Origem

Registros históricos sugerem que a responsabilidade é objeto de estudo muito anterior à civilização ocidental. O Código de Hamurabi, por exemplo, já contemplava a ideia de punir o culpado pelo dano, aplicando-lhe um sofrimento correspondente. Filosofia análoga seguia o Código de Manu e o antigo direito Hebreu.

Considerado o primeiro monumento preservado de codificação jurídica, escrito há dois mil anos a.C., o Código de Hamurabi, também conhecido como Khamu-Rabi (de origem árabe), encontra-se bem guardado no Museu de Louvre. Destaca-se a figura de *Schmasch*, o deus Sol, confiando à capacidade e determinação de Hamurabi a codificação dos 282 artigos integrantes do histórico e milenar Código Jurídico. Introduzido por um preâmbulo digno de concepção sobrenatural, condizente com a poderosa classe dos sacerdotes, exaltando o prólogo da codificação mesopotâmica, justifica, mencionado preâmbulo, a estrutura teológica legislativa da época revestida pela vaidade dos déspotas mesopotâmicos, dois mil anos a.C. O próprio Justiniano utilizou-se de exuberante intróito ao inscrever a apresentação no *Proemium* das *Institutas* incluindo seu nome e títulos atribuídos.¹

¹ ALTAVILLA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. p. 39. “Imperator Caesar Flavius Justinianus, Alemannicus Gothicus, Franciscus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, Inclutus, victor ac triumphator, semper Augustus, cupidae legum juventuti.”



Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno

Consagrada particularmente pelo artigo 42 do novo Código Civil, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno pressupõe o estudo do Estado, de seus poderes e órgãos representativos, bem como da complexa maquinaria propulsora da administração pública.

O termo Estado designa o sentido mais amplo de uma sociedade politicamente organizada. Do latim *status*, significa estar firme e representa uma situação permanente de convivência ligada a uma sociedade política. Presente pela primeira vez, em 1513, na obra *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, o termo Estado foi utilizado para indicar a sociedade politicamente organizada e orientada por um poder soberano. O conceito Estado passa a ser utilizado pelos italianos para representar cidades independentes, e pioneiramente estabelece duas formas de governo: a monarquia (o principado) e a república. Alguns autores não admitem sua existência antes do século XVII, sendo para essa corrente essencial validar a aplicação do termo Estado apenas à sociedade política dotada de certas características bem definidas. Entretanto, para a maioria da doutrina, a designação do termo Estado deve estar vinculada a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.

1. Considerações sobre a Criação e Evolução do Estado

Há várias teorias relativas à época do surgimento do Estado. Entre elas, as principais serão a seguir apreciadas. A corrente representada pelos autores Eduard Meyer, historiador, por meio de sua obra *História da Antiguidade*, publicada entre, 1921 e 1925, e

IV

As Teorias sobre a Responsabilidade Civil do Estado

Louis Josserand¹ tece relevantes considerações sobre teses justificadoras da doutrina do risco. Adorna com cores fortes e generosas a teoria do abuso do direito, a falta ou culpa negativa e o sistema de presunções legais. De início atribui à imobilidade da jurisprudência a admissão da existência da culpa, tradição do direito romano que admitia a culpa mais leve, mínima: *in lege aquilia et culpa levissima venit*; para determinar, na esfera delitual a responsabilidade do autor. Segundo Josserand, a tradição advinda do direito romano não só foi mantida pela jurisprudência francesa moderna, como também evoluiu devido a duas teorias: a do *abuso do direito* e a das *culpas negativas*. A primeira ampliou a extensão do conceito de culpa, chegando a admitir que aquele que exercia um direito não cometia falta e não estava sujeito a nenhuma responsabilidade. Discordando frontalmente com os juristas romanos, Josserand alardeava ser imprescindível compreender que os direitos concedidos pelos poderes públicos deviam ser utilizados visando objetivos específicos e determinados pela sociedade, particularmente para cumprir missão social. Em outras palavras, os direitos são concedidos pelo governo sem garantia alguma, a nós compete usá-los da forma mais justa, social e legítima. Assim, na concepção de Josserand nossa responsabilidade entra em ação no momento do exercício de nossos direitos, e a teoria *de abuso do direito* é materializada quando deles abusamos, abrindo espaço para participação da culpa.

Por seu turno, a teoria *da falta ou culpa negativa*, intitulada de *faltas negativas* pelo Conselheiro da Corte de Cassação de

¹ JOSSERAND, Louis. *Op. cit.*, p. 56.

V

Aplicação da Responsabilidade Civil sobre as Pessoas Jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, Prestadoras de Serviço Público

1. Exegese do Novo Código Civil

O novo Código Civil instituído pela Lei nº 10.406, de 1º de janeiro de 2002, reconhece em seu artigo 41 como pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público, criadas por lei.¹ Conforme preliminarmente anunciado, sobre a função social da responsabilidade civil dos entes elencados no artigo em tela, o legislador posicionou o novo diploma legal civil aquém da Constituição Federal de 1988. O fez ao omitir as pessoas jurídicas privadas, prestadoras de serviços públicos, acertadamente contempladas pelo parágrafo 6º, do artigo 37 do Código Supremo vigente. Interessa, para uma melhor compreensão da presente, a análise epistemológica das pessoas jurídicas de direito privado, separando, de um lado, as concessionárias permissionárias de serviço público e portadoras de autorização de serviço, de outro, aquelas que celebraram com o serviço público, contrato de prestação de serviço, ou de obra pública.

É de se anotar que, em termos de responsabilidade civil, no caso das empresas concessionárias permissionárias de serviço público ou portadoras de autorização, para realização do mesmo, não resta dúvida a respeito da incidência da responsabilização objetiva sobre as atividades vinculadas ao serviço prestado. Vale trazer à lume exemplos esclarecedores apontando a sujeição à responsabilidade

¹ Art. 41 – “São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

VI

Conclusão

Conforme se pode aquilatar, a responsabilidade de indenizar o dano causado a um terceiro integra a história da sociedade humana, desde tempos imemoriais. Anterior ao direito positivo, a noção, a consciência, mesmo que subliminar, de reparar danos causados a terceiros já existia, e no início misturava o sentimento de justiça com o de vingança pessoal. Formalizaram-se pelos primeiros documentos codificados do oriente, como o Código de Hamurabi e o de Manu. Posteriormente, subsistiu na Lei das XII tábuas, o Código da *Lex Decemviralis*, lei que reunia em um só texto o sangue, as ligações nervosas e o espírito de Roma, tendo por decorrência grande influência sobre o mundo latino.

O sentimento de justiça vingativa, anterior ao efetivo surgimento dos sistemas jurídicos positivos, era considerado a forma mais instintiva e animalesca de justiça praticada pelo homem. A ideia era compensar o dano com a exigência de reparação proporcional, valendo literalmente a máxima de talião (*olho por olho, dente por dente*). A apropriação de bens alheios podia resultar também em pena de morte. Em decorrência, consta que durante a vigência de mencionado sistema, as moradias da Babilônia não apresentavam travas de segurança, pois eram consideradas desnecessárias.

A inserção de compensação por meio de pagamento de multa ou indenização, apresentada pelo Código de Manu, demonstrava que o dano causado podia ser compensado por outra forma, além daquela que previa outra agressão, proporcional ou pior do que a originalmente sofrida. A partir de então se estabelece uma nova forma de reparação do dano, tendo como objeto principal o restabelecimento das coisas, o mais próximo possível, ao seu estado anterior.

VII

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.
- _____. *Teoria Geral das Obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. VENOSA, Sílvio. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BORGES, Nelson. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BEVILÁCQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954.
- BOZZI, Aldo. *Instituzioni di Diritto Pubblico*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.