

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE EDUCAÇÃO CONTINUADA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DOS CONTRATOS E  
RESPONSABILIDADE CIVIL

POTIGUARA WEBBER GONÇALVES

O ATO LÍCITO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO  
ESTADO: DANOS EM OBRAS PÚBLICAS

PORTO ALEGRE

2013

POTIGUARA WEBBER GONCALVES

O ATO LÍCITO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO  
ESTADO: DANOS EM OBRAS PÚBLICAS

Trabalho de Conclusão de Curso de  
Especialização apresentado como requisito  
parcial para a obtenção do título de  
Especialista em Direito dos Contratos e  
Responsabilidade Civil da Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Juliano Heinen

PORTO ALEGRE

2013

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>3</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>5</b>
2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado.....	5
<b>2.1.1 Teoria da Irresponsabilidade.....</b>	<b>5</b>
<b>2.1.2 Teoria da culpa no serviço ou falta do serviço: Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado.....</b>	<b>7</b>
<b>2.1.3 Responsabilidade Civil Objetiva do Estado: Teoria do Risco Administrativo e Teoria do Risco Integral.....</b>	<b>12</b>
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS.....</b>	<b>16</b>
3.1 Da posição da doutrina frente à Constituição Federal de 1988.....	16
3.2 Da divergência jurisprudencial.....	22
<b>4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS LÍCITOS.....</b>	<b>32</b>
4.1 Elementos do ato lícito.....	32
4.2 O ato lícito como fundamento da responsabilidade civil do Estado.....	33
<b>5 O DEVER DO ESTADO EM INDENIZAR O DANO PROVENIENTE DE OBRA PÚBLICA.....</b>	<b>41</b>
5.1 Conceito de Obra Pública.....	41
5.2 O dano como requisito para a caracterização da responsabilidade civil do Estado: da lesão antijurídica.....	42
5.3 Dano ocasionado pela prestação da obra pública.....	45
<b>5.3.1 Da responsabilidade civil do Estado pelo <i>só fato da obra</i>.....</b>	<b>46</b>
5.4 Do entendimento jurisprudencial.....	48
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado, assim como os demais entes personalizados, também está sujeito a prática de condutas comissivas e omissivas capazes de provocar resultados danosos. O instituto que analisa a existência do dever de indenizar da Administração Pública é, evidentemente, a responsabilidade civil. Em se tratando de relação extracontratual, o direito de reparação do administrado estará pautado ora na atividade ilícita do ente público, ora na atividade lícita do ente realizador do ato.

O presente estudo pretende identificar as nuances e controvérsias que giram em torno da responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos, em especial as hipóteses em que o ente estatal realiza obra pública. Isso porque, questiona-se como a Administração Pública, agindo dentro dos limites do Direito, pode ser responsabilizada por eventuais prejuízos suportados pelos administrados mesmo quando o empreendimento posto em execução trará, em tese, benefícios de ordem social e econômica aos particulares.

Por meio do método de abordagem dedutivo, auxiliado pela análise da doutrina, do direito comparado e pela jurisprudência, se buscará os argumentos e fundamentos que concebem legitimidade ao administrado para exigir do ente público o dever de indenizar, mesmo quando este estiver agindo de forma horizontal ao Direito. A pesquisa partirá da análise dos termos gerais da responsabilidade pública, com o relato da evolução histórica das teorias que abordam o tema, passando pelos fundamentos que a autorizam, chegando, no final, ao estudo do fundamento que permite a responsabilização da Administração Pública pela prática de condutas lícitas.

Diferentemente da responsabilidade civil privada, em que a licitude do ato geralmente afasta o dever de indenizar do autor da conduta, na responsabilidade pública o Estado pode vir a ser responsabilizado mesmo quando exercer atividade lícita, de acordo com o Direito. E a realização de obras pelo Poder Público é uma das situações em que se verifica, eventualmente, a responsabilidade civil da Administração Pública pela prática de atos lícitos.

No desempenho de determinada obra pública, o dever de indenizar do Estado poderá estar configurado quando, preenchidos determinados requisitos, o ente público deixar de prestar a obra ou prestar de forma mal ou insuficiente. Do mesmo modo, desde que atendidas certas condições, a Administração Pública será capaz de ser responsabilizada por eventuais danos decorrentes do simples fato da realização da obra pública, os quais são denominados pela doutrina de “danos decorrentes pelo *só fato da obra*”.

No intuito de verificar os fundamentos autorizadores da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes pelo *só fato da obra*, ainda que o presente trabalho não tenha a pretensão de esgotar a análise acerca do assunto, imprescindível o estudo da responsabilidade pública, a qual, ao longo dos anos, evoluiu significativamente.

O Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, positivou e consolidou, no art. 37, § 6º, a responsabilidade pública. Previu expressamente que a Administração Pública responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, bem como pelos danos cometidos pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Porém, o legislador não foi claro ao disciplinar a responsabilidade do Estado pela prática de atos omissivos, controvérsia ainda existente na doutrina e jurisprudência pátria.

A partir da conclusão dessas premissas, se estudará o ato lícito como fundamento da responsabilidade civil da Administração Pública. Analisar-se-á os elementos constitutivos da conduta lícita e os princípios que permitem a responsabilização do Estado mesmo quando autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar a ação eventualmente danosa, em especial os casos envolvendo obras públicas e a responsabilidade do ente estatal pelo *só fato da obra*.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

O conceito jurídico de responsabilidade traduz sempre a ideia de sujeição às consequências de um comportamento. Naturalmente que, sendo o direito mecanismo de ordenação das relações interpessoais, esse comportamento haverá de ter atingido alguém que não o seu próprio autor.

Dentre as várias espécies de responsabilidade, a que nos interessa é a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, isto é, *“a obrigação que recai sobre uma pessoa colectiva que, actuando sob a égide de regras de direito público, tiver causado prejuízo aos particulares.”*<sup>1</sup>

No intuito de situar o tema que será objeto de análise ao longo do estudo, importante tecer algumas considerações a respeito da evolução da responsabilidade civil do Estado, elencando e abordando as principais teorias que tratam sobre o assunto.

#### 2.1.1 Teoria da Irresponsabilidade

Esclarece-se a influência de dois fatores determinantes para o rumo das sociedades durante a Idade Média: a autoridade exercida pela Igreja e os ideais políticos provenientes da cultura grega. O primeiro referendava a ideia de que os governantes deveriam pautar a sua governabilidade e instruir a sociedade de acordo com as leis de Deus, dando a cada indivíduo o que seria seu por direito, enquanto

---

<sup>1</sup>CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 7 ed. Lisboa: Ancora, 2003, p. 230.

que o segundo primava pela supremacia das cidades, constituídas por uma soberania sem restrições.<sup>2</sup>

Desse modo, prevalecia a ideia da irresponsabilidade civil do Estado, entendimento exteriorizado por meio da Teoria da Irresponsabilidade ou Princípio da Irresponsabilidade, cujo pensamento é proveniente do absolutismo. O Estado, como instituição absoluta, era imune à responsabilização por eventuais prejuízos provenientes de sua atividade, pois não cometia dano do ponto de vista jurídico.<sup>3</sup> Aqueles que suportavam danos ocasionados pela atividade do Estado não detinham direito de ação contra a pessoa jurídica de Direito Público, mas tão somente direito de ação em relação ao agente (funcionário/servidor), pessoa física da conduta lesiva. Na época, prevalecia o entendimento de que os servidores ou agentes públicos não eram órgãos do Estado (da Administração Pública), o que permitia a negativa em reparar eventuais danos causados por seus agentes.<sup>4</sup> Sustentava-se que *“o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração”*<sup>5</sup>.

A teoria da irresponsabilidade possuía como base duas premissas: a infalibilidade e a soberania do Estado. A primeira caracteriza-se pela figura do Estado como a expressão da lei e do Direito, o que tornava incompatível estabelecer o Poder Público como transgressor de uma ordem pela qual possuía o dever de proteger. A segunda referia-se ao princípio de que a soberania e a responsabilidade eram incompatíveis, pois um dos marcos norteadores daquela era impor-se a todos sem a obrigatoriedade de prestar eventual compensação ou indenização.<sup>6</sup>

Segundo inteligência da teoria, a irresponsabilidade civil do Estado era a regra. Porém, havia as exceções. Algumas leis específicas da França previam a possibilidade da responsabilização do Estado nos casos de obras públicas, danos

---

<sup>2</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo - tomo I*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998, p. 265.

<sup>3</sup>GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo - tomo I*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003, p. II-5.

<sup>4</sup>MACHADO, Guilherme Pinho. *Responsabilidade Civil do Estado e Intervenção no Direito de Propriedade*. Porto Alegre: Nova Prova. 2004, p. 23.

<sup>5</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 228.

<sup>6</sup>RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTR. 2003, p. 19-20.

causados por determinada coletividade ou decorrentes da gestão do domínio público sobre a iniciativa privada.<sup>7</sup>

Com o tempo, contudo, a defesa do princípio da irresponsabilidade passou a ser insustentável, já que o reconhecimento da teoria iria de encontro às garantias fundamentais que começaram a ser previstas nos textos constitucionais, onde a responsabilidade civil do Estado era uma das maneiras em se efetivar e proteger tais direitos.<sup>8</sup> Com a consolidação e aprofundamento do princípio da legalidade, o alargamento da intervenção econômica, social e cultural do Estado e os reflexos das concepções organicistas no enquadramento jurídico da relação existente entre o ente estatal e seus agentes, a teoria da irresponsabilidade começou a perder força.<sup>9</sup>

Hoje, entretanto, a teoria não está completamente superada. Isso porque, os atos de soberania proclamados pelo Estado, em regra, não reclamam responsabilidade civil, como por exemplo, atos legislativos e decisões judiciais. As últimas nações que adotaram expressamente a irresponsabilidade civil do Estado foram os Estados Unidos da América, em 1946, e a Inglaterra, em 1947.<sup>10</sup>

### **2.1.2 Teoria da culpa no serviço ou falta do serviço: Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado**

Com a evolução da sociedade e do pensamento jurídico, a compreensão existente em torno da responsabilidade civil do Estado se desenvolveu. Isso porque, os textos civis passaram a ter *“un alcance general, asimiliando la posición jurídica del Estado a la de un comitente, que debe responsabilizarse por los actos de las*

---

<sup>7</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.925.

<sup>8</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo - tomo I*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998, p. 266.

<sup>9</sup>CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 7 ed. Lisboa: Ancora. 2003, p. 231-232.

<sup>10</sup>GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 872.

*personas que de él dependen*".<sup>11</sup> A partir desse progresso, passou-se a admitir uma concepção civilista ao tema.

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado teve como seu marco inicial o famoso caso Blanco, do Tribunal de Conflitos Francês, cujo julgamento foi proferido em 1873<sup>12</sup>. Na época não havia texto legislativo e princípio de Direito Público que tratava sobre responsabilidade civil de ente estatal.<sup>13</sup>

No início, mesmo com a superação da ideia de irresponsabilidade do Estado, ainda havia margem, de certa forma, para a sua incidência. Isso porque, dividiam-se os atos da Administração Pública em atos de império e atos de gestão. Os primeiros seriam aqueles praticados com todas as prerrogativas e privilégios, impostos de forma unilateral e coercitiva aos particulares, regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, sendo que referidas ações não eram passíveis de imputação de responsabilidade.

Em contra partida, os segundos seriam aqueles praticados em situação de igualdade com os administrados, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e gestão dos serviços públicos, por exemplo. Como há o elemento igualdade, possível a responsabilização do Estado, desde que houvesse a constatação de culpa.<sup>14</sup>

Sergio Cavalieri Filho ressalta a seguinte questão em sua obra de responsabilidade civil:

A teoria da irresponsabilidade era a própria negação do direito. De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão. Como sujeito dotado de personalidade, o

---

<sup>11</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo - tomo I*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998, p. 267.

<sup>12</sup>O caso Blanco, apesar de não ter sido a primeira decisão a declarar a responsabilidade civil do Estado, foi, sem sombra de dúvidas, a de maior relevância para a época. Responsabilizou-se o Estado francês pela falha na prestação de serviço ferroviário, onde a filha do autor fora vítima de acidente na via férrea administrada e controlada pela administração pública à época dos fatos.

<sup>13</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.926.

<sup>14</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2002, p. 231.

Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade<sup>15</sup>.

Partindo dessa premissa, qual seja, de que não haveria mais espaço para uma teoria de direito fundada na irresponsabilidade civil do Estado, passou-se a analisar a questão sob a ótica da existência ou não de culpa na conduta do agente estatal causador do dano.

Desse modo, e de certa forma, o Estado e o particular passaram a ser tratados de forma igualitária, respondendo conforme o Direito Privado. O cerne da questão tornou-se, então, para fins de responsabilidade civil, a existência da culpa ou do dolo do agente que praticava o ato lesivo em nome do Estado. Inexistindo a demonstração da culpa ou do dolo, ambos não respondiam ao dever de indenizar.<sup>16</sup>

Entretanto, essa análise da culpa individual do agente do Estado que eventualmente viesse a causar dano a terceiro não era suficiente para fundamentar a responsabilidade civil da Administração Pública, já que o ente estatal, evidentemente, não se resume ao agente. O agente estatal, na maioria das vezes lotado em determinado órgão, exerce função subordinada, fiscalizada por outro agente de hierarquia superior. Se a responsabilidade civil do Estado se resumiria tão somente na busca pela verificação da culpa do agente que praticou a conduta comissiva ou omissiva, certamente tal concepção não se distinguiria da Teoria da Irresponsabilidade Civil antes analisada.

Há entre o Estado e seus agentes, em relação a vontade e a ação daquele, uma relação de imputação direta acerca dos atos praticados por estes. É a chamada relação orgânica, onde o que o agente queira deve ser entendido que o próprio Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente, nestas condições, faça, é exatamente o que o Estado fez.<sup>17</sup>. Isso quer dizer que não é necessário identificar uma responsabilidade individual para caracterizar o dever do Estado em reparar o

---

<sup>15</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 228.

<sup>16</sup>GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 872.

<sup>17</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 229.

dano causado pelo seu agente, já que este agiu (ou se omitiu) em nome do ente estatal.<sup>18</sup>.

Com esse raciocínio, surge, na França, a noção de *culpa no serviço* ou *falta do serviço*. Aqui, a responsabilidade civil do Estado estaria presente quando o serviço prestado pelo ente estatal não funcionasse, funcionasse mal ou funcionasse atrasado.<sup>19</sup> Estaríamos diante não de uma culpa individualizada, mas sim de uma “*culpa anônima*”, imputada a agente indeterminado cuja responsabilidade pelo cumprimento de suas funções é do Estado. Ou seja, uma vez demonstrado o dano pela *falta do serviço*, disso haveria a responsabilidade.<sup>20</sup>

Entretanto, ainda não estamos falando em responsabilidade objetiva da Administração Pública. A teoria da “*culpa anônima*” é modalidade de responsabilidade subjetiva, pois a vítima deve demonstrar a culpa do ente estatal, não de forma individualizada, no sentido de que determinado agente agiu com culpa para a ocorrência do dano, mas sim de que o serviço prestado (ou não prestado) pelo Estado causou o dano por má gestão ou condução da prestação. Denominaram-na de “*culpa administrativa*”<sup>21</sup>.

Sérgio Severo esclarece que a responsabilidade pública não é incompatível com a noção de culpa. O autor, de forma eficiente, diferencia a culpa civilista da culpa administrativa:

No entanto, há que esclarecer que a culpa a que nos referimos não se baseia, em regra, na concepção civilista, centrada em elementos volitivos do agente para determinar uma negligência, imperícia ou imprudência, consoante concebida no plano do art. 186 do CC (art. 159 do CC/16). A culpa que informa algumas esferas da responsabilidade pública é aquela derivada do funcionamento anormal do serviço público, um *standard* baseado na concepção de que a ação administrativa deve dar-se de acordo com padrões adequados de funcionamento, concepção objetiva da noção de culpa, que constitui uma das mais importantes construções do direito administrativo.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.926.

<sup>19</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 230.

<sup>20</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 588.

<sup>21</sup>GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 873.

<sup>22</sup>SEVERO, Sérgio: *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

Quanto ao ponto, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello leciona que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço não é modalidade de responsabilidade objetiva do Estado, mas sim modalidade de responsabilidade subjetiva baseada na culpa diluída na sua organização, onde assume feição anônima ou impessoal. Cabe à vítima comprovar a não prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou prestação ineficiente, a fim de ficar configurada a culpa do serviço e, por via de consequência, a responsabilidade civil do Estado<sup>23</sup>.

Ressalva-se, porém, conforme leciona Odete Medauar, que a teoria subjetivista *“acarretava para a vítima o encargo da prova do mau funcionamento ou da falha, muito difícil de realizar, sobretudo por demandar um padrão de funcionamento previamente estabelecido, que em geral não existe”*<sup>24</sup>.

Importante frisar que em casos de culpa do serviço ou falta do serviço há uma presunção de culpa em desfavor do Estado. Porém, isso não retira o caráter subjetivo da responsabilidade civil do ente estatal, já que, caso conseguisse comprovar a ausência de culpa do seu agente no momento da prestação/não prestação do serviço público, ou de que, mesmo diante do dano o serviço fora prestado dentro dos padrões normais habituais, tal situação romperia com o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, o que afastaria o dever reparatório. Desse modo, *“a responsabilidade por falta de serviço é, indubitavelmente, responsabilidade subjetiva.”*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup>MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo – vol II*. Rio de Janeiro: Forense. 1989, p. 482-483.

<sup>24</sup>MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 366.

<sup>25</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.929.

### 2.1.3 Responsabilidade Civil Objetiva do Estado: Teoria do Risco Administrativo e Teoria do Risco Integral

Por fim, na última fase da chamada evolução da responsabilidade civil do Estado, proclamou-se a responsabilidade objetiva. Como leciona Cavalieri, nesta fase *“descarta-se qualquer indagação em torno da culpa do funcionário causador do dano, ou, mesmo, sobre a falta do serviço ou culpa anônima da Administração. Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular”*<sup>26</sup>.

Além do nexos causal entre a atividade da administração e o dano causado ao administrado, fundamenta-se a responsabilidade objetiva no princípio da solidariedade. Antônio Lindbergh C. Montenegro esclarece:

Sob o novo enfoque, o fundamento da responsabilidade da administração pelos danos causados aos particulares se encontra no princípio da solidariedade social. Abandona-se a ideia individualista do direito privado. A coletividade é que passa a responder pelo dano. A repartição da carga entre todos os cidadãos melhor corresponde ao sentimento de coletividade encarnado pelo Estado. Tal foi a força da teoria da solidariedade que ela terminou por se impor na jurisprudência dos países, sem necessidade de achar-se regulada em lei.<sup>27</sup>

Extraí-se uma ideia de igualdade dos ônus e encargos sociais. Assim como os benefícios decorrentes da atuação do estado são repartidos a todos, os eventuais prejuízos sofridos por determinado membro da coletividade também o são. Se o administrado suporta um ônus maior do que o tolerado pelos demais, o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais é rompido, forçando a estabilização, a qual é realizada através de recursos do erário público.

Sobre a aplicação do princípio da solidariedade, José Jairo Gomes afirma que:

---

<sup>26</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 231.

<sup>27</sup>MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C.. *Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996, p.406.

As opções do legislador são inspiradas na solidariedade. Ao colocar o Estado como principal garantidor do ressarcimento dos danos decorrentes das suas atividades, quis a norma proteger as pessoas, oferecendo-lhes um patrimônio robusto, fato este que espelha sua preocupação com a solidariedade social, na medida em que se demonstra empenho na eficaz restauração da harmonia quebrada pelo evento danoso.<sup>28</sup>

E continua o autor, corroborando o entendimento de Lindbergh, afirmando que “*é certo que toda a população se beneficia da atividade estatal, devendo, portanto, haver distribuição dos encargos, ou melhor, dos prejuízos decorrentes do seu desenvolvimento*”<sup>29</sup>. Por isto é que pouco importaria a verificação de culpa ou não do agente ou entidade pública causadora do dano, já que cada membro da comunidade co-participaria da composição do prejuízo sofrido pela vítima.<sup>30</sup>

Aqui, ao tratar da responsabilidade objetiva do Estado, não há o que se falar em culpa do agente/preposto em eventual conduta danosa. Analisa-se somente o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido. Inexistindo nenhuma excludente de nexo causal, o dever de indenizar/compensar resta configurado.<sup>31</sup> Isso porque, não se mostra mais necessário analisar a existência de uma vontade psíquica na ação que causou o dano. São duas as principais teorias que fundamentam a responsabilidade objetiva civil do Estado, quais sejam: a Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral. Ressalva-se que a responsabilidade pública não corresponde tão somente às hipóteses de risco, pois podem comportar casos em que os gravames impostos pela atividade estatal se revelam desproporcionais, quebrando a isonomia existente entre os administrados perante os encargos públicos. A responsabilidade civil objetiva deriva de um exame do objeto jurídico tutelado, estando condicionada a uma situação de risco anormal ou de uma quebra do princípio da igualdade.<sup>32</sup>

A Teoria do Risco Administrativo foi adaptada pelo jurista francês Léon. Resultou da Teoria do Risco. Em síntese, extrai-se da Teoria do Risco Administrativo

---

<sup>28</sup>GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p.335-336.

<sup>29</sup>GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005, p.336.

<sup>30</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 588.

<sup>31</sup>RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTR. 2003, p. 29.

<sup>32</sup>SEVERO, Sérgio. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva. 2009, p.242.

a ideia de que, como a atividade administrativa pode gerar danos à comunidade por meio de conduta lícita ou ilícita, e que essa atividade é exercida em proveito de todos os membros da coletividade, eventuais prejuízos decorrentes dessa atividade devem ser arcados por todos. Por consequência, como o Estado representa e age em nome da coletividade, deve o mesmo suportar o ônus de sua atividade, independentemente de culpa ou dolo por parte de seus agentes. “É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública”<sup>33</sup>.

O Estado deve se responsabilizar, portanto, por eventuais danos causados a determinado administrado sempre que a sua atividade ocasionar o prejuízo, independente de culpa do agente. O risco da atividade estatal, aliado à incidência do princípio da solidariedade, fundamenta a teoria.<sup>34</sup>

Em sua obra, Lindbergh trata com precisão a Teoria do Risco Administrativo:

A teoria do risco administrativo vê o serviço público de forma objetiva. Parte-se do pressuposto de que a administração desenvolve atividade lícita, mas suscetível de causar danos a terceiros. Justifica-se assim a sua responsabilidade em razão do princípio *cujus commoda e jus incommoda*. Pela teoria do risco administrativo, a simples existência do dano, em face da execução do serviço, legitima a pretensão ressarcitória do particular. Desnecessária fica a prova da falta do serviço ou da culpa do funcionário<sup>35</sup>.

O que diferencia, basicamente, a Teoria do Risco Administrativo da Teoria do Risco Integral é a possibilidade de incidir, naquela, eventual excludente de nexo causal. Ou seja, pela Teoria do Risco Administrativo seria possível isentar o Estado de eventual responsabilidade civil quando restar comprovado que o resultado danoso concorreu por culpa exclusiva da vítima ou por ato comissivo/omissivo de terceiro, por exemplo.

Na Teoria do Risco Integral, exceto nos casos em que o dano não é efetivamente comprovado, tal possibilidade não é verificada. Isso porque, não há, ressalvada a exceção acima mencionada, nenhuma possibilidade em se excluir a

---

<sup>33</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 232.

<sup>34</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 658.

<sup>35</sup>MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C.. *Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996, p.407.

responsabilidade civil do Estado, mesmo frente a eventual excludente de nexo causal<sup>36</sup>. Esta teoria alcança todos os eventuais danos que se relacionem à atividade administrativa, inclusive aqueles abarcados por caso fortuito e força maior. É uma teoria extrema. Ela se afasta das demais teorias, se conformando com o nexo causal entre o dano sofrido pelo administrado e a atividade administrativa, sem maiores indagações sobre o risco-proveito. “Ela se contenta e se satisfaz com o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos sociais”<sup>37</sup>.

De toda a sorte, a regra no direito brasileiro é pela adoção da Teoria do Risco Administrativo. Entretanto, em situações pontuais e previamente previstas em legislação específica, pode-se identificar a adoção da Teoria do Risco Integral como exceção. É o caso, por exemplo, da responsabilidade civil do Estado decorrente de danos nucleares (art. 21, XXIII, ‘d’, da Constituição Federal) e danos decorrentes de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público (Lei 10.744, de 09.10.2003). Nestes casos dispensa-se, além do elemento culpa, o nexo causal, não se inadmitindo qualquer hipótese de excludente da responsabilidade civil da Administração Pública<sup>38</sup>.

Portanto, aponta-se que a responsabilidade civil do Estado no Brasil é amparada por uma teoria de cunho objetivista, fundamentada pelo risco da atividade administrativa.

---

<sup>36</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 233.

<sup>37</sup>MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C.. *Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996, p.407.

<sup>38</sup>STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 995.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS COMISSIVOS OU OMISSIVOS**

#### **3.1 Da posição da doutrina frente à Constituição Federal de 1988**

A Responsabilidade Civil do Estado, com a promulgação de algumas constituições anteriores, mas principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser positivada e tratada como norma de Direito Público. A carta constitucional vigente, no capítulo destinado a tratar das questões envolvendo a atividade administrativa estatal (Capítulo VII - Da Administração Pública), dispõe em seu art. 37, § 6º que *“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 culpa”*.

Seguindo a linha constitucional, o vigente Código Civil brasileiro dispõe, em seu art. 43, que *“as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”*.

Da leitura do dispositivo constitucional e da lei infraconstitucional, é possível constatar que o legislador não concebeu a teoria da Irresponsabilidade do Estado, pois ultrapassada. Há divergência, porém, em relação à teoria aplicada no momento em que floresce a necessidade de fundamentar a responsabilidade civil do Estado quando o dano decorrer de uma conduta omissiva do agente estatal.

Em relação às condutas comissivas, vale dizer, condutas positivas, não há dúvida acerca da responsabilidade objetiva. Nesse caso, basta a existência do dano e o nexo de causalidade entre o ato comissivo da Administração Pública e o prejuízo para que nasça o dever de indenizar. Isso porque, estamos diante da

responsabilidade fundada em uma atividade de risco, constituindo-se o Estado como o responsável pela indenização dos danos sofridos pelos administrados<sup>39</sup>.

Neste ponto, não há o que se falar em culpa ou dolo do agente estatal no momento da prática do ato comissivo, pois basta a verificação da existência do nexo causal entre o ato positivo cometido pelo Estado e o dano. Verificado o nexo, não há subjetividade na responsabilidade civil. A questão da culpa e dolo é relevante no momento em que o Estado pretender, eventualmente, exercer o seu direito de regresso contra o agente causador da conduta, conforme previsto no dispositivo constitucional, além dos casos em que se discute o *quantum debeatur*, especialmente naqueles em que se proclama a incidência do art. 944, parágrafo único, do Código Civil vigente.

A discussão travada é aquela que envolve uma suposta responsabilidade subjetiva do Estado quando o dano alegado provier de uma conduta omissiva, vale dizer, negativa do agente estatal. Tal situação origina-se da teoria francesa anteriormente mencionada, qual seja, responsabilidade subjetiva da administração pela *falta de serviço, falha do serviço* ou *culpa do serviço (faute du service)*. A dúvida existe também naqueles casos onde o dano não é causado pela iniciativa direta do Estado, mas a situação geradora do prejuízo foi criada pela Administração (omissão na guarda de coisas ou pessoas perigosas, por exemplo).

Para Jorge Luis Salomoni, a análise da responsabilidade civil do Estado por omissão remete necessariamente ao exame do conceito de inatividade. Refere o autor argentino a existência de dois elementos que formam o conceito, quais sejam: o material, onde se é possível constatar uma situação de passividade ou inércia da Administração, e o formal, que converte essa situação de passividade em uma omissão infratora de um dever legal de agir, de atuar, configurando a antijuridicidade do ato.<sup>40</sup>

Quanto ao ponto, Marçal Justen Filho difere os atos omissos relacionados ao Estado em atos *ilícitos omissivos próprios* e *atos ilícitos omissivos impróprios*.<sup>41</sup> Os

---

<sup>39</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 28-29.

<sup>40</sup>SALOMONI, Jorge Luis. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 103-104.

<sup>41</sup>FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 800.

primeiros equivalem aos atos comissivos e correspondem a uma infração direta a determinado dever jurídico. São aqueles casos em que há norma obrigando a Administração Pública em praticar determinado ato, cujo descumprimento (omissão) é passível de causar dano aos administrados. Nesses casos, evidentemente que a responsabilidade civil do Estado é objetiva.

Entretanto, a dúvida paira nos atos ilícitos omissivos impróprios. Isso porque, nestes atos não há norma obrigando a adoção de uma conduta por parte do agente estatal. O que há é um dever especial do Estado para que se evite a consumação do dano, e aqui a análise da existência ou não da culpa do agente, segundo o autor, torna-se imprescindível. Complementa o doutrinador afirmando que *“será descabido reputar que a mera e simples inação produzirá a responsabilidade civil do Estado.”*<sup>42</sup>

Contudo, Guilherme Pinho Machado, ao analisar a questão, afirma que a omissão pode ser a causa do dano, e não condição. O que efetivamente gerou o prejuízo foi tão somente a omissão do Poder Público. Cita como exemplo, a fim de demonstrar que nos casos de atos ilícitos omissivos impróprios incide a responsabilidade objetiva do Estado, a omissão da Administração Pública em sinalizar, após a construção de uma rodovia, a existência de uma curva acentuada. Bastaria, então, a demonstração do nexo causal entre a omissão (ausência de sinalização) e eventual dano, sendo irrelevante a análise e existência de culpa.<sup>43</sup>

O principal defensor da responsabilidade subjetiva do Estado na prática de atos negativos (omissivos) é o professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Refere o ilustre doutrinador que *“se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano.”*<sup>44</sup>

No entendimento do autor, a responsabilidade do Estado é subjetiva, já que cabe ao interessado demonstrar a negligência, imperícia ou imprudência do agente (culpa, por assim dizer) caracterizadora da omissão (ausência do serviço) da qual originou o dano. Exigir do Estado o dever de reparação de um dano por ele não

---

<sup>42</sup>FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 801.

<sup>43</sup>MACHADO, Guilherme Pinho. *Responsabilidade Civil do Estado e Intervenção no Direito de Propriedade*. Porto Alegre: Nova Prova. 2004, p. 33.

<sup>44</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.957.

causado somente seria possível nas hipóteses da existência de uma obrigação legal em impedir a ocorrência do evento danoso. Sendo omissa nessa “prevenção”, por culpa ou dolo do seu agente (responsabilidade subjetiva, portanto), caracterizada está a responsabilidade civil da Administração.<sup>45</sup>

José dos Santos Carvalho Filho atenta que tanto a norma constitucional quanto a infraconstitucional não faz referência expressa acerca da incidência da responsabilidade objetiva nos casos de condutas omissivas da Administração Pública. Refere que o Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único, dispõe que a responsabilidade sem culpa apenas se aplicaria aos casos previamente especificados em lei. O art. 43 do mesmo diploma legal, por sua vez, não refere expressamente que as pessoas jurídicas de direito público responderão por eventuais condutas omissivas, o mesmo se aplicando ao art. 37, §6º, da Constituição Federal. Conclui o autor que os mencionados dispositivos legais somente se aplicariam aos atos comissivos, e que as condutas omissivas podem ser objeto de responsabilidade estatal, desde que verificada a culpa do agente.<sup>46</sup>

Diogenes Gasparine compartilha o mesmo entendimento, pois afirma:

O texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo “causar” (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos.<sup>47</sup>

Neste ponto, e conforme já mencionado, a vítima da conduta omissiva do Estado deve provar a culpa ou o dolo do agente estatal no momento da concretização do dano. Ou seja, a análise e comprovação da culpa ou dolo da Administração Pública é indispensável para a declaração da responsabilidade civil do Estado nos casos de dano por ato negativo (omissão). A omissão, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado.*”<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup>PINTO, Eduardo Viana. *Responsabilidade Civil*. Porto Alegre: Síntese. 2003, p. 58.

<sup>46</sup>FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20 ed. Rio de Janeiro: Kumen Juris. 2008, p. 531-532.

<sup>47</sup>GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 886.

<sup>48</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2008, p.619.

Rememore-se, ainda, que vigora uma presunção de culpa do Poder Público. Ou seja, cabe ao Estado, mesmo nos casos em que o administrado não lograr êxito na imputação de culpa/dolo do agente estatal, provar a inexistência de conduta culposa ou dolosa do agente público, a fim de que a sua responsabilidade civil seja afastada.

Por outro lado, há doutrina que defenda o contrário. O professor Nelson Nery Junior, amparado pela Teoria do Risco Administrativo, defende que a responsabilidade civil do Estado será sempre objetiva, mesmo quando o dano decorrer de conduta omissiva. Isso porque, os requisitos constitucionais para a configuração do dever reparatório/compensatório da Administração Pública são apenas dois: (i) a existência do dano, patrimonial e(ou) extrapatrimonial, e (ii) o nexo de causalidade entre a conduta (omissiva ou comissiva) do agente estatal e o dano.<sup>49</sup>

O autor fundamenta seu entendimento do seguinte modo:

O fundamento dessa responsabilidade objetiva é o risco administrativo, ou seja, o risco da atividade do Estado, que foi criado para servir a comunidade e não para causar-lhe problemas. Caso a atividade estatal crie problemas e cause danos ao particular, este tem o direito de ver-se ressarcido pelos prejuízos que sofreu e de ser indenizado pelo dano moral quando isto verificar-se. Da mesma forma, outro ângulo do mesmo fenômeno, quer dizer, o dever de a administração indenizar é também fundado no princípio da boa fé objetiva, pois o administrado crê, com boa fé objetiva, que o Estado tem de exercer os seus misteres para o benefício da população, sendo certo que não foi idealizado para provocar e causar danos<sup>50</sup>.

O fundamento da responsabilidade civil do Estado consagrada pela constituição seria sempre o risco da atividade administrativa. Daí surge a conclusão de que qualquer dano causado pelo Estado, seja através de uma conduta comissiva, seja através de uma conduta omissiva, deve ser indenizado. Irrelevante, portanto, a verificação da culpa ou dolo do agente estatal para fundamentar a declaração do dever do Estado em reparar/compensar eventual dano por ato omissivo.

---

<sup>49</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 31.

<sup>50</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 31-32.

O que precisa ser ressaltado e bem fixado é que a análise da culpa e do dano, assim como a análise das excludentes de responsabilidade, não está adstrita ao fundamento da responsabilidade civil do Estado. A análise desses elementos, segundo o autor, vincula-se à verificação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva, o fato gerador do dano e o dano propriamente dito. Em qualquer espécie de responsabilidade civil, seja ela pública ou privada, contratual ou extracontratual, a quebra do nexo causal exclui o dever de reparação/compensação. O nexo causal é requisito para a verificação da responsabilidade civil, mas não é o seu fundamento.

A linha seguida pelo autor é aquela que proclama a inexistência de responsabilidade subjetiva do Estado, pois *“a teoria da culpa administrativa – falta do serviço, surgida no início do século na França, não mais atende à realidade hodierna do direito administrativo, de modo que tem de ser abandonada”*<sup>51</sup>. O fundamento do dever reparatório/compensatório é o risco administrativo. Ocorrendo o dano, o mesmo deve ser reparado/compensado, independentemente da existência de culpa ou dolo do agente estatal no momento da prática do ato comissivo ou omissivo.

Sobre o ponto, merece respaldo o comentário extraído da obra do doutrinador:

Daí a importância de afirmar-se que, ocorrendo conduta omissiva ensejadora de dano ao administrado, é preciso que se demonstre o nexo de causalidade entre a omissão e o dano para que haja o dever de indenizar. Não há necessidade de provar a culpa do agente, porque o sistema prescinde da culpa, pois é fundado na responsabilidade objetiva pelo risco onde a investigação da conduta do agente é irrelevante. De consequência, quando ocorre um assalto em via pública, o administrado pode ter direito de indenização contra a administração, desde que reste evidenciado o nexo de causalidade entre a omissão do poder público e o dano. O nexo de causalidade existiria, por exemplo, se ficasse caracterizado que havia policial presenciando o assalto e nada fez para impedir o evento danoso<sup>52</sup>.

Ana Cecília Rosário Ribeiro corrobora este entendimento, pois relembra que a constituição federal não faz distinção, em seu art. 37, §6º, entre atos omissivos e

---

<sup>51</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 33.

<sup>52</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 33-34.

comissivos para fins de responsabilidade civil da Administração Pública. Refere que a individualização da culpa ou dolo do agente estatal torna-se relevante no momento da análise de eventual ação regressiva por parte da Fazenda Pública, e que isto não afetaria a responsabilidade objetiva do Estado.<sup>53</sup>

Cabe salientar que mesmo a corrente objetivista reconhece que a Teoria do Risco Administrativo admite as chamadas excludentes de responsabilidade. Tais excludentes quebram e afastam o nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano. Afastado o nexo causal, não há o preenchimento de um dos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil. Cita-se, como exemplo de excludente de responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima, que ocorre quando a mesma concorre exclusivamente para a prática e acontecimento do fato danoso.

Verifica-se, portanto, que a doutrina oscila quanto ao tema. Parte dos estudiosos defende que a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos omissivos é subjetiva, enquanto que outra parcela dos doutrinadores entende que a teoria a ser aplicada é a objetiva.

Desse modo, passa-se a análise do posicionamento da jurisprudência acerca da controvérsia, pois é ela quem acaba aplicando, de uma forma ou de outra, os ensinamentos antes expostos.

### **3.2 Da divergência jurisprudencial**

Há divergências em nossos tribunais quanto a qual das teorias deve ser aplicada nos casos em que o Estado, por conduta omissiva, causa dano ao administrado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, diverge a respeito do tema. Ao julgar dois casos similares acabou aplicando, em um deles, a teoria civilista, enquanto que no outro aplicou a teoria objetivista.

---

<sup>53</sup>RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTR. 2003, p. 36.

A 5ª Câmara Cível, ao decidir o recurso de apelação n. 70035910363, seguindo a linha adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, entendeu que a responsabilidade civil do Estado pela omissão em realizar obras de escoamento de águas pluviais é subjetiva, já que o ato omissivo se caracterizou como ilícito, cuja análise de culpa é imprescindível para a verificação do dever de indenizar.

O relator do recurso, Desembargador Gelson Rolim Stocker, entendeu que a Administração Pública não logrou êxito em demonstrar eventual excludente de responsabilidade, bem como comprovar a inexistência denexo causal entre a omissão e os danos alegados pelo autor da demanda reparatória. Assim consignou em seu voto:

(...) Enfrentada a questão da legitimidade do demandado, do conjunto probatório carreado aos autos, tenho que restou incontroverso o fato de o Estado ter sido omissor com relação ao seu dever de realizar obras de manutenção do fluxo hídrico do Arroio Feijó, devendo responder pelos danos causados ao autor, conforme aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. No caso concreto, diante da omissão do demandado em não dragar o Arroio, este veio a inundar inúmeras residências, dentre as quais a do autor, não demonstrando o ente público tenha sido diligente (...).<sup>54</sup>

Constata-se que o fundamento utilizado pelo relator para defender a aplicabilidade da responsabilidade civil subjetiva ao Estado foi a constatação de que o ente público falhou ao não ser diligente no caso, pois devido a ausência das obras de manutenção no arroio (omissão) o administrado suportou os prejuízos causados pela inundação.

Observa-se que ao utilizar o termo “diligente” o julgador remete ao raciocínio de que, em casos de omissão, a Administração Pública somente terá o dever de indenizar quando verificada a existência de culpa para a ocorrência do dano. Tanto é que o próprio magistrado afirma que, se o Estado tivesse logrado êxito em demonstrar a “diligência” do seu preposto, a sua responsabilidade seria afastada. Clara, portanto, a influência da teoria civilista.

---

<sup>54</sup>Apelação Cível n. 70035910363. Relator: Des. Gelson Rolim Stocker. Julgamento em 29/06/2011, publicado no DJ em 06-07-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70035910363&num\\_processo=70035910363&codEmenta=4223194&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70035910363&num_processo=70035910363&codEmenta=4223194&temIntTeor=true)>

No entanto, este mesmo raciocínio não foi compartilhado pela 9ª Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça. Em que pese os fatos não serem idênticos, verifica-se que a discussão travada na apelação cível n. 70040583270 é similar à controvérsia analisada pela 5ª Câmara Cível, pois trata da responsabilidade civil de ente da federação decorrente da falta de sinalização de desnível existente em uma faixa de segurança, o qual foi gerado pela realização de uma determinada obra pública.

O relator do recurso de apelação, Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, identifica o caso como hipótese de *“responsabilização do ente público por omissão administrativa, consistente na ausência de cuidado e fiscalização de ruas e obras públicas, de modo a proporcionar e garantir a segurança e integridade física da população”*.<sup>55</sup>

O próprio magistrado admite a controvérsia, cujas razões e fundamentos já foram expostos no presente trabalho, quando refere:

(...) Todavia, ainda há bastante controvérsia relativamente à responsabilidade do Estado por omissão, isto é, se regulada pela responsabilidade objetiva ou pela responsabilidade subjetiva. No primeiro caso, o Estado responde pelo descumprimento de um dever jurídico de agir. Configurado este primeiro requisito, surgindo um dano e havendo o nexo causal, estaria configurado o dever de indenizar. A segunda teoria exige a comprovação da falta do serviço, isto é, o cidadão deveria inicialmente comprovar que o serviço inexistia ou existia, mas foi prestado tardiamente, ou mesmo prestado a tempo foi considerado deficiente. (...).<sup>56</sup>

No julgamento em análise a corrente adotada foi a objetiva. Entendeu o relator que o aspecto de maior relevância para a análise da responsabilidade civil do Estado, além do preenchimento dos requisitos necessários para a configuração do dever de indenizar (ato comissivo/omissivo, dano e nexo causal), é o exame da

---

<sup>55</sup>Apelação Cível n. 70040583270. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 10/08/2011, publicado no DJ em 15-08-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70040583270&num\\_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040583270&num_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true)>

<sup>56</sup>Apelação Cível n. 70040583270. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 10/08/2011, publicado no DJ em 15-08-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70040583270&num\\_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040583270&num_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true)>

exigibilidade de uma conduta estatal, a qual, se invocada, seria a causa de impedimento do resultado danoso.

Aqui, verifica-se que o julgador está se referindo ao elemento caracterizador do ato omissivo impróprio elencado por Marçal Justen Filho, qual seja, o dever especial de diligência. Entendeu o relator que, mesmo diante de um caso onde não há norma imputando à Administração Pública o dever de agir, há um dever especial de cuidado, o que bastaria para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado.

Segundo o voto condutor do acórdão em estudo:

(...) o Estado deve responder por danos decorrentes do descumprimento do seu dever de agir, sendo que pelos termos do §6º do artigo 37 da Constituição Federal os requisitos para caracterizar a responsabilidade são: a) a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional; b) nexo causal direto; e c) a conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, nessa qualidade. Em relação ao nexo causal, dever ser comprovado, não se estabelecendo quando inviável o cumprimento do dever de agir por parte do Estado. (...) Logo, considerando uma hipótese de responsabilidade objetiva, acolhe-se a presunção *juris tantum* da existência do nexo causal, resguardadas as excludentes em contrário, inclusive o que o autor denomina de “reserva do possível”. (...).<sup>57</sup>

E remata afirmando que *“quando o dano decorrer de uma omissão estatal, em desobediência ao dever jurídico de agir, razoavelmente exigível no caso concreto, impõe-se responsabilizá-lo quando deixou de agir para evitar a ocorrência do dano.”*<sup>58</sup>

Conclui-se, então, que a solução adotada pela 9ª Câmara Cível foi diversa da adotada pela 5ª Câmara Cível do mesmo Tribunal de Justiça, o que ilustra a controvérsia envolta ao assunto. Em casos semelhantes, onde a causa de pedir estava pautada na omissão do Estado em adotar determinada conduta preventiva, o

---

<sup>57</sup>Apelação Cível n. 70040583270. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 10/08/2011, publicado no DJ em 15-08-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70040583270&num\\_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040583270&num_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true)>

<sup>58</sup>Apelação Cível n. 70040583270. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 10/08/2011, publicado no DJ em 15-08-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70040583270&num\\_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70040583270&num_processo=70040583270&codEmenta=4285756&temIntTeor=true)>

primeiro colegiado entendeu que a responsabilidade civil da Administração Pública seria objetiva, pois o seu agir estaria regulado em um dever especial de diligência, enquanto que o segundo colegiado entendeu que a responsabilidade civil do Estado seria subjetiva, pois a análise da existência ou não de culpa do ente público seria imprescindível para a afirmação da existência do dever de indenizar.

No que se refere a discussão, o Ministro Joaquim Barbosa, relator do Recurso Extraordinário n. 136.861, em decisão monocrática, deu provimento a insurgência de administrados em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual reformou a sentença de procedência proferida pelo juízo de primeira instância, que condenou município a reparar danos decorrentes de uma explosão de residência utilizada como loja de fogos de artifícios. Invocou como argumento de convicção o mesmo fundamento utilizado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para a aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pela prática de atos omissivos.

Isso porque, referiu o Ministro que os dois fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido, quais sejam, o de que a omissão da Administração teria sido irrelevante para o resultado e o de que haveria culpa exclusiva dos proprietários da loja, são insuficientes para afastar a responsabilidade objetiva da municipalidade. Asseverou, primeiro, a comprovação de que os responsáveis comunicaram o município acerca das atividades desempenhadas na propriedade e, segundo, haveria um dever legal de cuidado atribuído à Administração Pública, consistente, no caso em análise, do poder de polícia para a fiscalização do uso do solo urbano. Por fim, referiu que a responsabilidade objetiva fundada no dever legal de agir poderia, em tese, ser afastada pela culpa exclusiva do particular (responsabilidade subjetiva). Quanto ao ponto, merece transcrição o raciocínio realizado pelo Ministro Joaquim Barbosa:

(...) o fato de existir responsabilidade subjetiva de um particular não basta para afastar a responsabilidade objetiva do Estado. São esferas de responsabilidade que podem estar sobrepostas (como é o caso dos autos), mas a exclusão de uma por outra, ou seja, a exclusão da responsabilidade objetiva do Estado pela responsabilidade subjetiva do particular só poderia

ocorrer se não fosse possível identificar, na omissão, a violação de um dever de cuidado do Estado. (...) <sup>59</sup>

Conforme entendimento do julgador, inexistiria a responsabilidade objetiva do Estado pela prática de atos omissos somente naqueles casos em que não estivesse caracterizada a existência de um dever especial de agir da Administração Pública, que no caso analisado se caracteriza pela omissão no momento da fiscalização, conduta que, no entender do magistrado, foi relevante para a produção do resultado. Havendo este dever, e restando o ente público omissivo em relação ao seu cumprimento, o mesmo deve ser responsabilizado de forma objetiva pela ocorrência do dano.

Ressalta-se que a decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário analisado foi reformada pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal, momento em que foi reconhecida a repercussão geral acerca do tema, o que ilustra a relevância do estudo e afirma a controvérsia existente em torno do assunto. E pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o posicionamento constante na decisão monocrática acima analisada é minoritário.

O Supremo Tribunal Federal vem firmando o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pautada pela teoria da “*falta do serviço*” é subjetiva. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao apreciar agravo de instrumento interposto pelo Estado de Pernambuco em face de decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, o qual visava discutir a existência do dever do Estado em se responsabilizar pela integridade física de apenados, reparando eventuais danos ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, referiu que, mesmo se tratando de conduta omissiva, que torna subjetiva a responsabilização, há o dever de indenizar, pois configurada a culpa genérica (culpa anônima) da Administração Pública no desempenho de suas atividades.<sup>60</sup> Nesse mesmo sentido

---

<sup>59</sup>Recurso Extraordinário n. 136.861. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 03/02/2009, publicado no DJ em 04-02-2009. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1515920>>

<sup>60</sup>AI 718.202. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13/06/2008, publicado no DJ em 01-07-2008. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2623687>>

seguiu os julgamentos proferidos nos Recursos Extraordinários n. 372.472<sup>61</sup> e n. 395.942<sup>62</sup>. Aplicou, portanto, a responsabilidade subjetiva da Administração Pública decorrente da “*falta do serviço*”.

Porém, como dito, este entendimento não é pacífico. O Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar agravo regimental em agravo de instrumento, confirmou a aplicação da responsabilidade objetiva no caso de danos ocasionados aos administrados decorrentes da “*falta do serviço*” na conservação de rodovias<sup>63</sup>. O mesmo entendimento foi consignado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 719.067. Vejamos:

(...) A falta do serviço público não depende de falha técnica do agente, uma vez que a Administração responde, objetivamente, pelo funcionamento defeituoso do serviço que presta aos administrados. O hospital, como é de sabença, tem, dentre outros, o dever especial e rigoroso de oferecer aos

---

<sup>61</sup>CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. **I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência --, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.** II. - A falta do serviço -- *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. **III. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.** IV. - R.E. conhecido e não provido. (RE 372472, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 28-11-2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929).

<sup>62</sup>CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. **2. A alegação de falta do serviço - *faute du service*, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado.** **3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou imperícia.** 4. Agravo regimental improvido. (RE 395942 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00406 RTJ VOL-00209-02 PP-00866).

<sup>63</sup>AI 852.215. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 03/10/2011, publicado no DJ em 21-10-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4147749>>

pacientes os recursos, condições, eficiência e segurança necessários e compatíveis com o serviço médico que se propõe a prestar. (...) <sup>64</sup>

Afirma-se, portanto, a existência de discussão jurisprudencial acerca do tema. Porém, a tendência do Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, é pela aplicação da responsabilidade civil subjetiva à Administração Pública naqueles casos em que os danos efetivamente comprovados decorram de omissões praticadas pelos agentes estatais, de acordo com a teoria da *"falta do serviço"*. A título exemplificativo citam-se os julgamentos do AgRg no AREsp n. 243.494/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins<sup>65</sup>; do REsp n. 1059562/PA, de relatoria do Ministro Herman Benjamin<sup>66</sup> e do REsp n. 721.439/RJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup>ARE n. 719.067. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 31/05/2013, publicado no DJ em 10-06-2013. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4321072>>

<sup>65</sup>PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE MOROSIDADE. DOLO OU CULPA INEXISTENTE. SÚMULA 7/STJ.

**1. A jurisprudência, tanto a do STF como a do STJ, é firme no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de ato omissivo estatal. Incidência da Súmula 83/STJ.**

2. A modificação da conclusão a que chegou a Corte de origem, de que não ficou "configurada ineficiência ou morosidade da Administração no processamento do pedido administrativo de aposentadoria", conclusão esta pautada na análise pormenorizada dos trâmites do referido processo, e de que restou ausente a "comprovação de dolo ou culpa por parte da ré na condução do procedimento administrativo", demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

3. A incidência da referida Súmula inviabiliza o conhecimento do apelo nobre, tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional.

4. Descabe ao STJ examinar na via especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional, pois é tarefa reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 243.494/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013).

<sup>66</sup>ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. NAUFRÁGIO DE EMBARCAÇÃO MUNICIPAL. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO.

1. Hipótese em que se discute a legitimidade de a União integrar o pólo passivo de ação por reparação de danos, decorrente de naufrágio de embarcação municipal.

**2. A responsabilidade do Estado, nos casos de omissão, é subjetiva. Precedentes do STJ e do STF.**

3. In casu, não se comprovou que a União, notadamente no seu dever fiscalizatório, tenha contribuído de alguma forma para a ocorrência do evento danoso.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1059562/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 09/03/2009).

<sup>67</sup>ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO – QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA.

A par da controvérsia está a possibilidade em se aplicar na responsabilidade pública as chamadas excludentes de responsabilidade, o que acaba por afastar o dever de indenizar do Estado. Do mesmo modo, possível a incidência de culpa concorrente, instituto que influencia diretamente no valor da indenização.

O Superior Tribunal de Justiça, neste último aspecto, ao apreciar recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, reconheceu a responsabilidade subjetiva do Estado pela prática de conduta omissiva e firmou o entendimento de que, mesmo quando a concessionária de transporte ferroviário tenha sido negligente ao não cercar e sinalizar a linha férrea, conduta preventiva que provavelmente evitaria a ocorrência de sinistros, a vítima de atropelamento que adotou conduta imprudente ao atravessar a composição ferroviária concorre culposamente para o acontecimento do fato danoso.

O Ministro Luis Felipe Salomão, ao se deparar com a controvérsia já mencionada, proferiu o entendimento de que a teoria da responsabilidade objetiva não tem aplicação ao caso em tela, pois é essencial perquirir se o dano ocorreu efetiva e diretamente da conduta estatal omissiva, tornando *“imprescindível a configuração da culpa do prestador do serviço público, máxime tendo em vista que a responsabilidade objetiva deve resultar de expressa previsão legal, nos termos do art. 927, parágrafo único, do CC”*.<sup>68</sup> E no ponto específico no recurso especial, admite a concorrência de culpas sempre que a concessionária do transporte ferroviário descumprir o dever de cercar e fiscalizar as linhas férreas, mormente em

---

1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima.

**3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto.**

4. Recurso especial improvido.

(REsp 721.439/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 31/08/2007, p. 221).

<sup>68</sup>RESP n. 1210064/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 08/08/2012, publicado no DJ em 30-08-2012. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001487670&pv=010000000000&tp=51>>

locais urbanos, e a vítima adotar conduta imprudente ao atravessar a linha férrea em local inapropriado.<sup>69</sup>

Constata-se, portanto, que a responsabilidade civil do Estado, prevista e consagrada pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal, é de natureza objetiva, e está amparada pela Teoria do Risco Administrativo. A análise da culpa e do dolo mostra-se irrelevante para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, e que a análise de eventual excludente de responsabilidade está estritamente vinculada ao nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano, e não a objetividade do dever indenizatório da administração pública.

No entanto, verifica-se que a jurisprudência, muito embora já possua entendimento majoritário, ainda diverge acerca da teoria a ser aplicada naqueles casos em que os danos são verificados a partir de condutas omissivas (negativas) praticadas pelo agente estatal.

---

<sup>69</sup>RESP n. 1210064/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 08/08/2012, publicado no DJ em 30-08-2012. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201001487670&pv=010000000000&tp=51>>

## 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRÁTICA DE ATOS LÍCITOS

### 4.1 Elementos do ato lícito

Para Edmir Netto de Araújo, *“lícito é a qualidade de algo que é conforme à lei, admitido pela lei, legal, ou seja, aquilo que é justo ou permitido.”*<sup>70</sup> Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, o ato lícito é caracterizado como uma declaração de vontade tendente a uma finalidade jurídica, em consonância com o ordenamento legal, capaz de criar faculdades para o agente. Pela condição de submissão ao ordenamento jurídico, o ato lícito não ofende direito alheio, gerando direitos e ou obrigações, dependendo da pretensão desejada pelo agente.<sup>71</sup>

Carlos Roberto Gonçalves, seguindo a mesma linha de raciocínio, entende que *“lícitos são os atos humanos a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, produzem efeitos jurídicos voluntários, queridos pelo agente.”*<sup>72</sup>

A doutrina divide os atos lícitos em: *ato jurídico em sentido estrito ou meramente lícito, negócio jurídico e ato-fato jurídico.*<sup>73</sup> O *ato jurídico em sentido estrito* manifesta a vontade predeterminada na lei. A ação do homem não se baseia numa vontade qualificada, mas em uma simples intenção. Há uma declaração de vontade cujos efeitos são determinados pela norma, acatando a ordem emanada pela legislação.<sup>74</sup>

O *ato-fato jurídico* ilustra a consequência da conduta humana, ou seja, o fato resultante de determinada ação, independentemente da vontade do agente em alcançar o resultado atingido. Isso porque a lei atribui como fatos determinadas

---

<sup>70</sup>ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 734.

<sup>71</sup>PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil - vol I*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 653.

<sup>72</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - vol I*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 278.

<sup>73</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - vol I*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 278.

<sup>74</sup>DELGADO, José Augusto; JUNIOR, Luiz Manoela Gomes. *Comentários ao Código Civil Brasileiro - vol II*. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 839.

condutas sem levar em consideração a vontade, a intenção ou a consciência do agente, bastando apenas o ato material realizado.

Já no negócio jurídico, o ato humano é caracterizado pela existência de uma vontade qualificada do agente em alcançar determinado resultado permitido pela lei. Correspondem às ações humanas que criam, modificam ou extinguem relações jurídicas mediante a consumação concreta da vontade.<sup>75</sup>

As disposições reguladoras dos negócios jurídicos consideram e valorizam o intento que é irrelevante no ato jurídico *stricto sensu*.<sup>76</sup> Álvaro Villaça Azevedo distingue bem *ato jurídico em sentido estrito* de *negócio jurídico*. Afirma que:

Para a existência do ato jurídico, em sentido estrito, é necessário que o agente queira o ato, como tal, mas não se requer que seja querido também o efeito. Por outro lado, para que exista negócio jurídico, é necessário que, não somente, seja ele querido, como tal, mas ainda que seja querido o efeito consequente.<sup>77</sup>

Afirma-se, portanto, que ato jurídico (ato lícito) sempre resulta da vontade humana, dependendo desta para que venha a existir e produzir efeitos. O ato do agente apresenta-se como um pressuposto fático previsto na norma, a fim de determinar o resultado que esta previamente programou.<sup>78</sup> Assim como o negócio jurídico, o ato lícito é capaz de conceber o nascimento, a modificação e a extinção de direitos. Ambos devem estar em sintonia com as determinações legais.<sup>79</sup>

## 4.2 O ato lícito como fundamento da responsabilidade civil do Estado

Andrés Morey Juan introduz de forma pontual o tema:

---

<sup>75</sup>NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 297.

<sup>76</sup>GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 236.

<sup>77</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado - vol II*. São Paulo: Atlas. 2003, p. 39.

<sup>78</sup>JUNIOR, Humberto Theodoro. *Comentários ao Novo Código Civil - vol III - tomo II*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 9.

<sup>79</sup>DELGADO, José Augusto; JUNIOR, Luiz Manoela Gomes. *Comentários ao Código Civil Brasileiro - vol II*. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 840.

El efecto es la lesión antijurídica en los bienes y derechos del particular. Es el daño producido; perjuicio antijurídico, en el sentido de que el particular no tiene el deber de soportar, no en el de que la acción causante sea contraria a derecho. Se realiza esta afirmación porque la lesión puede provenir del funcionamiento normal de la Administración, por lo que, en estos casos, lo antijurídico no es la acción en sí misma, sino sus efectos.<sup>80</sup>

A responsabilidade civil do Estado pode provir tanto de um ato ilícito quanto de um ato lícito. Qualquer que seja a responsabilidade conferida à administração, seja ela proveniente de uma conduta omissiva ou comissiva, ou qualquer que seja a natureza do dano, a responsabilidade civil do Estado rege-se sempre pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal<sup>81</sup>, o qual não diferencia as duas situações de *damage cause*, levando a crer que os danos causados pela Administração Pública não tenham que ser derivados, necessariamente, de atos ilícitos.<sup>82</sup> Essa é a afirmação, inclusive, da doutrina espanhola, onde, através das palavras de Eduardo Barrachina Juan, assevera que não só os danos ilegítimos ocasionados pela conduta ilícita do Estado serão objeto de responsabilização, mas também os prejuízos causados pela atividade lícita da Administração Pública.<sup>83</sup>

Em que pese a importância do estudo da responsabilidade pública decorrente de atos ilícitos, pois, como visto, há divergência na doutrina e na jurisprudência acerca do assunto, o ponto de análise da pesquisa é a responsabilidade civil da Administração pela prática de atos lícitos, precisamente os danos decorrentes de obras públicas. Ressalta-se que a análise está adstrita aos casos em que, mesmo quando a obra é realizada corretamente, dentro dos padrões técnicos e no prazo previsto, o dano é causado ao(s) administrado(s). Ou seja, está adstrita aos casos em que a Administração Pública exerce uma atividade administrativa lícita.

A doutrina argentina, assim como a brasileira, considera indispensável para a caracterização da responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito o preenchimento dos seguintes requisitos: a imputabilidade da prática do ato a um dos

---

<sup>80</sup>JUAN, Andrés Morey. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valência: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U. 1998, p. 542.

<sup>81</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade: *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 35.

<sup>82</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 373.

<sup>83</sup>BARRACHINA JUAN, Eduardo. *Compendio de Derecho Administrativo - tomo II*. Barcelona: PPU. 1986, p. 901.

órgãos da Administração Pública; a existência de um dano certo aos direitos dos administrados; o nexo causal entre o ato e o dano suportado pelo particular; e a ausência de um dever legal do administrado em suportar a lesão.<sup>84</sup>

Quanto ao ponto, Rui Stoco define ato lícito danoso como aquele que, “*de um modo voluntário e final, se dirige à produção de um dano na esfera jurídica de outrem: o agente lesante tem a certeza, consciência e vontade de causar um prejuízo*”<sup>85</sup>. Faz-se necessária, de certo modo, a presença de um elemento subjetivo de cunho reprovável para a responsabilização do ente estatal.<sup>86</sup> Explica o doutrinador que em determinados casos a Administração Pública está autorizada pela norma à prática de alguns atos que não têm a finalidade própria de sacrificar interesse privado. O exercício desse direito pelo Estado poder atingir interesse alheio, violando-o como mera seqüela de uma ação legítima.<sup>87</sup> Conclui-se, portanto, que o dano almejado é, na responsabilidade por atos lícitos, um elemento inerente da ação.

Entretanto, o ente público somente terá o dever de reparar a lesão quando esta for objetivamente antijurídica. O dano deve ser classificado como relevante, dotado de uma especialidade e de uma anormalidade<sup>88</sup>. Ausentes estes dois requisitos, o ato lícito praticado pela administração pública será considerado restritivo de direitos, mas compreensivo de toda a coletividade, ficando no campo de atuação normal e socialmente suportável.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, quando a Administração Pública regula direitos, compatibilizando os interesses do particular com os da coletividade, sem desnaturá-los ou sacrificá-los, o gravame imposto pelo ato lícito a ser praticado é natural, tido como indispensável e coerente com os graus de exigência da vida social. Nesses casos não se verificaria a responsabilidade civil do Estado.

---

<sup>84</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo - tomo I*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998, p. 294-95.

<sup>85</sup>STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 1163.

<sup>86</sup>FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 798.

<sup>87</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 616.

<sup>88</sup>MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C.. *Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996, p.411.

Por outro lado, quando a Administração Pública impõe uma restrição aos titulares de interesses cujo conteúdo seja patrimonial, implicando uma compressão do direito ou a sua extinção, visando a imperar um interesse coletivo, cujo ato lícito causará a quebra do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais suportados pelos administrados, o dever do Estado em reparar o dano estaria caracterizado.<sup>89</sup>

Sobre este aspecto, o clássico doutrinador português, José Joaquim Gomes Canotilho, leciona:

Mas bem se compreende que nos casos de sacrifícios impostos autoritariamente através de medidas legítimas, ou se danos derivados de atividades perigosas, mas lícitas, a inadmissibilidade da indenização de danos generalizados e de pequena gravidade seja a regra. Os pequenos sacrifícios, oneradores de alguns cidadãos, constituem simples encargos sociais, compensados por vantagens de outra ordem proporcionadas pela atuação da máquina estatal. Se o dano não exceder os encargos normais exigíveis como contrapartida dos serviços públicos, não há lugar ao pagamento de indenização, sob pena de insolúveis problemas financeiros, paralisadores da atividade estatal<sup>90</sup>.

Desse modo, geram o direito ao ressarcimento aqueles danos decorrentes de atividade lícita da Administração Pública quando os mesmos incidam de forma desigual sobre determinados sujeitos de direito. Os danos devem ser anormais, exceder os incômodos provenientes da vida societária, e especiais, restritos a determinado grupo de pessoas. Danos de pequena monta devem ser suportados pelos administrados, pois são frutos de atividades realizadas em benefício de toda a coletividade, devendo ser tolerados.

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que se um interesse público não pode ser alcançado sem o sacrifício de um interesse particular, o qual também é tutelado pelo ordenamento jurídico, a norma ditará a preferência do primeiro, nos casos que deva prevalecer, evidentemente. Contudo, essa mesma norma não poderá ignorar ou menosprezar a tutela do interesse privado que será atingido, o qual será convertido em uma equivalência expressada de forma patrimonial<sup>91</sup>. O ato

---

<sup>89</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros. 1993, p. 355.

<sup>90</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina. 1974, p. 272.

<sup>91</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981, p. 123.

que, embora lícito e permitido, impregnado de interesse público, será indenizável quando causar prejuízo ou restrição de direito ao particular que não está obrigado legalmente a suportá-lo. “*Si no existe el deber jurídico de soportar el daño, este debe ser indemnizado en todo caso*”.<sup>92</sup>

O que fundamenta a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos, além dos dois requisitos antes mencionados (anormalidade e especialidade do dano), é o princípio da igualdade, que garante entre os administrados uma divisão equânime dos prejuízos causados por conta de atividades desempenhadas pela Administração Pública no interesse da coletividade.<sup>93</sup> A respeito do princípio da igualdade, Marino Pazzaglini Filho afirma que o mesmo é, em especial, aplicado à Administração Pública, já que cabe a ela o tratamento isonômico a todos os administrados. Deve o Estado conceber tratamento igual em situações iguais e tratamento desigual para situações desiguais na medida de cada desigualdade.<sup>94</sup>

Ponto interessante é o aspecto que o princípio da igualdade exerce no momento em que se identifica o regime que a responsabilidade está submetida. Sérgio Severo esclarece, por exemplo, que se o regime estiver submetido ao conceito de culpa, o juízo que deverá ser realizado acerca da incidência do princípio da igualdade cairá sobre a conduta do autor do dano. Por outro lado, se a responsabilidade estiver submetida ao regime do risco, esse juízo incidirá sobre a perspectiva da vítima do ato danoso.<sup>95</sup>

Percebe-se, então, que esse tratamento isonômico deve ser cauteloso. Necessário, antes de qualquer aplicação do princípio da igualdade, identificar o regime em que a responsabilidade civil do Estado esteja submetido, sob pena de generalizar o instituto, onerar o erário público e impossibilitar a própria atividade estatal.

No caso em análise, onde a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos está fundamentada na teoria do risco, inegável que o princípio ganha

---

<sup>92</sup>MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de Derecho Administrativo - vol I. 11 ed. Madrid: Civitas. 2000, p. 535.*

<sup>93</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.931.*

<sup>94</sup>FILHO, Marino Pazzaglini. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública. São Paulo: Atlas. 2000, p. 36-37.*

<sup>95</sup>SEVERO, Sérgio. *Tratado da Responsabilidade Pública. São Paulo: Saraiva. 2009, p.65.*

importância, pois geralmente a vítima é considerada hipossuficiente frente à Administração Pública<sup>96</sup>. Contudo, tão somente a hipossuficiência da vítima não atrai o dever indenizatório. Deve-se analisar o dano.

Juan Carol Cassagne, ao tratar sobre o tema, refere:

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio.<sup>97</sup>

O Estado está autorizado a lesar determinado sujeito desde que esse dano se caracterize como anormal e específico, e desde que a coletividade seja poupada do sofrimento deste dano. Ainda, o ente estatal deve estar predisposto a indenizar a lesão. Seria um exercício condicionado do direito da administração pública, cujo fundamento é o princípio antes mencionado<sup>98</sup>.

O dano, aqui, é qualificado como injusto, pois rompe o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados<sup>99</sup>. A construção, por exemplo, de um viaduto ou um elevado pelo Poder Público, mesmo que tenha sido pautado pela estrita legalidade, se causou danos extraordinários, além do risco normal que todos estão sujeitos, o Estado tem o dever de indenizar.<sup>100</sup> Nesses casos, então, a sociedade, através do erário público, deve contribuir com a reparação da lesão sofrida pelas vítimas do dano.<sup>101</sup> Desse modo, a busca pela justiça distributiva faz com que o custo da ação deduzida em proveito da sociedade seja por esta suportada, como um todo. Evita-se que o empobrecimento de determinado indivíduo beneficie toda a coletividade.

Quanto ao ponto, importante transcrever a conclusão de Marcelo Caetano:

---

<sup>96</sup>SEVERO, Sérgio. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva. 2009, p.65.

<sup>97</sup>CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo - tomo I*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998, p. 276.

<sup>98</sup>MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Limites da Responsabilidade do Estado*. São Paulo: Impetus. 2003, p. 149.

<sup>99</sup>GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 889.

<sup>100</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos. 2002, p. 293.

<sup>101</sup>MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. 20 ed. Madrid: Trivium. 1999, p. 544.

Se um direito tem de ser sacrificado ao interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique iniquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela coletividade. Como se faz tal repartição? Convertendo o direito sacrificado no seu equivalente pecuniário (justa indenização) pelo erário público para o qual contribui a generalidade dos cidadãos mediante a satisfação dos impostos. Assim, a responsabilidade pelos prejuízos causados na esfera jurídica dos particulares em consequência do sacrifício especial de direito determinando por fatos lícitos da Administração Pública funda-se no princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos<sup>102</sup>.

O princípio da igualdade é fundamento para responsabilizar o Estado na prática de atos lícitos, pois se todos são iguais perante a lei, também o são frente às cargas públicas.<sup>103</sup> O Supremo Tribunal Federal há muito vem aplicando este entendimento, o qual é ilustrado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 113.875, cujo relatório é da lavra do Ministro Carlos Velloso. Nele há a confirmação da aplicação do princípio, pois *“sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”*<sup>104</sup>.

A responsabilidade civil do Estado pela prática de atos lícitos é, portanto, objetiva. O regime da responsabilidade pública por conduta lícita inviabiliza o exame de eventual excludente de ilicitude, pois, evidentemente, a ação estatal é intrinsecamente lícita, necessária e desejável, o que pulveriza qualquer referência à culpa.<sup>105</sup> A existência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito. O que importa é a ilegitimidade do dano, não que a conduta causadora o seja.<sup>106</sup> *“Vê-se, pois, que o*

---

<sup>102</sup>CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo – vol II*. 10 ed. Coimbra: Almedina. 1999, p. 1.239.

<sup>103</sup>FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 179.

<sup>104</sup>2ª T., AC. Um., rel. Min. Carlos Velloso, DJU 03.04.1992, p. 4.292.

<sup>105</sup>SEVERO, Sérgio. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva. 2009, p.230.

<sup>106</sup>ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 735.

*Estado está adstrito a uma teoria extremamente rígida no que diz respeito ao dever indenizatório.*<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos. 2002, p. 293.

## 5 O DEVER DO ESTADO EM INDENIZAR O DANO PROVENIENTE DE OBRA PÚBLICA

### 5.1 Conceito de Obra Pública

Obra pública, de acordo com a doutrina francesa, é uma “*operação complexa, de grande vulto e de interesse geral, levada a termo sobre imóveis por conta ou sob fiscalização de uma coletividade pública*”<sup>108</sup>. Já a doutrina espanhola a define como o resultado pretendido pela Administração Pública no desempenho da construção de determinado bem imóvel, não se caracterizando essa atividade como um serviço público.

Quem melhor define obra pública é o autor espanhol José A. López Pellicer:

Como modalidad de actuación administrativa, la obra pública se define fundamentalmente por su objeto, que consiste en la construcción, reforma o reparación de un bien inmueble, que corresponde realizar a la Administración y que ésta realiza bien por sus propios medios (ejecución directa) o por medio de persona o entidad interpuesta (ejecución mediante contratista o concesionario), para atender a um determinado fin de interés público.<sup>109</sup>

Marcelo Caetano a especifica como uma atividade de construção, reparação, modificação, adaptação ou manutenção de bens públicos, realizada total ou parcialmente pela Administração Pública e visando a utilidade pública.<sup>110</sup> Tem-se a aplicação do conceito de obra pública também naquelas situações em que os bens não pertencem, de forma integral, ao estado. Nos casos de manutenção, reparação e ou modificação de uma estrada construída através de recursos privados, por exemplo, teremos obra pública. O mesmo se aplica aos imóveis objetos de

---

<sup>108</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 618.

<sup>109</sup>PELLICER, José A. López. *Lecciones de Derecho Administrativo - vol. II*. 2 ed. Murcia: Librero. 1998, p. 302.

<sup>110</sup>CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 6 ed. Coimbra: Almedina. 1963, p. 655.

desapropriação, onde a sua constituição adveio da iniciativa de particulares, mas, por requisição do Estado, passou a integrar o patrimônio público.<sup>111</sup>

Verifica-se, portanto, a existência de um elemento material e a existência de um elemento jurídico em torno da concepção do conceito de obra pública. O primeiro é entendido como as alterações substanciais realizadas no ambiente, tais como construção, reforma, reparação, demolição, instalação, dentre outros. O segundo elemento é compreendido como a finalidade da realização do primeiro que, por força de um ato administrativo realizado pela entidade competente, passará a integrar o regime dos Bens Públicos.<sup>112</sup> São esses dois elementos que constituem o conceito de obra pública.

## **5.2 O dano como requisito para a caracterização da Responsabilidade Civil do Estado: da lesão antijurídica**

Abordou-se, no capítulo anterior, as nuances que giram em torno do ato lícito como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Verificou-se que a Administração Pública, pautada pela responsabilidade objetiva, sempre terá o dever de indenizar quando a prática de determinado ato lícito ocasionar uma lesão antijurídica, responsável pela quebra do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, ou, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, um *dano em direito*. Segundo o administrativista, o dano em direito seria aquele que recai sobre “*um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo protege, reconhecendo-o como um direito do indivíduo*”.<sup>113</sup> O dano, ainda, deve ser certo, não importando se é atual ou futuro, desde que seja real.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup>STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 1145.

<sup>112</sup>PELLICER, José A. López. *Lecciones de Derecho Administrativo - vol. II*. 2 ed. Murcia: Librero. 1998, p. 303.

<sup>113</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.964.

<sup>114</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.966.

Por sua vez, demonstrou-se que a lesão antijurídica somente estará caracterizada quando verificada uma anormalidade no dano. Do mesmo modo, para que se configure o dano anormal em uma lesão antijurídica, há a necessidade de que a vítima seja especial. Afirma-se, portanto, que esses dois elementos do dano – anormalidade e especialidade – se potencializam quando se está diante da responsabilidade pública decorrente de atos lícitos, pois representam a fronteira entre a lesão indenizável e aquela que não possui relevância jurídica.<sup>115</sup>

Importante, quanto ao ponto, o raciocínio feito pela doutrina espanhola acerca dos conceitos jurídicos de dano e prejuízo. Eduardo Barrachina Juan afirma que a Administração Pública não está obrigada a indenizar qualquer prejuízo, salvo quando este detrimento patrimonial for considerado antijurídico, sendo irrelevante se a conduta do ente estatal tenha sido lícita ou contrária ao Direito, já que o sujeito não possui o dever legal de suportá-lo.<sup>116</sup>

Diante da propriedade com que escreveu sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello merece novamente ser citado:

Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas (...) Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social.<sup>117</sup>

Verifica-se, portanto, que a lesão antijurídica, ou lesão em direito, é caracterizada pelo dano certo, anormal e especial, e não universal. Há quem diga que o dano ainda deve ter agregado um valor economicamente apreciável.<sup>118</sup> Para Andrés Morey Juan, a Administração Pública terá o dever de indenizar sempre que a

---

<sup>115</sup>SEVERO, Sérgio. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva. 2009, p.190.

<sup>116</sup>BARRACHINA JUAN, Eduardo. *Compendio de Derecho Administrativo - tomo II*. Barcelona: PPU. 1986, p. 902.

<sup>117</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.967.

<sup>118</sup>GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 877.

lesão antijurídica consistir em “*um daño real y efectivo, individualizado y ponderable económicamente*”.<sup>119</sup>

A doutrina espanhola caracteriza o dano real e efetivo como sendo aquele que produz uma diminuição patrimonial da vítima, e não um mero embaraço passageiro.<sup>120</sup> Excluem-se aqueles danos eventuais ou meramente possíveis ou futuros.<sup>121</sup> Esse dano real e efetivo deve ser individualizado, ou seja, a lesão tem que ser identificada em uma única pessoa ou em um determinado grupo de indivíduos. Não é necessário que o prejuízo alcançado por todos seja essencialmente o mesmo. Por fim, o dano antijurídico deve possibilitar uma ponderação econômica certa e plenamente demonstrável, cabendo à vítima comprová-la.<sup>122</sup>

Rui Stoco ensina que o nexo causal existente entre o dano e a execução da obra pública deve ser estreito. Do mesmo modo, a lesão deve ser inerente a um imóvel e derivar de sua situação de vizinhança ou proximidade da obra pública executada. Além disso, o dano deve ser permanente e acompanhado de uma lesão jurídica, ou seja, da perda ou diminuição de um direito. Ainda, esse dano deve ser efetivo, emergente, e não simples frustração de benefícios esperados em razão da obra realizada pela Administração Pública. Enfim, o dano deve ser representado por um verdadeiro sacrifício, e não simples limitação geral de direito.<sup>123</sup>

A lesão antijurídica ocasionada pela atuação lícita do Estado deve, evidentemente, ser reparada. O lesado pela atuação lícita da Administração Pública deve ter o dano plenamente indenizado, o que implica, na maioria das vezes, uma restituição pecuniária desse prejuízo, o qual recaiu sobre um determinado bem ou direito.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup>JUAN, Andrés Morey. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valência: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U. 1998, p. 542.

<sup>120</sup>SANTAMARIÁ PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo - vol. I*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2000, p. 481.

<sup>121</sup>PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo - vol. I*. 12 ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2000, p.661.

<sup>122</sup>BARRACHINA JUAN, Eduardo. *Compendio de Derecho Administrativo - tomo II*. Barcelona: PPU. 1986, p. 902-903.

<sup>123</sup>STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p. 1148.

<sup>124</sup>JUAN, Andrés Morey. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valência: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U. 1998, p. 542.

Conclui-se, portanto, que não é porque da atividade típica (lícita) do ente estatal na realização de obras públicas tenha decorrido um prejuízo para o administrado que este terá o direito à reparação. Além do nexo causal, exige-se a qualificação do dano como uma lesão antijurídica.

### **5.3 Dano ocasionado pela prestação da obra pública**

O Estado poderá desempenhar diretamente a construção de determinada obra pública, seja através da Administração Pública direta, seja através da Administração Pública indireta. Também poderá realizar determinada obra pública através das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, contratadas, na maioria das vezes, por meio de procedimento licitatório.

Em se tratando de obra pública, a responsabilidade civil do Estado estará presente nos casos em que for constatado dano a terceiro, mesmo quando a obra estiver dentro dos padrões técnicos previamente estipulados e no prazo determinado (obra realizada corretamente). São aqueles casos onde o dano é certo ou previsível, onde a Administração Pública responderá pelo *só fato da obra*.

Do mesmo modo, o dever de indenizar do Estado estará verificado quando o dano em obra pública decorrer de uma conduta omissiva do ente estatal, seja pela falta, falha ou culpa do serviço. Ainda, a responsabilidade civil do Estado poderá se configurar naqueles casos em que as empresas privadas prestadoras de serviços públicos causarem eventuais danos aos administrados.

Cabe, então, verificar a extensão da responsabilidade civil do Estado na hipótese de dano decorrente pelo *só fato da obra*, pois é neste caso que se constata a presença do ato lícito como fundamento do dever de indenizar da Administração Pública.

### 5.3.1 Da responsabilidade civil do Estado pelo *só fato da obra*

Como dito, sempre que o dano ocasionado a determinado administrado decorrer de obra pública realizada dentro do prazo estipulado e dos padrões técnicos apurados, a responsabilidade civil do Estado decorrerá pelo *só fato da obra*.

Entende-se por danos causados pelo *só fato da obra* “as repercussões advindas da concepção do empreendimento em si, ou seja, da opção administrativa pela sua feitura e que uma vez materializada pode acarretar danos a um ou outro indivíduo”.<sup>125</sup> Esse prejuízo, no entendimento de Arnaldo Rizzardo, mesmo que as obras públicas realizadas venham a ser revertidas em benefício do bem e do interesse da coletividade, devem ser ressarcidos.<sup>126</sup>

Isso quer dizer que, ou o dano foi anteriormente previsto, ou a previsibilidade da sua ocorrência foi admitida pela Administração Pública. A obra, por si só, ocasionaria o dano ao terceiro, devido a sua natureza e especificidade. Quanto ao ponto, Sérgio Severo explica que “se a obra pública impede o acesso a uma garagem, trata-se de elemento delimitado a partir da discricionariedade técnica inerente às intervenções públicas, incumbindo ao Poder Público indenizar, nos termos das intervenções lícitas”.<sup>127</sup>

Esta hipótese, qual seja, dano ocasionado pelo *só fato da obra*, é uma atividade lícita do Estado. Nenhuma ilegalidade circunda no ato administrativo que ordenou a realização da obra pública, cujos parâmetros técnicos foram previamente estudados e delimitados. O dano, aqui, é decorrente de uma atividade legítima exercida pelo Estado, cuja consequência é a lesão a um direito alheio em benefício de toda a coletividade. A responsabilidade civil da Administração Pública deverá, portanto, seguir os ditames da responsabilidade civil objetiva, pois decorrente dos princípios que norteiam o dever de indenizar pela prática de atos lícitos.

Rui Stoco, em artigo publicado na obra organizada por Nelson Nery Junior, refere que a responsabilidade do Estado pelo *só fato da obra* provém da teoria do

---

<sup>125</sup>PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 515.

<sup>126</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 374.

<sup>127</sup>SEVERO, Sérgio. *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva. 2009, p.180.

risco administrativo, o qual fundamenta, como já exposto no presente trabalho, a responsabilidade objetiva da Administração Pública. Explica o autor que dentro da teoria do risco há a teoria do risco-proveito, para qual seria inadmissível o Estado ou a coletividade beneficiar-se de determinado dano ocasionado na realização de uma obra pública em detrimento de um terceiro (ou terceiros), cabendo a ele, o Estado, reparar os prejuízos causados mediante a igualdade de repartição dos encargos sociais, através do erário público.<sup>128</sup>

Hely Lopes Meirelles, ao tratar sobre o tema, entende que a responsabilidade civil decorrente de danos oriundos pelo *só fato da obra* é sempre da Administração Pública. Afirma que em relação às lesões ocasionadas pelas características próprias da obra, isso que dizer, pela sua natureza, localização, extensão ou duração, “a Administração Pública que a planejou responde objetivamente, sem indagação de culpa de sua parte.”<sup>129</sup> Lúcia Valle Figueiredo corrobora este entendimento, pois crê que o Estado não poderá se eximir do dever de reparação por força da sua responsabilidade objetiva.<sup>130</sup>

As lesões causadas a terceiros, citadas por Hely Lopes Meirelles, nas palavras de Arnaldo Rizzardo, seriam aquelas relacionadas à diminuição do movimento de clientes de determinado ponto comercial, à inviabilidade do funcionamento de determinado estabelecimento, à interrupção de fornecimento de determinado produto, impedimento de utilização de garagens, dentre outros.<sup>131</sup>

Verifica-se, então, que a responsabilidade civil do Estado pelo *só fato da obra* é objetiva, pois proveniente de um ato lícito que afrontou o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. O fundamento para que se imponha o dever de indenizar ao ente estatal é a lesão antijurídica causada ao administrado, cujo prejuízo suportado era certo ou foi previsto pela Administração Pública.

---

<sup>128</sup>JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 617.

<sup>129</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 638.

<sup>130</sup>FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 343.

<sup>131</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p. 376-377.

#### 5.4 Do entendimento jurisprudencial

A par de toda a análise realizada acerca do ato lícito como fundamento da responsabilidade civil do Estado, em especial naqueles casos onde o dano provém de uma obra pública, importante analisar a aplicação dessas considerações, a fim de verificar qual é o entendimento dos tribunais quando o ato lesivo decorre do *só fato da obra*.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao apreciar recurso de apelação, aplicou exatamente as considerações verificadas no presente estudo. Refere que o *só fato da obra* configura-se como um ato lícito da Administração Pública, o que dá ensejo a aplicação da responsabilidade objetiva do ente estatal naqueles casos em que o administrado comprove o dano efetivo causado tão somente pela atividade desempenhada para a realização da obra pública.

A 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acabou por reformar parcialmente a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, o qual sentenciou demanda indenizatória intentada por particular em face do Município do Rio de Janeiro alegando que a construção de determinado viaduto inviabilizou o desempenho normal de suas atividades comerciais, pois foram colocadas estacas de sustentação em frente ao seu estabelecimento, o que impedia o acesso a sua loja.

No entender da relatora da apelação, a tese sustentada pelo Município não poderia prosperar, pois restou evidente nos autos o impedimento do autor em exercer sua atividade profissional. Refere que, muito embora a licitude do ato da municipalidade, não seria *“justo nem jurídico impor tamanho ônus a esse particular, já que os benefícios decorrentes da obra serão auferidos por toda a sociedade. Daí que se impõe a reparação do ano, ainda que o ato seja lícito”*.<sup>132</sup> Aqui, verifica-se, mesmo que de forma implícita, que a magistrada acaba por classificar o dano como

---

<sup>132</sup>Apelação cível n. 2008.001.39628. Relator: Des. Valéria Dacheux Nascimento. Julgamento em 19/05/2009, publicado no DJ em 17-06-2009. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200800139628>>

antijurídico, identificando os requisitos da especialidade e anormalidade da lesão, pois, muito embora toda a coletividade seja beneficiada pela obra pública, somente o autor suportou os encargos sociais decorrentes do ato lícito.

Em situação envolvendo a mesma causa de pedir, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também aplicou, a fim de responsabilizar a Administração Pública pelos prejuízos causados a determinado administrado, o ato lícito como fundamento da responsabilidade pública. A 9ª Câmara de Direito Público, ao analisar o recurso de apelação n. 0131098-08.2007.8.26.0053, condenou a Companhia do Metropolitano de São Paulo e a Fazenda Pública do Estado a ressarcir os prejuízos causados à particular que teve seu contrato de locação rescindido por conta do início das obras da Estação Fradique Coutinho. O relator do recurso, Desembargador Oswaldo Luiz Palu, ao refutar tese de irresponsabilidade da Fazenda Pública, asseverou que os efeitos causados decorrentes exclusivamente de obra pública, e não de atividade meramente executiva das empreiteiras, são de responsabilidade do Poder Público. E de forma condizente com o que foi estudado no presente trabalho, conclui:

Ou seja, o dano narrado na inicial decorreu do só fato da obra, e não de erro na execução, sendo que sequer a inicial narra atos imperitos ou negligentes da concessionária na execução da obra que pudesse ter dado causa aos danos. O fato do contrato de concessão ser do tipo empreitada integral ou turn key em nada altera a questão, advinda do ordenamento constitucional. A responsabilidade aqui, como ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO dá-se pela 'inerência da obra' ('Curso de Direito Administrativo', Malheiros, 27.ª ed., p. 700).<sup>133</sup>

O recurso de apelação acima mencionado sequer entra na análise da existência de culpa do Poder Público, pois, como bem referendado, tratou-se de dano ocasionado pelo *só fato da obra*, ato lícito que atrai a incidência da responsabilidade objetiva.

---

<sup>133</sup>Apelação cível n. 0131098-08.2007.8.26.0053. Relator: Des. Oswaldo Luiz Palu. Julgamento em 14/12/2011, publicado no DJ em 14-12-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeor=0131098-8.2007.8.26.0053&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>>

Porém, isso não quer dizer que a jurisprudência silencie, também nestes casos, acerca das excludentes de responsabilidade. A 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar o recurso e apelação n. 9208531-26.2009.8.26.000, concluiu que a duplicação de rodovia estadual não foi a causa dos danos alegados pelo administrado, o qual afirmou uma redução da comercialização de combustíveis decorrente do difícil acesso ao estabelecimento por força da realização da obra pública. O colegiado, ao se debruçar sobre a questão, ressaltou que, sobre qualquer das espécies que se pretenda a responsabilização, *“a demonstração da relação de causa e efeito entre o comportamento lesivo aduzido e o dano alegado é elemento essencial para o reconhecimento da obrigação ressarcitória, sem a qual não pode ser acolhida a pretensão”*.<sup>134</sup> Por fim, concluiu que os danos alegados pelo particular não decorreram do ato lícito praticado pela Administração Pública representado pelo *só fato da obra*, afastando a pretensão reparatória e confirmando a sentença de improcedência da demanda.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também afastou a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos suportados por comerciante decorrente de obra pública. Referiu o Tribunal local que o atraso na conclusão da obra pública somente ocorreu por força de alterações realizadas no projeto inicial do empreendimento, e que a demora na terminação da obra não possuía relação causal com os prejuízos alegados pelo particular, já que o administrado não foi impedido de exercer as suas atividades e o acesso local não foi constrangido, de modo que eventual responsabilização da Administração Pública restou afastada.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup>Apelação Cível n. 9208531-26.2009.8.26.0000. Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti. Julgamento em 30/11/2011, publicado no DJ em 15-12-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=92085312620098260000&pbEnviar=Pesquisar>>

<sup>135</sup>Apelação Cível n. 70045198728. Relator: Des. Isabel Dias Almeida. Julgamento em 19/10/2011, publicado no DJ em 25-10-2011. Acessado em 24-09-2013. Disponível em <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70045198728&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as\\_q=>](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70045198728&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>)>

Constata-se, portanto, que os principais Tribunais de Justiça do país aplicam, em se tratando de danos decorrentes pelo *só fato da obra*, a responsabilidade objetiva do Estado fundamentada pela prática de ato lícito, sempre que o poder público, na realização de determinada obra pública, vier a causar danos antijurídicos aos particulares, desde que exista a comprovação efetiva do prejuízo e o nexo causal entre a conduta do ente estatal e o dano alegado pelo administrado.

## 6 CONCLUSÃO

Constata-se uma evolução significativa em torno da inteligência que trata sobre a responsabilidade pública. Isso porque, no início prevalecia a ideia do Estado irresponsável, onde a responsabilidade pública pela prática de condutas comissivas ou omissivas danosas suportadas pelos administrados sequer era cogitada. O Estado era absoluto e não cometia erros, pois representava a expressão da lei e do Direito. Com o progresso da evolução do pensamento social e jurídico, entretanto, passou-se a admitir, desde que preenchidos determinados requisitos, a responsabilização da Administração Pública.

O ente estatal, então, passou a ser equiparado ao particular quando da análise do cometimento de conduta lesiva. Esta equiparação acabou afastando a ideia de irresponsabilidade, surgindo o entendimento de que a Administração Pública deveria ser responsabilizada por suas condutas. Surge na França a teoria da *falta do serviço*, introduzindo ao estudo da responsabilidade pública a noção de culpa, elemento essencial para a caracterização da responsabilidade subjetiva.

O surgimento da teoria da *falta do serviço*, contudo, não satisfaz plenamente as expectativas dos administrados quanto aos danos cometidos e não indenizados por força da responsabilidade subjetiva. Em determinados casos, a existência ou não de culpa passou a ser insuficiente para caracterizar e fundamentar o dever de reparação da Administração Pública, pois se constatou a quebra, em determinadas hipóteses, do princípio da divisão dos ônus e encargos sociais. Nasce, com isso, a responsabilidade objetiva do Estado, fundamentada pela teoria do risco administrativo e do risco integral.

Ponto importante é a posição da doutrina e jurisprudência acerca da responsabilidade civil do ente público quando da verificação de danos cometidos por atos omissos. Percebe-se a divisão de entendimentos quanto ao ponto, sendo que a maioria é convicta pela incidência de uma responsabilidade subjetiva do Estado, enquanto que a minoria da doutrina e jurisprudência entende pela aplicação de uma teoria objetivista, onde a análise da culpa ou dolo do agente público é prescindível. A

relevância do estudo, ainda que não atinja diretamente o foco de análise do presente trabalho, é perceptível, pois muitos dos danos suportados pelos particulares advêm da ausência do Estado em empreender determinada obra pública.

E em se tratando da realização de determinada obra pública (ato positivo), a responsabilidade civil do Estado pelo seu empreendimento é objetiva. Mesmo diante da licitude da conduta estatal, a qual é representada pelo *só fato da obra*, haverá o dever de indenizar.

A responsabilidade civil da Administração Pública está prevista no texto constitucional vigente, mais precisamente no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Referido dispositivo legal prevê o dever do ente estatal em indenizar eventuais danos causados aos administrados, sejam eles prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais. E quanto ao ponto, pacífico é o entendimento de que a responsabilidade civil da Administração Pública decorrentes de obras públicas, especificadamente aqueles danos verificados pelo *só fato da obra*, não prescinde de análise de culpa. Mesmo inexistindo ilicitude na conduta do ente estatal, o dano suportado pelo administrado deverá ser ressarcido, desde que se configure, como denominou a doutrina, um dano qualificado.

Esses danos podem ou não terem sido previstos pelo agente do poder público, e devem decorrer de uma conduta legítima do Estado. Além dos requisitos costumeiros da responsabilidade civil - conduta, dano enexo causal, o administrado deve comprovar que o prejuízo suportado é anormal e especial. Ou seja, o dano causado pelo *só fato da obra* (ato lícito da Administração Pública) não pode ser um dano geral; deve lesar a uma determinada pessoa ou grupo de pessoas (especialidade do dano). Do mesmo modo, o dano deve ser anormal, não podendo ser caracterizado como consequência da própria atividade estatal. Esse dano, em condições corriqueiras, não seria evidenciado.

O ato lícito praticado pelo estado, em se tratando de uma atividade administrativa voltada para a realização de uma obra pública, sempre causará modificação e repercussão no mundo físico exterior, ou seja, no ambiente. Por se tratar de uma obra pública, a regra é gerar, em caráter geral, um resultado benéfico à toda a coletividade. No entanto, caso a atividade lícita da administração pública

venha a causar eventuais danos à coletividade que ultrapassem os incômodos e sacrifícios próprios da vida em sociedade, como, por exemplo, a desvalorização de um imóvel, a perda de uma característica própria de determinada propriedade, a redução significativa de faturamento de determinado estabelecimento comercial, dentre outras hipóteses, e desde que a situação preencha os requisitos autorizadores do dever reparatório do Estado - anormalidade do dano e especialidade da vítima, a Administração Pública, sob o fundamento da responsabilidade objetiva e amparada pelo princípio da igualdade, deve ser compelida a reparar e(ou) compensar o dano causado ao administrado, pois configurada uma violação da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

O princípio da igualdade, assim, é o principal fundamento que legitima a busca da reparação junto ao Estado frente a ocorrência de danos ocasionados por obras públicas. Se a coletividade se beneficia com o ato lícito do ente estatal, a mesma coletividade deve tolerar os danos suportados por um único ou um grupo de administrados. Fora dessas condições, ou seja, da ocorrência de um dano individual, efetivo e permanente e que cause prejuízo anormal e antijurídico, não há o que se falar em dano indenizável. Outro raciocínio não poderia ser feito, já que, caso o Estado tenha que reparar todos os eventuais danos oriundos de obras públicas, a cada melhoramento público que realizar terá o dever de indenizar os administrados eventualmente atingidos pelo desconforto das atividades lícitas.

Assim, conclui-se que o Estado responde objetivamente pelos danos decorrentes de obras públicas (pelo *só fato da obra* – ato lícito da Administração Pública) e o seu fundamento é a quebra do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, aliado a caracterização do prejuízo suportado pelo administrado como dano antijurídico, cabendo ao lesado demonstrar que a lesão por ele suportada é anormal e especial.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado - vol II*. São Paulo: Atlas. 2003.
- BARRACHINA JUAN, Eduardo. *Compendio de Derecho Administrativo - tomo II*. Barcelona: PPU. 1986
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos. 2002.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo – vol II*. 10 ed. Coimbra: Almedina. 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina. 1974.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo - tomo I*. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998.
- CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 7 ed. Lisboa: Ancora, 2003.
- DELGADO, José Augusto; JUNIOR, Luiz Manoela Gomes. *Comentários ao Código Civil Brasileiro - vol II*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 1995.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20 ed. Rio de Janeiro: Kumen Juris. 2008.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005.

FILHO, Marino Pazzagliani. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas. 2000.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - vol I*. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

GORDILLO, Agustín. *Tratato de Derecho Administrativo - tomo I*. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo. 2003.

JUAN, Andrés Morey. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valência: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U. 1998.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Comentários ao Novo Código Civil - vol III - tomo II*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MACHADO, Guilherme Pinho. *Responsabilidade Civil do Estado e Intervenção no Direito de Propriedade*. Porto Alegre: Nova Prova. 2004.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. 20 ed. Madrid: Trivium. 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo – vol II*. Rio de Janeiro: Forense. 1989.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Limites da Responsabilidade do Estado*. São Paulo: Impetus. 2003.

MONTANER, Luis Cosculluela. *Manual de Derecho Administrativo - vol I*. 11 ed. Madrid: Civitas. 2000.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C.. *Responsabilidade Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2002.

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

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo - vol. I*. 12 ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2000.

PELLICER, José A. López. *Lecciones de Derecho Administrativo - vol. II*. 2 ed. Murcia: Librero. 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil - vol I*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

PINTO, Eduardo Viana. *Responsabilidade Civil*. Porto Alegre: Síntese. 2003.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTR. 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

SALOMONI, Jorge Luis. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros. 2006.

SANTAMARIÁ PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo - vol. I*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2000.

SEVERO, Sérgio: *Tratado da Responsabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros. 1993.