



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA – CAUSAS DE
EXCLUSÃO EM PORTUGAL E NO BRASIL**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Marciane Bonzanini

Orientador: Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número da candidata: 20151908

Março de 2020

Lisboa

Resumo: A presente dissertação pretende demonstrar, inicialmente, o surgimento e a evolução no tratamento jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com ligação à história do Estado de Direito e ao desenvolvimento dos direitos fundamentais. Foram pesquisadas as teorias de fundamentação do tema ao longo do tempo, iniciando pela teoria da irresponsabilidade, passando para as teorias civilistas e chegando às teorias publicistas. Feita a abordagem da compreensão histórica da responsabilidade civil do Estado, ainda no primeiro capítulo é apresentada a sua conceituação, a distinção de outras hipóteses jurídicas e a sua importância no estágio atual de multiplicidade de tarefas e áreas de atuação dos entes públicos. No segundo capítulo, buscou-se a exposição da evolução normativa da responsabilidade civil extracontratual do Estado em Portugal e no Brasil, desde a ausência de previsão de mecanismos efetivos de responsabilidade do Estado até o momento atual, em que as Constituições de Portugal de 1976 e do Brasil de 1988 contemplaram a sua qualificação como direito fundamental. Foram traçadas as principais distinções entre os ordenamentos dos dois Países e abordados os pressupostos de configuração da responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos causados no exercício da função administrativa, tanto para as hipóteses de responsabilidade de natureza objetiva, fundada no risco, como para as hipóteses de natureza subjetiva ou delitual. Os pressupostos comuns às duas espécies de responsabilidade são o dano, a ação ou omissão qualificada juridicamente e imputável a ente público e o nexo de causalidade. Na hipótese de responsabilidade delitual, existente em Portugal, sem previsão no Brasil, somam-se mais dois requisitos, que são a ilicitude e a culpa ou sucedâneo. No terceiro capítulo, como objetivo principal do trabalho, foram pesquisadas, em análise comparativa dos ordenamentos de Portugal e do Brasil, as causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, bem como as causas de diminuição e de impedimento à exigência da indenização (prescrição e renúncia). Foram analisados alguns aspectos gerais do tema de excludentes de responsabilidade, a exemplo da sua fundamentação, do momento de incidência e do ônus da prova. Em âmbito mais específico, propusemos a abordagem das excludentes de acordo com a sua ligação a cada um dos pressupostos da responsabilidade, com as suas consequências jurídicas em Portugal e no Brasil, então tratando da inexistência ou irrelevância do prejuízo, de conduta não imputável ao Estado, de causas de exclusão da ilicitude e da culpa e de causas de rompimento total ou parcial do nexo de causalidade (caso fortuito e força maior, fato de terceiro e culpa da vítima). Ao longo do trabalho, são expostos os resultados de pesquisa doutrinária e jurisprudencial em Portugal e no Brasil, bem como alguns aspectos dos ordenamentos francês e espanhol em perspectiva comparativa.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado; indenização; nexo de causalidade; causas de exclusão.

Abstract: The present dissertation intends to demonstrate the emergence and evolution in the legal treatment of non-contractual civil liability of the State, concerning the history of the Rule of Law and the development of fundamental rights. The theories of this subject's foundation were researched over time, starting with the theory of irresponsibility, moving to the civilist theories and finally at the publicist theories. Having approached the historical understanding of the State's civil liability, the first chapter also presents its conceptualization, the distinction from other legal hypotheses and its importance in the current stage of the multiplicity of tasks and areas of activity in public entities. In the second chapter, we sought to expose the normative evolution of extra-contractual civil liability of the State in Portugal and Brazil, since their lack of provision for effective mechanisms of State responsibility to the present moment, when the Constitutions of Portugal of 1976 and Brazil in 1988 first contemplated its qualification as a fundamental right. The main distinctions between the regulations of the two countries were drawn and the postulations for configuring the State's civil liability due to damages caused in the exercise of the administrative function were addressed, both for the hypotheses of objective liability, based on risk and for the hypotheses of a subjective or criminal nature. The assumptions common to the two types of liability are damage, legally qualified action or omission attributable to a public entity and causation. In the event of criminal liability, existing in Portugal and not in Brazil, two more requirements are supplementary, which are illegality and guilt or substitute. In the third chapter, as the main objective of this paper, the causes of exclusion from non-contractual civil liability of the State were investigated, in a comparative analysis of the Portuguese and Brazilian law, as well as the causes of reduction and obstruction to the demand for compensation (prescription and waiver). Some general aspects on the topic of exclusion of liability were analyzed, such as its reasoning, the moment of incidence and the burden of proof. In a more specific scope, we proposed the approach of the excluders according to their connection to each of the assumptions of responsibility, with their legal consequences in Portugal and Brazil, subsequently dealing with the inexistence or irrelevance of the loss, the conduct not attributable to the State, the causes of exclusion of illegality and guilt and the causes of total or partial rupture of the causal link (Act of God or unforeseeable circumstances and force majeure, third party fact and the victim's fault). Throughout the paper the results of doctrinal

and jurisprudential research in Portugal and Brazil are uncovered, as well as some aspects of the French and Spanish systems from a comparative perspective.

Keywords: State civil liability; indemnity; causal link; causes of exclusion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo I – PERSPECTIVA HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	11
1.1 – O Estado de Direito: antecedentes, nascimento e atual configuração	12
1.1.1 - O surgimento do Estado de Direito	13
1.1.2 - As transformações rumo ao Estado Social e Democrático de Direito	15
1.1.3 - A evolução e os novos desafios do Estado Social e Democrático de Direito	17
1.2 – A responsabilidade civil extracontratual do Estado: evolução e teorias de fundamentação	21
1.2.1 – Teoria da irresponsabilidade	25
1.2.2 – Teorias civilistas ou da responsabilidade pela culpa	27
1.2.3 – Teorias publicistas	30
Capítulo II – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS E OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO EM PORTUGAL E NO BRASIL	35
2.1 - A responsabilização civil extracontratual do Estado em Portugal: evolução normativa.....	35
2.2 – A responsabilização civil extracontratual do Estado no Brasil: evolução normativa.....	43
2.3 – Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa	50
2.3.1 – Dano	54
2.3.2 – Ação ou omissão atribuída ao Estado ou a ente público	57
2.3.3 - Ilícitude	61
2.3.4 - Culpa ou sucedâneo	66
2.3.5 – Nexo de causalidade: configuração e teorias de causalidade	71
Capítulo III – CAUSAS DE EXCLUSÃO E DE ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	76
3.1 – Noções introdutórias acerca de causas de exclusão e de atenuação da responsabilidade civil extracontratual do Estado	79
3.2 - Dano: inexistência e irrelevância do prejuízo	87
3.3 – Ação ou omissão causadora do dano não imputável ao Estado	94
3.4 - Causas de exclusão da ilicitude.....	99

3.5 - Causas de exclusão da culpa	110
3.6 - Rompimento do nexo de causalidade.....	113
3.6.1 - Caso fortuito e força maior	114
3.6.2 – Dano causado por fato do lesado: culpa exclusiva ou concorrente.....	120
3.6.3 – Dano causado por fato de terceiro: culpa exclusiva ou concorrente	125
3.7 – Prescrição	131
3.8 – Renúncia ao direito à indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual do Estado	140
CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS	153

Lista de Abreviaturas

AC – Apelação Cível (espécie recursal - Brasil)

AgInt – Agravo Interno (espécie recursal – Brasil)

AgRg – Agravo Regimental (espécie recursal – Brasil)

ARE – Agravo em Recurso Extraordinário (espécie recursal – Brasil)

CC – Código Civil

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUE – Direito da União Europeia

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

RE – Recurso Extraordinário (Supremo Tribunal Federal – Brasil)

REsp – Recurso Especial (Superior Tribunal de Justiça – Brasil)

RRCEE - Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas

STA – Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)

STF – Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ – Superior Tribunal de Justiça (Brasil)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

TC – Tribunal Constitucional (Portugal)

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

INTRODUÇÃO

A evolução no tratamento jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado tem por nota característica a busca da proteção das pessoas, físicas ou jurídicas, diante do exercício do poder público. No passado, em tempos não tão distantes, não era admitida a responsabilidade do Estado em razão de danos causados aos particulares, situação que paulatinamente foi sendo bastante modificada até chegar ao ordenamento que hoje encontramos em Portugal e no Brasil. Atualmente, a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário pode gerar responsabilização civil, inclusive com espécie de responsabilidade objetiva para alguns atos, hipótese em que o estudo das causas de sua exclusão ou diminuição mostra-se ainda mais relevante.

É inegável que o Estado, cuja atuação deve estar norteadada pela supremacia do interesse público, possui situação jurídica diferenciada em relação aos particulares que causem danos a serem indenizados. Mas isso não pode significar a justificação de uma condição de imunidade do Estado, sacrificando direitos individuais, sem reparação, sob o fundamento de uma atuação voltada à realização do interesse público.

A temática da origem e evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado, ao lado dos direitos fundamentais, liga-se à própria história do Estado do Direito. A perspectiva evolutiva possui relevância não apenas como mecanismo hermenêutico, mas principalmente por demonstrar a construção do moderno Estado, representado pelas Constituições de 1976 em Portugal e de 1988 no Brasil. Uma das notas características do Estado constitucional nos dois Países vincula-se à afirmação dos direitos fundamentais, inclusive como forma de limitar o exercício do poder estatal e determinar a ampla responsabilização pelos atos praticados no desempenho de funções públicas. Essas questões serão abordadas no primeiro capítulo, dedicado à perspectiva histórica da evolução do Estado de Direito e da responsabilidade extracontratual do Estado, com exposição acerca de suas teorias de fundamentação, que vieram da irresponsabilidade dos entes públicos, passando pelas teorias civilistas ou fundadas na culpa, até chegar às teorias publicistas ou fundadas no risco para algumas hipóteses. Ainda em abordagem de teorias de fundamentação, podemos identificar um estágio atual diferenciado no tratamento do tema, buscando um ponto de equilíbrio entre a proteção do particular, pessoa física ou jurídica, que sofre danos em sua esfera jurídica, e os efeitos financeiros decorrentes das indenizações a cargo dos entes públicos em razão da responsabilidade por danos causados pela sua atuação.

Após traçar esse caminho histórico-evolutivo de cunho geral, o segundo capítulo será dedicado ao estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa em Portugal e no Brasil, iniciando pela abordagem dos quadros normativos, dessa forma buscando demonstrar comparativamente os dois ordenamentos, apontando semelhanças e diferenças. Considerando a extensão do tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado em geral, o objeto de estudo foi delimitado para os danos resultantes do exercício da função administrativa, com apontamento e descrição dos pressupostos da caracterização da responsabilidade civil extracontratual nesses casos.

Investigados os pressupostos necessários à concretização da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa, o terceiro capítulo terá por objetivo analisar as causas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade, avaliando as hipóteses de acordo com a conexão e eficácia em relação aos requisitos dano, ação ou omissão atribuída a ente público e nexo de causalidade, somando-se ainda a ilicitude e a culpa para os casos de responsabilidade civil do Estado na modalidade delitual. Ademais, igualmente são importantes as situações em que, embora configurada a responsabilidade do Estado, são verificados impeditivos ao pagamento da indenização que seria devida, como é o caso da prescrição.

Para o desenvolvimento dos estudos e produção da dissertação, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, devendo ser salientada a relevância das decisões judiciais para a análise da matéria, considerando a riqueza e a multiplicidade dos fatos envolvidos na atuação do Estado, cada vez mais ampliada pelas suas atribuições fixadas na Constituição de Portugal e do Brasil, bem como pela complexidade das relações sociais em geral e dos particulares com o Estado.

Salientamos desde logo que a análise jurisprudencial possui importância ainda maior no Brasil em razão de não haver legislação infraconstitucional que discipline a previsão constitucional da responsabilidade civil extracontratual do Estado, do que resulta a aplicação direta pelos tribunais da disposição geral do artigo 37, § 6.º, da CRFB de 1988. Essa é a primeira nota de distinção entre Portugal e Brasil. A ausência de uma normatização assemelhada ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEE), instituído pela Lei n.º 67/2007, em Portugal, leva a algumas distinções importantes que desde logo se prenunciam no comparativo entre os dois Países, consoante procuraremos demonstrar ao longo deste trabalho.

Em síntese, registamos que o trabalho de pesquisa, resultante na exposição da evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado e das teorias de sua

fundamentação, procurou identificar o tratamento da matéria ao longo do tempo até sua feição no momento atual. Pretendemos trazer a exposição de uma análise comparativa dos ordenamentos de Portugal e do Brasil quanto às hipóteses de responsabilidade decorrente do exercício da função administrativa. Feita essa construção do tema nos dois Países, chegamos ao objetivo primordial deste estudo, que diz respeito às causas gerais de exclusão e de atenuação da responsabilidade civil do Estado, ainda incluindo causas impeditivas à exigibilidade da obrigação de indenizar, do que é exemplo a prescrição.

Capítulo I – PERSPECTIVA HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

A atribuição de responsabilização civil extracontratual ao Estado, tanto por ações, como por omissões, vincula-se, de início, a um princípio de proteção das pessoas, físicas ou jurídicas, em relação aos entes públicos e ao exercício de suas atribuições enquanto poder estatal.

Segundo lecionam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, em síntese, a responsabilidade civil administrativa diz respeito à obrigação dos entes públicos e dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes de indenizar os prejuízos causados a outrem no exercício de suas atividades. O adjetivo “civil” não se relaciona ao direito privado, apenas distinguindo de responsabilidade política, criminal, contraordenacional ou disciplinar.¹

Na mesma linha de compreensão, ao analisar o conceito de “responsabilidade civil da Administração”, DIOGO FREITAS DO AMARAL refere que o termo “civil” não contempla ideia de vinculação ao ramo de direito civil, pois em sua maior parte as normas que a regem são de direito administrativo; diz respeito a uma responsabilidade por perdas e danos, obrigando a Administração a indenizar prejuízos causados aos particulares e, nesse sentido, distinguindo-se de responsabilidade penal ou responsabilidade disciplinar.²

Como será exposto ao longo deste primeiro capítulo, em tempos passados havia o entendimento de que o Estado, dotado de soberania, não agiria de forma a prejudicar os cidadãos e, por isso, poderia permanecer imune a responder por danos causados no exercício de suas atribuições. Todavia, essa impossibilidade de responsabilização, baseada em um dogma de inexistência de erro e/ou de atuação estatal sempre justificada e voltada à realização do interesse público, não mais se sustenta e não encontra guarida em textos

¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008. p. 11. Segundo os autores, as outras espécies de responsabilidade possuem diferentes finalidades da responsabilidade civil, pois “(...) esta visa predominantemente a reparação de danos, enquanto a responsabilidade política visa a efectivação do controlo democrático no quadro do funcionamento do sistema de governo e as responsabilidades criminal, contraordenacional e disciplinar visam finalidades de prevenção, geral ou especial, e de repressão de condutas antijurídicas.”

² AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo - Volume II**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 550-551.

constitucionais e legais, que fundamentam o Estado de Direito e que são logicamente oponíveis a todos, inclusive ao próprio Estado.

Nessa perspectiva, passaremos a uma exposição acerca da evolução da configuração do Estado, até chegar aos tempos atuais de afirmação do Estado de Direito em Portugal e no Brasil. Considerando que a verificação da estruturação do Estado possui conotação histórica e sempre ligada aos fatores culturais e temporais de um determinado território, a abordagem do tema buscará os conceitos relacionados à realidade de Portugal e do Brasil.

1.1 – O Estado de Direito: antecedentes, nascimento e atual configuração

O delineamento do Estado vincula-se a elementos de tempo e espaço no exercício de um poder soberano, sendo concretamente mutável. J.J. GOMES CANOTILHO³ salienta que a definição histórica do conceito de Estado, com o seu desenho desde o século XIX, é apresentada como um ordenamento jurídico geral, com elementos constitutivos de territorialidade (espaço de soberania), povo (comunidade historicamente definida) e politicidade (finalidades definidas em termos políticos).

Nos limites e objetivos deste estudo, entendemos que não há necessidade de buscar os primórdios de sua construção histórica, retroagindo em visita às mais diversas formas de organização política e social dos povos. Para a compreensão da configuração atual do Estado em Portugal e no Brasil, mostra-se relevante analisar o surgimento e a evolução do Estado de Direito, pois a partir daí é edificado o entendimento básico de que todos estão submetidos à lei, inclusive os entes públicos em sua atuação, com possibilidade de sua responsabilização por danos causados no exercício das atribuições.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 14-15.

1.1.1 - O surgimento do Estado de Direito

Conforme lição de JORGE REIS NOVAIS,⁴ a afirmação do princípio de submissão dos entes públicos e de todos os cidadãos à lei surge no final do século XVIII, como consequência de uma luta desenvolvida contra o Estado absolutista,⁵ buscando garantir esferas de autonomia, liberdade e segurança dos cidadãos frente ao Estado. Ao longo dos séculos XIX e XX, foi-se moldando a concepção de Estado de Direito, especialmente influenciado pelos marcos históricos das Revoluções americana e francesa. Essa nova conformação do exercício do poder foi denominada na Alemanha de Estado de Direito, ao passo que na França foi chamado de Estado constitucional e, na Inglaterra, de “império da lei” (*rule of law*).

A compreensão do surgimento do Estado de Direito como gênero, com definição apresentada como “um Estado limitado e organizado juridicamente com vista à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos”,⁶ liga-se ao contexto histórico em que a classe burguesa buscava assegurar espaço político, especialmente durante o século XIX. Dessa forma, o surgimento do Estado de Direito traz consigo forte influência dos valores liberais.⁷

⁴ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 15-20. Em síntese, o autor coloca que a ideia de um poder de Estado com certa unidade e autonomia, presente na Cidade-Estado grega e no Império Romano, deu lugar na era medieval a uma fragmentação de poderes particulares, com natureza territorial, religiosa ou social, unindo senhores e vassalos de modo hierárquico. Sucedendo esse sistema de relações feudais, como resultado da centralização do poder político na monarquia, com supressão paulatina da estrutura feudal e das barreiras corporativas feudais, surge o Estado moderno, estabelecendo-se relação direta entre súditos e Monarca, ainda sem vinculação de todos a um regramento maior que não fosse a vontade do Rei (Estado absoluto). Esse modelo (chamado Estado de polícia) prevaleceu até o final do século XVIII, afetado progressivamente pela reação da burguesia contra o Estado absoluto, buscando formas de controle do poder político para afastar entraves ao seu progresso econômico e garantir um regime de maior liberdade. O autor ressalta que não há um momento definido e marcado para o advento do Estado de Direito, tampouco de forma idêntica nos diversos países. A Inglaterra não conheceu o modelo de Estado absoluto e o princípio do império da lei (*rule of law*) pode ser identificado já no final do século XVII, quando a Revolução Gloriosa consagrou a soberania do Parlamento e a inviolabilidade das liberdades individuais. O Estado de Direito na Alemanha estabeleceu-se de forma gradual, a partir de um compromisso com a monarquia tradicional. Nos Estados Unidos da América e na França, por sua vez, seu surgimento liga-se a processos revolucionários, rompendo com o antigo regime. A França denominou essa nova moldura de Estado constitucional.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 91. Conforme GOMES CANOTILHO, esse Estado absolutista, também denominado de “Estado de Polícia” (no sentido da administração interna do Estado), “Estado Iluminista”, “Estado de absolutismo iluminista”, “Estado de despotismo esclarecido” (séc. XVIII), teve em Portugal como paradigma o “Estado do Marquês de Pombal”, onde, referindo obra de Mário Reis Marques, teria sido mantido um certo “espírito de legalidade”, diversamente dos demais Países da Europa.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 20.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 21.

Nessa fase de feição liberal, JORGE REIS NOVAIS⁸ aponta três separações que caracterizavam o Estado de Direito, que são a separação entre política e economia (a vida econômica deve ser auto-regulada pelo mercado, cabendo ao Estado garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos), entre Estado e moral (ligada à consciência autônoma de cada indivíduo) e entre Estado e sociedade civil (na sociedade devem coexistir as esferas morais e econômicas dos indivíduos, cuja relação com o Estado deve ser apenas uma referência comum, que garanta a paz social e o desenvolvimento dos cidadãos).

Assim, a atuação do Estado deveria ser racionalizada, de conteúdo mínimo e submetida ao Direito, como espécie de “guarda-nocturno” a serviço da sociedade, tendo como tarefas únicas a garantia da paz social e da segurança dos bens e da vida, protegendo direitos e liberdades individuais.⁹ O papel do Estado seria precipuamente abstencionista, respeitando a autonomia e a livre iniciativa.

Nas palavras de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE,¹⁰ nessa primeira fase os direitos fundamentais aparecem basicamente como afirmação de liberdades, de autonomias sem condicionamentos de fim ou de função frente ao Estado, o qual deve abster-se o mais possível de interferir na vida econômica, social e pessoal dos indivíduos. Essas liberdades individuais atuam num contexto social e político organizado, que aceitam limitar-se reciprocamente para a segurança de todos, sempre colocando o indivíduo como ponto de partida. A segurança pública era a principal prestação exigida do Estado. A sociedade política liberal estava fundada nos valores da liberdade, segurança e propriedade.

Deve ser ressaltado que, nesse contexto histórico, o direito de propriedade possuía categoria superior aos demais, alçando-se como condição para o exercício de outros direitos, como o caso do direito de voto e de participação política. A consideração de que todos os indivíduos nascem iguais, embora importante, representava apenas uma face de igualdade formal.

A partir do entendimento político predominante que apregoava o dever imposto aos poderes públicos de, como regra, não intervir, formata-se a primeira geração de direitos fundamentais, identificada com os chamados direitos de defesa ou direitos de liberdade. Ao

⁸ NOVAIS, Jorge Reis - **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito - do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 60. Ao discorrer sobre as três separações que caracterizam o Estado liberal, o autor baseia-se no ideário de Adam Smith (separação Estado-economia), Immanuel Kant (Estado-moralidade) e Wilhelm Von Humboldt (Estado-sociedade).

⁹ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 21-22.

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 51-53.

lado da afirmação do princípio da separação dos poderes,¹¹ essa categoria de direitos serviria também como forma de controle, tendo por finalidade defender os indivíduos e a sociedade do arbítrio e do abuso no exercício das funções do Estado.¹²

JAIRO SCHÄFER¹³ aponta como elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de primeira geração os seguintes dados: liberdade como direito-chave; omissão como função do Estado; Estado com eficácia vinculativa principal da norma; direito de caráter individual; Estado com concepção política liberal. O autor exemplifica com os direitos à vida, à liberdade e ao patrimônio.

1.1.2 - As transformações rumo ao Estado Social e Democrático de Direito

Com as mudanças sociais e econômicas decorrentes, primordialmente, do processo de industrialização no final do século XIX, os valores do Estado liberal, fundados no livre jogo do mercado, sofreram então grande abalo pela crise generalizada que se apresentou. O desenvolvimento econômico apregoado como resultado da implantação do ideário liberal não se confirmou, tendo, ao contrário, gerado bolsões de injustiça social que fomentaram movimentos de reivindicação de transformações, visando ao alcance de um novo patamar igualitário dos indivíduos frente ao Estado. A afirmação vazia da igualdade formal mostrou-se esvaída de força e o papel do Estado recebeu o influxo de novo processo de modificação, a fim de que passasse a interferir nas relações sociais e econômicas para garantir e promover o bem comum.¹⁴

O Estado, nessa nova configuração, além de ter sua atuação limitada pela lei e pelo respeito aos direitos e liberdades individuais, assumiu novas tarefas. Conforme JORGE

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 25-27. JORGE REIS NOVAIS aponta a adoção do princípio da separação de poderes como garantia dos indivíduos em relação aos abusos no exercício do poder quando de sua concentração, dentro da doutrina de Montesquieu (O Espírito das Leis). Distribuindo as várias funções do Estado entre diferentes titulares, naturalmente se estabeleceria um controle recíproco, em regime de colaboração e interdependência entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Na prática, verificou-se uma supremacia do Parlamento, nascendo o princípio da legalidade na atuação administrativa e a subordinação dos juízes à lei.

¹² CORDEIRO, Karine da Silva - **Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 22-23.

¹³ SCHÄFER, Jairo - **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 35.

¹⁴ CORDEIRO, Karine da Silva - **Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial**. p. 23-24.

REIS NOVAIS,¹⁵ essas novas atribuições ligavam-se à redistribuição do produto social e à intervenção no processo econômico, tendo por fim a realização da justiça social e o alcance de meios em busca da igualdade material entre os indivíduos. O Estado passou a interferir diretamente na sociedade através da prestação de bens e serviços e da criação de infra-estruturas materiais.

Não obstante os modelos autoritários e ditatoriais que tomaram conta do Estado em muitos países e que suplantaram a feição do Estado liberal nos respectivos territórios por longos períodos do século XX, novas condições foram criadas ao longo desse século para a reafirmação do Estado do Direito, todavia com outra moldura, levando à construção do chamado Estado Social e Democrático de Direito. Exemplos de marcos históricos desse modelo de Estado no início do século XX, inaugurando nova forma de relação entre poder estatal e sociedade, são apontados na Alemanha, com a Constituição de Weimar de 1919, e no México, com a Constituição de 1917, bem como em diversos países no período pós-grandes guerras.¹⁶

Aliada a essa nova configuração do Estado e da sociedade, desenvolveu-se a chamada segunda geração de direitos fundamentais, vinculada a prestações devidas pelo Estado para realizar a igualdade material, com caráter principalmente positivo, exigindo uma atuação dos entes públicos.

Segundo a classificação adotada como base neste estudo, em relação a qual JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE¹⁷ possui entendimento diverso, enquadram-se na segunda geração alguns direitos econômicos, sociais, culturais e políticos, que se somaram aos direitos fundamentais já afirmados no Estado de Direito liberal. Ademais, o princípio democrático é reforçado pela participação igualitária na vida política, envolvendo tanto o votar como ser eleito e ocupar cargos. Verifica-se ainda uma paulatina expansão das liberdades, direcionadas especialmente à proteção de minorias, do que são exemplos as liberdades de religião e de associação.¹⁸

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 31.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 30.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 54 e 58. Cabe aqui referir que esses direitos são colocados por VIEIRA DE ANDRADE na classificação de terceira geração, tendo como gênero os direitos a prestações pelo Estado, exercidos através do Estado, ao passo que na segunda geração estariam somente os direitos situados na participação política.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 54-55.

Como elementos de identificação dos direitos fundamentais de segunda geração, JAIRO SCHÄFER¹⁹ aponta: igualdade como direito-chave; função promocional do Estado; Estado recebendo a eficácia vinculativa da norma; objeto de direito individual, com traços de homogeneidade, ou direitos coletivos; concepção política social do Estado (contemporâneo). Como exemplos, o autor aponta o direito à saúde e o direito à segurança pública.

1.1.3 - A evolução e os novos desafios do Estado Social e Democrático de Direito

Com um novo desenho de Estado e sociedade, fixadas diferentes categorias e espécies de direitos fundamentais, a instituição de direitos a prestações estatais fez com que as estruturas e a atuação de todos os poderes do Estado fossem modificadas para o cumprimento das novas atribuições que lhe foram conferidas.

Nesse contexto, a evolução social e do papel do Estado seguiu a passos largos, especialmente na segunda metade do século XX, após o período das grandes guerras, com ênfase para a função da Constituição e com a afirmação de ampla gama de direitos fundamentais como estruturantes do Estado Social e Democrático de Direito.

JORGE REIS NOVAIS²⁰ coloca que esse Estado busca manter e aprimorar o núcleo jurídico essencial do Estado de Direito, baseado na divisão de poderes, no respeito ao princípio da legalidade da administração e na tutela jurisdicional dos direitos dos particulares. É preciso ressaltar, nesse âmbito, a ampliação de deveres prestacionais do Estado, ligados à promoção de meios necessários a que cada indivíduo possa desenvolver livremente sua personalidade e viver de forma digna. Da mesma forma, há uma expansão do rol de liberdades e garantias, como é o caso das liberdades de opinião, de informação e de manifestação. Assim, ampliam-se os direitos de primeira e segunda gerações. Demais disso, essas liberdades passam a agregar uma dimensão prestacional por parte do Estado, adquirindo um caráter de liberdades concretas, na medida em que legitimam inclusive requerimento de anulação do ato em caso de intervenção ofensiva, com reposição ao estado anterior e eventual indenização.²¹

¹⁹ SCHÄFER, Jairo - **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão**. p. 55.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 32.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 60.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE salienta que o direito a prestações pelo Estado não tem como critério de conteúdo concreto unicamente a vontade individual do beneficiário, pois depende dos recursos sociais existentes e é fixado por opções políticas quanto à sua afetação (disponibilidade, riqueza social a distribuir e decisões coletivas de distribuição). Por isso, o autor refere que são direitos “sob reserva de possibilidade social”.²²

Ademais, nesse momento histórico em análise, afirma-se a categoria dos direitos de terceira geração, baseados na ideia de fraternidade, exemplificados pelo direito à paz e ao meio ambiente. Mais uma vez invocando a classificação exposta por JAIRO SCHÄFER,²³ a terceira geração identifica-se com as seguintes características: fraternidade como direito-chave; a função do Estado é complexa, omissiva e promocional; baseia-se em norma vinculativa do Estado e do cidadão; o direito tutelado é difuso e coletivo, com interligação com o direito individual.²⁴

No âmbito das relações entre os particulares, igualmente estabelece-se a obrigatoriedade de respeito aos direitos fundamentais, cabendo ao Estado proteger os direitos de alguns cidadãos também diante dos outros indivíduos.²⁵ Mostra-se, assim, mais uma modificação substancial no desempenho das funções do Estado, inclusive para sopesar direitos fundamentais que eventualmente estejam em conflito e buscar a solução mais adequada para esse embate.

Do ponto de vista político, mais ao final do século XXI, apresenta-se nova crise do Estado, inclusive em sua dimensão externa diante da globalização, com fenômenos multinacionais ou transnacionais que dificultam o controle dos seus efeitos, como é o caso das pandemias, ecologia, fluxos migratórios, telecomunicações e informática, bem como do terrorismo. Internamente, o Estado, com sua feição acentuada de providência, igualmente passa a enfrentar novos desafios, seja pelas dificuldades políticas de exercício do poder em uma comunidade ultradiversificada e intercultural, seja pela incapacidade de prover as prestações que lhe são exigidas ao mesmo tempo em que privatiza muitas de suas funções, seja pela própria questão financeira de escassez de recursos. A massificação das relações econômicas, o poder de grandes empresas e o questionamento dos valores racionais e políticos da modernidade igualmente se colocam como situações a serem enfrentadas.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 61.

²³ SCHÄFER, Jairo - **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão**. p. 59.

²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 63-64. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE retrata esses direitos em uma quarta geração, cujo surgimento é situado nas décadas finais do século XX, quando o Estado já enfrenta novas transformações e novos desafios.

²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 61.

No âmbito dos direitos fundamentais, o autor ressalta o surgimento da quarta geração ou categoria,²⁶ cujo conteúdo se identifica com a terceira geração na divisão proposta por JAIRO SCHÄFER, antes retratada. VIEIRA DE ANDRADE classifica na quarta geração os chamados “direitos de solidariedade”, os quais vão além da relação entre Estado e indivíduo, impondo uma dimensão essencial de diferentes deveres. Como exemplos, VIEIRA DE ANDRADE aponta os direitos-deveres de proteção da natureza e do patrimônio cultural, bem como outros de natureza comunitária, como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. VIEIRA DE ANDRADE refere que são “direitos circulares”, com dimensão objetiva reforçada e que, ao mesmo tempo, protegem bens que podem ser usufruídos individualmente, mas também são comunitários e interessam inclusive às gerações futuras. No plano dos direitos políticos, com aprofundamento da participação democrática e evolução dos meios de informação, a transparência administrativa passa a ser uma imposição, assim como a reafirmação e a densificação do acesso ao Judiciário para proteção de interesses comunitários e difusos ligados ao exercício das atividades do Estado, como ocorre, por exemplo, com o uso do mecanismo da ação popular.

Além disso, os direitos já garantidos são colocados diante de novas realidades, a exemplo do que se verifica com o direito à identidade genética do ser humano, especialmente perante o risco de experimentação científica, e com os direitos à privacidade e à imagem, diante da utilização e divulgação de dados pessoais, com intrusão de meios publicitários e de comunicação. Há ainda um grande desafio gerado pela contraposição entre as autonomias individuais e a necessidade cada vez mais premente por segurança, colocando-se ao Estado o dever de vigilância e de proteção de uns contra outros.²⁷

Outros desafios a serem enfrentados surgem com a intensificação da crise financeira do Estado-providência e com novas configurações de suas novas feições políticas, assumindo as funções de Estado “regulador, garantidor e incentivador” e buscando controlar e

²⁶ Na classificação adotada nesta dissertação, tendo por base o entendimento desenvolvido por INGO WOLFGANG SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007) e por JAIRO SCHÄFER (SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013), esses direitos enquadram-se na terceira geração ou dimensão, dentro da terminologia adotada por SARLET. Impende destacar, neste sentido, que INGO WOLFGANG SARLET tece críticas à utilização do termo “gerações” de direitos fundamentais, propondo que sejam então tratadas como “dimensões”. Salienta o autor que o termo “geração” poderia levar à ideia de alternância, e não de complementaridade dos direitos fundamentais. O autor sustenta que a teoria dimensional dos direitos fundamentais, em substituição à geracional, aponta para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a complementaridade de todos os direitos fundamentais, além de trazer a noção de unidade e indivisibilidade não só no contexto interno dos países, mas também no plano internacional. (*op. cit.*, p. 54-55)

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 63-65.

fiscalizar a iniciativa privada, que assume também o papel de colaboradora em algumas tarefas de interesse público. Ademais, os direitos humanos seguem na linha da globalização e internacionalização, colocando frente a frente o universalismo e o relativismo cultural. Por outro lado, a complexidade social traz consigo cada vez mais a necessária defesa dos direitos das minorias (étnicas, religiosas e culturais) e dos direitos às diferenças (caso do direito à orientação sexual, por exemplo), com esforço permanente para manter a coesão social e conferir igualdade de tratamento a todos, enorme desafio a ser enfrentado.²⁸

Nessa linha evolutiva do papel do Estado e de ampliação dos direitos fundamentais, logicamente com atuação e atribuições positivas ampliadas, diversificam-se as possibilidades de lesões a direitos de particulares, a partir do que as hipóteses de responsabilização civil extracontratual igualmente crescem.

Como destaca PAULO OTERO, a afirmação da responsabilidade civil dos entes públicos pelo exercício de suas funções de qualquer natureza configura-se como “um princípio estruturante de um Estado de juridicidade e, em termos simultâneos, um direito fundamental dos cidadãos: todo aquele que sofre um prejuízo, por efeito de uma conduta ativa ou omissiva dos poderes públicos, deve ser ressarcido.”²⁹ OTERO ainda ressalta a importância da afirmação da responsabilidade civil do Estado também em respeito ao princípio da igualdade de tratamento diante dos particulares, que respondem por condutas lesivas, com o que não se justificaria o reconhecimento de imunidade ao Estado.³⁰

As teorias de fundamentação da responsabilidade civil do Estado demonstram essa evolução no tratamento da matéria, sempre permeada pela diversidade de situações fáticas que se apresentam não só para modificações legislativas, mas especialmente para o desenvolvimento de estudos doutrinários e decisões jurisprudenciais dos Tribunais de Portugal e do Brasil, respectivamente, do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,³¹ como será explanado no decorrer desta dissertação.

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 65-67.

²⁹ OTERO, Paulo – Direito fundamental à responsabilidade civil dos poderes públicos e a crise financeira: esboço de uma metódica ponderativa de restrição. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 13.

³⁰ OTERO, Paulo – **Direito Constitucional Português – Volume II – Organização do Poder Político**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 36

³¹ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 11-13.

1.2 – A responsabilidade civil extracontratual do Estado: evolução e teorias de fundamentação

Como compreensão básica, a responsabilidade civil extracontratual do Estado diz respeito à obrigação que lhe é imposta de reparação dos danos que causar a terceiros, tanto por suas ações como por suas omissões.³²

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO preceitua como responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera jurídica garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”³³

Em uma primeira abordagem, referimos a classificação das modalidades de responsabilidade civil por conta da *imputação do prejuízo*, feita por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, a partir da qual a responsabilidade pode ser dividida em *delitual*, *pelo risco* ou *por fato ilícito*. A responsabilidade delitual resulta de conduta caracterizada como fato ilícito e culposos, recebendo reprovação da ordem jurídica, que determina a reparação dos prejuízos causados. A responsabilidade fundamentada no risco prescinde dessa reprovação, sendo espécie de responsabilidade objetiva resultante da distribuição dos riscos sociais, com o que, apesar de não haver imputação de ato ilícito e culposos, os danos causados exorbitam da esfera jurídica daquele que foi lesado e devem ser indenizados. Já a responsabilidade fundada em fato lícito determina a compensação do lesado pelo sacrifício de direitos que lhe foi imposto por condutas do Estado lícitas e fundadas no interesse público.³⁴

³² MEDAUAR, Odete - **Direito Administrativo Moderno**. 16.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 401. A autora apresenta outras denominações da responsabilidade civil extracontratual do Estado utilizadas na doutrina brasileira, que poderão ser apresentadas ao longo deste trabalho. São elas: responsabilidade civil do Estado, responsabilidade patrimonial do Estado, responsabilidade civil da Administração, responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, responsabilidade civil administrativa, entre outras. Em Portugal, considerando a edição de Lei específica a disciplinar o tema (Lei n.º 67/2007), a expressão legal adotada é responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. 33.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 1025.

³⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 16.

Assim, deve-se distinguir o tema deste estudo - ligado à responsabilidade civil extracontratual do Estado em sentido estrito, delitual ou pelo risco - da chamada *indenização pelo sacrifício de direito*, que se constitui na obrigação imposta ao Poder Público de indenizar os particulares que venham a ser afetados nos casos em que a ordem jurídica confere ao Estado o poder de, para efetivar sua atuação fundamentada no interesse público, gerar o sacrifício de determinados direitos de particulares, os quais são desde logo convertidos em sua correspondência patrimonial ou monetária. Exemplo disso é a desapropriação de bens pelo Poder Público.³⁵

RAFAEL MAFFINI distingue a responsabilidade civil extracontratual do Estado desse outro dever estatal, que é o de indenizar aqueles que, em razão de ato amparado pela ordem jurídica, tiverem direitos subjetivos privados sacrificados. Embora ambas as figuras converjam no sentido de gerarem reparações devidas pelo Poder Público, seus fundamentos são diversos, pois a lesão a direitos de terceiros ocorre como reflexo da atuação esperada e lícita do ente público, lesão essa já antevista e sopesada quando da ação, havendo regras constitucionais e legais diferenciadas no Brasil.³⁶

Em Portugal, embora tratada como espécie de responsabilidade civil extracontratual do Estado, denominada de *indemnização pelo sacrifício*,³⁷ a matéria também possui regras próprias e distintas,³⁸ abarcando os danos especiais e anormais decorrentes, intencional ou acidentalmente, de atos lícitos.

A fundamentação teleológica da *indemnização pelo sacrifício* vincula-se ao princípio da igualdade de todos diante da atuação estatal que gere um sacrifício a interesses ou a bens particulares. Nessa hipótese, por aplicação do princípio da equidade, os prejuízos gerados devem ser compensados. A prevalência do interesse público legitima a atuação do Estado que sacrifique interesses ou bens privados em benefício de todos, mas essas lesões geradas devem ser reparadas ou compensadas por determinação legal.³⁹

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**, p. 1026.

³⁶ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 259.

³⁷ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: anotado**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 299.

³⁸ Artigo 6.º do RRCEE (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro). “Indemnização pelo sacrifício - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.”

³⁹ MACHETE, Pedro – Indemnização pelo Sacrifício. In MEDEIROS, Rui (Organizador) - **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. p. 425-426.

Sobre a distinção da responsabilidade civil extracontratual do Estado em relação à indenização pelo sacrifício, DIOGO FREITAS DO AMARAL, baseando-se em texto de Vieira de Andrade (“Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal”), salienta que a ampliação do domínio da responsabilidade encontra limite negativo naquelas “situações em que o dano e a consequente indemnização formam um *momento constitutivo* da própria atividade pública em causa”.⁴⁰ Nesses casos, exemplificando com atos ablativos praticados pelo Estado consistentes em nacionalizações e expropriações, a indenização passa a ser um pressuposto da própria legitimidade do ato estatal, pois é a contrapartida necessária e substitutiva ao legítimo sacrifício de um direito patrimonial.⁴¹

Feitas essas ponderações sobre a configuração e conceituação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, DIOGO FREITAS DO AMARAL assim conclui:

A responsabilidade civil traduz-se numa reação do Direito a danos causados a particulares – seja por facto ilícito, pelo risco ou, na medida em que justificado pela própria ordem jurídica, por facto lícito –, destinada a repor a situação inicial daqueles mesmos particulares. Por isso, a responsabilidade civil implica uma *indenização* (direito à eliminação ou reparação, na medida do possível, do dano real); não uma *compensação* (direito a uma prestação patrimonial de valor correspondente ao de certo bem que a mesma prestação vai substituir no patrimônio do credor). Esta distinção é fundamental para a compreensão da *unidade de sentido* do instituto da responsabilidade civil.⁴²

Dessa forma, expostas as distinções entre a configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado (delitual ou pelo risco) e a *indenização pelo sacrifício*, reiteramos que o estudo dessa segunda espécie jurídica não faz parte do objetivo desta dissertação.

Atualmente, como já referido, a atribuição ao Estado do dever de reparação dos danos que causar constitui-se decorrência lógica da própria afirmação do Estado de Direito, pois todas as pessoas, sejam de Direito Privado, sejam de Direito Público, mesmo que por diferentes normas e regimes, estão submetidas à ordem jurídica estabelecida e devem responder por comportamentos que violem direito alheio.⁴³ Partindo desse princípio básico de vinculação de todos ao ordenamento jurídico, a posição do Estado, no entanto, deve ser

⁴⁰ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo - Volume II**. p. 551.

⁴¹ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo - Volume II**. p. 551-552.

⁴² AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo - Volume II**. p. 552.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.031.

distinguida, pois sua responsabilidade possui princípios próprios em razão das suas peculiaridades de ente público. Conforme salienta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o desempenho das atribuições do Estado pode dar ensejo a danos com maior intensidade que aqueles causados por particulares, além do que possuem circunstâncias diferenciadas de sua ocorrência.⁴⁴ Discorre o autor:

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não pode se furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.

Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.⁴⁵

A modificação e o crescimento das funções do Estado, colocando os indivíduos em uma relação próxima, constante e dependente das atribuições estatais, de um lado, aliando-se ao interesse de toda a sociedade na atuação do Poder Público, em muito ampliada pela evolução dos direitos fundamentais, demonstra a importância do tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Soma-se nessa equação, ainda, o significado econômico das reparações financeiras imputadas ao Estado pelos danos causados, sempre demandando recursos públicos à sua satisfação.

No seguimento deste estudo, passaremos à explanação acerca das teorias de fundamentação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, discorrendo sobre a evolução histórica da matéria.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.031

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.029.

1.2.1 – Teoria da irresponsabilidade

Em uma primeira fase, o marco teórico da matéria identifica-se com a *teoria da irresponsabilidade do Estado*.⁴⁶ Partindo do pressuposto de que o Estado estava em posição superior à ordem jurídica, não poderia o ente público ser considerado como responsável pelos danos causados no exercício das suas atribuições. Historicamente essa fase remonta aos Estados absolutistas, em que todos os poderes, cuja origem era divina, estavam concentrados no monarca, que poderia interferir de forma determinante na vida privada dos seus súditos. Resultado da crença no exercício de poder divino e representativa dessa fase, encontramos a clássica sentença “*the King can do not wrong*”, ou, ainda, na versão da França, “*Le roi ne peut mal faire*”.⁴⁷ Assim, não havia formas de tutela de direitos individuais diante de atos do Estado, com o que a pessoa que sofresse prejuízos em decorrência da atividade do Estado deveria conformar-se, pois este seria um custo aceitável da própria existência do Estado. As exceções a essa impossibilidade de responsabilização resultavam de benesses do próprio Estado, mesmo que previstas em incipientes textos legais.⁴⁸ Ademais, havia a possibilidade de buscar responsabilizar o agente que atuava em nome do Estado, desde que fundamentado em um comportamento específico, o que, todavia, raramente ocorria.

Segundo YUSSEF SAID CAHALI,⁴⁹ a *teoria da irresponsabilidade absoluta* do Estado apoiava-se em três fundamentos: 1) a soberania do Estado diante dos seus súditos, com o que jamais se estabeleceria uma relação de igualdade em qualquer nível, dessa forma não se admitindo o reconhecimento de responsabilidade do soberano por prejuízos que seus atos causassem a quaisquer pessoas; 2) como o Estado soberano representava o direito organizado, não poderia figurar como violador desse mesmo direito; 3) com isso, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários não se caracterizariam como atos do Estado, mas sim atos atribuíveis somente aos funcionários em nome próprio. Esses axiomas levavam à impossibilidade de constituição e reivindicação de direitos contra o próprio Estado, que, por isso, gozava de imunidade total.

⁴⁶ Também chamada de “*teoria regalista*” ou “*teoria regaliana*”, segundo aponta Gabriel de Britto Campos. CAMPOS, Gabriel de Britto – Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado. In **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 11, n.º 126, p. 43-57, ago/2011.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.033.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.033. O autor exemplifica com um caso da França, ao tratar de danos oriundos de obras públicas, por conta do disposto na Lei 28 Pluvioso do Ano VIII.

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 18-19.

A partir do final do século XVIII, a ideia de submissão de todos os cidadãos e do próprio Estado à lei desenha-se como um trunfo contra o exercício absolutista do poder, assegurando esferas de autonomia, liberdade e segurança aos indivíduos, inclusive frente ao próprio Estado. Dessa forma, foi-se edificando o Estado de Direito,⁵⁰ com limitação pela ordem jurídica, afirmação do princípio da legalidade e da separação dos poderes e, mais adiante, com o reconhecimento e promoção de direitos fundamentais.⁵¹

No entanto, a *teoria da irresponsabilidade do Estado* ainda prevaleceu até cerca de metade do século XIX e permaneceu até meados do século XX em alguns países, inclusive quando já implantado o Estado de Direito moderno. Sobre a predominância da teoria da irresponsabilidade do Estado por um longo período histórico, mostra-se pertinente a análise exposta por MANUEL AFONSO VAZ e CATARINA SANTOS BOTELHO,⁵² *in verbis*:

Ao direito divino do monarca, que caracterizou o período Absolutista, primeiro e, depois, à ilustração não sucedeu – como seria, porventura, de esperar – um princípio geral de responsabilização pelo exercício do poder. Ao invés, à divinização e absolutização do poder do povo, ficcionando-se que num Estado democrático toda a atuação pública espelha a vontade popular e, destarte, nunca poderá ser tida por ilícita ou ilegítima.

Acerca da continuidade de aplicação da teoria da irresponsabilidade do Estado mesmo após a superação do absolutismo, quando se imagina que deveria ter sido afastada essa ideia, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO⁵³ salientam que o dogma da irresponsabilidade acabou reforçado pelo princípio da “separação dos poderes”. Vingou o entendimento de que a responsabilização da Administração importaria em admitir uma espécie de censura do Judiciário ao Executivo em suas ações. Com isso, um dos Poderes interferiria no outro - o que não seria adequado - e ao Judiciário deveria estar atribuída

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 15-20. NOVAIS coloca que a ideia do poder de Estado com determinada unidade e autonomia, antes encontrada na Cidade-Estado grega e no Império Romano, cedeu lugar, na era medieval, à fragmentação de poderes no âmbito privado, com vinculação territorial, religiosa ou social e estabelecimento de hierarquia entre senhores e vassalos. Após, paulatinamente superando o feudalismo, passou-se a centralizar o poder político na monarquia, com relação direta entre súditos e monarca. A vontade do rei regia as relações sem vinculação a um ordenamento estabelecido (Estado absoluto), modelo que prevaleceu até o final do século XVIII, o qual foi progressivamente afetado pela reação da burguesia contrária ao absolutismo, buscando meios de controle do poder político para que pudesse empreender em seu progresso econômico e assegurar maior liberdade nas relações privadas. O autor ressalta que não há um momento determinado em que se possa afirmar o nascimento do Estado de Direito, igualmente não havendo uniformidade temporal e de características nos diversos países.

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. p. 21-22.

⁵² VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 30.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 175.

somente a resolução dos litígios entre os particulares, postura que foi observada por muito tempo na jurisprudência sobre o tema.

Os Estados Unidos e a Inglaterra, não obstante a sua vinculação ao sistema da *common law*, abandonaram a *teoria da irresponsabilidade* com a edição de atos específicos, respectivamente, *Federal Tort Claim Act*, em 1946, e *Crown Proceeding Act*, em 1947.⁵⁴

Todavia, DIOGO FREITAS DO AMARAL salienta que, na prática, as exceções à regra geral da irresponsabilidade do Estado eram consideráveis em Portugal, atenuando de forma significativa a aplicação efetiva da *teoria da irresponsabilidade do Estado*.⁵⁵ Ademais, o autor também ressalta que o perfil do Estado era bastante diferente do Estado atual, não intervindo ou atuando minimamente na vida dos cidadãos no plano econômico e social, dessa forma igualmente reduzindo as possibilidades de causar danos. De qualquer forma, a regra geral preconizava a irresponsabilidade do Estado.⁵⁶

Na segunda metade do século XIX, a *teoria da responsabilidade do Estado* passou a tomar corpo, dividindo-se a sua fundamentação em *teorias civilistas*, em um primeiro momento, e em *teorias publicistas*, na sequência, ambas com subdivisões, em movimento de constante evolução.

1.2.2 – Teorias civilistas ou da responsabilidade pela culpa

As chamadas *teorias civilistas*, como a própria denominação sugere, adotavam princípios do Direito Civil, trazendo a ideia da culpa como fundamento para a responsabilização do Estado. Em uma primeira etapa, distinguiram-se *atos de império* de *atos de gestão*, admitindo a responsabilidade do Estado somente quando se tratasse de atos de gestão, praticados pelos seus prepostos. Assim, os atos de império, atribuídos ao Estado propriamente, em sua atuação típica de Poder, não seriam passíveis de gerar danos indenizáveis. Todavia, as dificuldades em reconhecer concretamente a divisão apresentada, especialmente para enquadrar como atos de gestão aqueles praticados pelos entes públicos na

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 23.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 644.

⁵⁵ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo – Volume II**. p. 558. As exceções à regra da irresponsabilidade do Estado são assim exemplificadas pelo autor: “(...) as autarquias locais respondiam pelos danos causados, dado não serem entidades soberanas; o Estado respondia pela maior parte das suas atividades particulares, como por exemplo a gestão do domínio privado; e mesmo algumas atuações insuscetíveis de catalogação no elenco das atividades privadas, como a execução de obras públicas, podiam responsabilizar o Estado em virtude do disposto em leis especiais.”

⁵⁶ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo – Volume II**. p. 558.

administração de seu patrimônio e prestação de serviços, conduziram ao abandono dessa fundamentação jurídica. Seguiu-se, ainda no plano da teoria civilista, a responsabilidade do Estado baseada na demonstração de culpa, equiparada, por exemplo, à responsabilidade do patrão por atos dos empregados ou prepostos, enquadrando-se como *teoria da culpa civil* ou *teoria da responsabilidade subjetiva*.⁵⁷

Nesse cenário jurídico, iniciando uma mudança de paradigma, a doutrina aponta o acórdão Blanco (*arrêt Blanco*), do Tribunal de Conflitos da França, datado de 1.º de fevereiro de 1873, como importante marco histórico da autonomia do Direito Administrativo em geral e do tratamento jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com possibilidade de sua caracterização mesmo na ausência de lei específica a respeito.⁵⁸ O resumo das conclusões da decisão, elaborada pelo Comissário de Governo David, contém o seguinte teor, em tradução livre para o português:

Resumo: 17,60 Uma criança, que passava na via pública em frente ao armazém de tabaco de Bordeaux, foi derrubada por uma carroça que funcionários do estado empurraram de dentro do estabelecimento; ele teve que ser amputado.- O pai da criança intenta uma ação de indenização contra os referidos empregados e contra o Estado solidariamente responsável civilmente por causa de seus agentes mediante a aplicação dos artigos 1382, 1383, 1384 do Código Civil. Somente a autoridade administrativa é competente para se pronunciar sobre o pedido de indenização contra o Estado, mesmo que esse pedido não se baseie na execução ou omissão de certas medidas administrativas, mas bem por uma falta ou negligência pessoal dos agentes do Estado no cargo para o qual são nomeados? - Res. aff ...- A responsabilidade, que pode recair no Estado por danos causados a indivíduos pelos atos das pessoas que emprega no serviço público, não é regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil para as relações entre indivíduos: não é geral nem absoluta: possui regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.⁵⁹

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 644-645. A autora traça distinção entre atos de império e atos de gestão: “Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.”

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.034.

⁵⁹ [Em linha]. [Consult. 23 Jan 2019]. Disponível na Internet:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886>

Transcrevemos o resumo da decisão na língua francesa: “Résumé: 17, 60 Un enfant, qui passait sur la voie publique devant l'entrepôt des tabacs de Bordeaux, a été renversé par un wagon que les employés de l'Etat ont poussé de l'intérieur de l'établissement ; il a dû subir l'amputation. - Le père de l'enfant intente une action en dommages-intérêts contre lesdits employés et contre l'Etat solidairement comme civilement responsable du fait de ses agents par application des articles 1382, 1383, 1384 du Code civil. L'autorité administrative est-elle seule

Como já referido, esta decisão da jurisprudência francesa é considerada como passo histórico para a mudança no entendimento da matéria da responsabilidade administrativa e do Direito Administrativo em geral, agora com autonomia em relação ao Direito Civil, propiciando bases para o surgimento das *teorias publicistas*, estabelecidas segundo princípios de direito público.⁶⁰

Sobre o acórdão Blanco, MICHEL PAILLET contextualiza a sua relevância diante das decisões da jurisprudência francesa da época, salientando o seu ponto de distinção e inovação. PAILLET discorre que o acórdão Blanco não representou inovação revolucionária quanto ao seu conteúdo decisório de direito material, pois vários julgados anteriores já haviam afirmado que a responsabilidade atribuída ao Estado por danos causados a particulares por seus empregados ou servidores não poderiam ser regidas pelos princípios do Código Civil para as relações entre particulares, bem como que a responsabilidade do Estado não é geral e absoluta, tendo suas regras especiais, que variam segundo as necessidades do serviço e de conciliar os interesses do Estado com os direitos dos particulares. Outras decisões anteriores, de igual forma, já haviam afirmado a competência da jurisdição administrativa para esses casos. Todavia, MICHEL PAILLET salienta que o acórdão Blanco, conforme conclusões elaboradas pelo Comissário de Governo David, teve o mérito de sintetizar os princípios sobre os quais se construiu o sistema francês da responsabilidade administrativa. Por isso, o autor afirma que o acórdão Blanco é o símbolo da autonomia da responsabilidade administrativa e até mesmo do Direito Administrativo em seu conjunto, com a ideia de vínculo de duplo sentido entre o conteúdo da lei aplicável e a competência da jurisdição administrativa, derogando a lei comum.⁶¹

MICHEL PAILLET ainda destaca a sentença Pelletier, outro acórdão histórico do Tribunal de Conflitos do ano de 1873, que diz respeito à responsabilidade pecuniária dos agentes públicos e que também foi proferida com as conclusões do Comissário de Governo David. PAILLET discorre que, em 19 de setembro de 1870, um decreto legislativo havia

compétente pour statuer sur la demande d'indemnité en tant que dirigée contre l'Etat, alors même que cette demande est fondée non pas sur l'exécution ou l'omission de certaines mesures administratives, - mais bien sur une faute ou une négligence qui serait personnelle aux agents de l'Etat dans l'emploi auquel ils sont préposés ? - Rés. aff. - La responsabilité, qui peut incomber à l'Etat pour dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, n'est pas régie par les principes établis dans le Code civil pour les rapports entre particuliers : elle n'est ni générale, ni absolue : elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés.”

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 645.

⁶¹ PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 46-47.

derrogado o artigo 75 da Constituição, o qual determinava que ações de reparação contra funcionários públicos nos juízos ordinários dependiam de autorização do Conselho de Estado. A decisão do acórdão Pelletier afirmou que o juiz ordinário não poderia julgar as causas envolvendo o funcionamento de serviços públicos, sob pena de violação do princípio da separação entre autoridades administrativas e jurisdicionais. Assim, foram assentadas as bases de distinção entre fatos do serviço, pelos quais o funcionário não deve responder perante jurisdição comum, e fatos privados dos agentes públicos, pelos quais respondem perante juízos ordinários. Agregando-se ao que havia sido afirmado pelo acórdão Blanco, o acórdão Pelletier traçou limites entre a responsabilidade pessoal dos agentes públicos ante a jurisdição ordinária e a responsabilidade da administração que pode eventualmente ser imposta pelo juiz administrativo.⁶²

Não obstante os avanços históricos representados pelos acórdãos Blanco e Pelletier na afirmação da autonomia do direito administrativo, MICHEL PAILLET salienta que a responsabilidade administrativa ainda permaneceu limitada por longo tempo, perseverando certa relutância em condenar administrações públicas a indenizar particulares por danos causados, mesmo em certos serviços em que teoricamente seria admitida, como no caso de serviços policiais e atos qualificados como “atos de governo”.⁶³

1.2.3 – Teorias publicistas

Com essa base de autonomia do direito administrativo, agora já adentrando nos preceitos de Direito Público, as *teorias publicistas* desenvolveram-se em duas vertentes, iniciando pela *teoria da culpa do serviço* (também denominada de *culpa administrativa* ou de *acidente administrativo*) e seguindo para as chamadas *teorias do risco*, desdobradas doutrinariamente por alguns autores em *teoria do risco administrativo* e *teoria do risco integral*.

A *teoria da culpa do serviço* buscou estabelecer a desvinculação entre a culpa do funcionário, pela qual o agente responde pessoalmente, da culpa anônima do próprio serviço, que não funcionou quando deveria (omissão) ou funcionou mal ou atrasado e que,

⁶² PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. p. 47-48.

⁶³ PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. p. 48.

independentemente da identificação do agente público, gera a responsabilidade do Estado.⁶⁴ Sua origem está na concepção francesa da *faute du service*, traduzida por culpa do serviço, apresentando-se como um liame evolutivo entre a responsabilidade civil tradicional e a responsabilidade objetiva.

Analisando a doutrina francesa acerca desse tema, MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA⁶⁵ aponta que a culpa administrativa (*faute de l'administration* ou *faute administrative*) pode revestir dois diferentes aspectos, que são a *faute du service* e a *faute de service*. Na primeira hipótese (*faute du service*), o fato ilícito gerador do dano ocorre em virtude de um determinado serviço ter funcionado mal no seu todo, fugindo ao padrão que seria esperado; na segunda hipótese (*faute de service*) – e que igualmente configura responsabilidade da administração –, o fato ilícito gerador do prejuízo pode ser imputado a um ou mais agentes administrativos.

Sem deixar de aplicar a teoria da *faute du service*, o Conselho de Estado francês passou a adotar em algumas hipóteses a *teoria do risco*, em direção à responsabilidade objetiva do Estado. Segundo expõe MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o desenvolvimento dessa teoria baseou-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, nos termos do art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, o qual dispõe que, “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.”⁶⁶ Com isso, da mesma forma que os benefícios da atuação do Estado devem ser repartidos entre todos, os prejuízos que essa atuação eventualmente cause a alguns cidadãos também devem ser divididos entre todos, restabelecendo o equilíbrio e, para tanto, utilizando recursos do erário público.

RAFAEL MAFFINI salienta que, em relação às condutas ilícitas, bastaria a aplicação do princípio da legalidade e da igualdade para determinar a responsabilidade civil extracontratual do Estado. Todavia, em relação às condutas lícitas e geradoras de dano a particulares, a imposição da reparação dos ônus resultantes dos atos ou efeitos lesivos decorre do princípio da repartição, consectário da solidariedade social, ao qual se agregam os princípios da legalidade e da igualdade para fundamentar a *teoria do risco*.⁶⁷

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 646.

⁶⁵ MESQUITA, Maria José Rangel de – Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública. In QUADROS, Fausto de (Organizador). **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 49-51.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 646.

⁶⁷ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 262-263.

Na *teoria do risco administrativo*, segundo ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO, a ideia de culpa é substituída pela noção de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano causado ao particular, não se perquirindo acerca do seu funcionamento adequado ou inadequado. Por isso, por não necessitar da configuração de elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente ou do próprio serviço, mas sim pela consideração do risco de dano inerente à atuação do Estado, configura-se como responsabilidade objetiva. Também por essa natureza é prescindível perquirir acerca da licitude ou da ilicitude da conduta do Estado geradora do dano para que lhe seja atribuído o dever de reparação.⁶⁸

Alguns doutrinadores ainda traçam distinção entre *teoria do risco administrativo* e *teoria do risco integral*, no sentido de que a primeira admite causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior), ao passo que a segunda teoria não excluiria a responsabilidade. HELY LOPES MEIRELLES⁶⁹ está entre os autores brasileiros que propõem essa distinção, a qual, todavia, apresenta-se mais como uma questão terminológica.⁷⁰ Ocorre que, para a generalidade dos casos, haverá a possibilidade de consideração de causas excludentes da responsabilidade, exceto se a própria legislação dispuser em sentido diverso, como se verifica, por exemplo, no Brasil, com danos causados por acidentes nucleares (artigo 21, XXIII, “d”, da Constituição) e na hipótese de danos decorrentes de atentados terroristas ou de atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, em que o Estado brasileiro apresenta-se como segurador (Leis números 10.309, de 22/11/2001, e 10.744, de 09/10/2003).⁷¹

Discorrendo acerca da teoria do risco-proveito, em obra clássica, datada de 1969 e em regime anterior à CRFB de 1988, o doutrinador OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, dedicando-se ao estudo dos princípios que regem o Direito Administrativo, sustentava que essa concepção da *teoria do risco administrativo* só tem

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 180. Nas palavras dos autores: “O que se tem de verificar é a existência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento do serviço público. Não se cogita da culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço; não se indaga se houve um mau funcionamento da atividade administrativa. Proclama-se em verdade a presunção *iures et de iure* de culpa. Basta estabelecer a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a ação do agente ou do órgão da Administração. Se o funcionamento do serviço público (bom ou mau, não importa), causou um dano, este deve ser reparado. Por outro lado, a Administração não pode escapar provando a ‘não culpa’”.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 682-683.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. 9.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 244.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 647-648.

aplicação quando se tratar de uma ação positiva do Estado, em benefício do próprio ente ou da coletividade em geral, que cause um dano a uma pessoa, atentando contra o princípio da igualdade de todos para suportar os encargos públicos. Diversamente, segundo o autor, quando se tratar de uma omissão negativa causadora de dano a terceiro, não se estará diante de avaliação de risco-proveito, mas sim de responsabilidade fundada em hipótese “de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso”. Assim, em caso de omissão do Estado causadora de dano, tratar-se-ia de responsabilidade subjetiva.⁷²

Nessa linha, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acrescenta que, no Brasil, nos casos de danos causados por omissão do Estado, há uma presunção de culpa, atuando em favor do lesado, que não necessita fazer prova de que tenha existido culpa ou dolo do agente. Assim, segundo o autor, cabe ao Estado defender-se e fazer prova que a omissão que lhe foi atribuída não resultou de dolo ou de negligência, imperícia ou negligência, quando poderá excluir a sua responsabilidade.⁷³ Essa tem sido a posição majoritária na jurisprudência brasileira, recordando que o Brasil não possui legislação específica das diversas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual do Estado, em geral sendo aplicado como fundamento legal das decisões judiciais o próprio preceito constitucional que a prevê.⁷⁴

Muito embora não venha a ser o principal objetivo desta dissertação, voltaremos às distinções feitas entre fatos comissivos e omissivos geradores de danos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado ao discorrer acerca do direito positivo em Portugal e no Brasil.

⁷² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de - **Princípios Gerais de Direito Administrativo** – Volume 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969. p. 487.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.049.

⁷⁴ Sobre a consideração da responsabilidade subjetiva do Estado em casos de conduta omissiva, exemplificamos com a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo e processual civil. Agravo interno no Recurso Especial. Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico. Animal na pista. Dever de vigilância. Omissão. Responsabilidade subjetiva. (...) II. Na origem, trata-se de Ação indenizatória, ajuizada pela parte ora agravada, com o objetivo de condenar o DNIT ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de acidente automobilístico ocasionado por animal solto em rodovia federal. III. No caso, o Tribunal *a quo* afastou a responsabilidade civil do Estado na configuração do dano moral e material, em razão da falta de comprovação da culpa na conduta do DNIT, ao fundamento de que “a ocorrência de animais em faixa de rolamento da rodovia não pode traduzir, necessariamente, uma negligência do órgão estatal”. IV. Contudo, o acórdão recorrido contraria a orientação desta Corte no sentido de ser dever estatal promover vigilância ostensiva e adequada, proporcionando segurança possível àqueles que trafegam pela rodovia, razão pela qual se verifica conduta omissiva e culposa do ente público, caracterizada pela negligência, apta à responsabilização da autarquia. (...)” (STJ, AgInt no AgInt no REsp 1631507, 2.^a Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1631507&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

Assim, feitas estas considerações sobre as teorias que fundamentam a responsabilidade civil extracontratual do Estado, passaremos à exposição acerca da evolução normativa da matéria em Portugal e no Brasil e sobre os elementos de configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos do Poder Executivo, especialmente a partir das Constituições de 1976, em Portugal, e de 1988, no Brasil.

Capítulo II – RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS E OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO EM PORTUGAL E NO BRASIL

2.1 - A responsabilização civil extracontratual do Estado em Portugal: evolução normativa

A história da responsabilidade civil extracontratual em Portugal desenvolveu-se de forma assemelhada aos demais países europeus. Assim, durante largo espaço temporal, no plano formal do ordenamento jurídico, restou afirmada a impossibilidade de responsabilização do Estado por danos causados em sua atuação.

Em breve descrição da evolução no tratamento do tema nas Constituições portuguesas, MANUEL AFONSO VAZ e CATARINA SANTOS BOTELHO salientam que as Constituições monárquicas, dos anos de 1822 (art. 14.º), 1826 (art. 145.º, § 27.º) e 1838 (art. 26.º), não contemplavam a possibilidade de responsabilidade direta ou indireta do Estado, mas apenas dos seus funcionários ou agentes pelos erros e abusos que cometessem. Ao depois, já quando instituído o regime republicano, as Constituições de 1911 e de 1933 não trouxeram menção específica à responsabilidade dos agentes públicos por danos causados no exercício de suas funções, embora previssem mecanismos genéricos para que os cidadãos reclamassem por infrações à Constituição e requeressem a responsabilização dos infratores (art. 3.º, § 30º, da Constituição de 1911; art. 8.º, n.º 17, da Constituição de 1933).⁷⁵

Todavia, PAULO OTERO salienta que a responsabilidade civil dos poderes públicos é antecedente ao próprio constitucionalismo liberal em Portugal, descrevendo situações que remontam ao início do século XIII, nos seguintes termos:

- (i) Desde inícios do século XIII, que há notícia de ações de responsabilidade civil contra o rei e o reconhecimento, por parte de D. Afonso II, de um dever de indemnizar danos gerados pela sua conduta em cenários de guerra civil;
- (ii) Remonta ao século XIV, a existência de documentação que comprova reconhecer-se um dever de indemnizar, por parte do Estado, em casos de expropriação por utilidade pública;

⁷⁵ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 30-31.

- (iii) Desde inícios do século XVIII, afirmação do princípio de que o Estado é responsável em termos contratuais se, por necessidade do reino, do rei ou de utilidade pública, o príncipe não cumpre um contrato.⁷⁶

No plano normativo infraconstitucional, o Código Civil de Seabra (artigos 2399.º e 2400.º), de 1867, determinava que os funcionários públicos não eram responsáveis pelos prejuízos que causassem no exercício da função, salvo se praticassem atos ilícitos, excedendo as suas atribuições ou descumprindo a lei. O funcionário poderia ser demandado pessoalmente, ao passo que não havia previsão de responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos causados.

Com a revisão do Código Civil de 1930, feita pelo Decreto n.º 19.126, de 16 de dezembro de 1930, foi consagrada a responsabilidade solidária do Estado e de seus agentes quando praticados atos ilícitos no exercício das suas funções. Por força da revisão, o artigo 2399.º do Código Civil de Seabra teve acrescentada, em sua parte final, a disposição de que “Os empregados públicos (...) não são responsáveis pelas perdas e danos que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas pela lei, exceto se excederem ou não cumprirem de algum modo as disposições da mesma lei, sendo neste caso solidariamente com eles responsáveis as entidades de que forem serventuários.”⁷⁷ Nesta fase, a responsabilidade possuía natureza subjetiva, com todas as dificuldades de caracterização e prova por conta do lesado.

No plano da Administração do Estado, os Códigos Administrativos de 1936 (artigos 310.º e 311.º) e de 1940 (artigos 366.º e 367.º) passaram a consagrar a responsabilidade civil das autarquias locais por atos ilegais praticados pelos seus órgãos e agentes, a título pessoal.⁷⁸

O Código Civil de 1966 (art. 501.º), por sua vez, determinou o regime de responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas por danos causados pela prática de *atos de gestão privada*, deixando de fora os atos de gestão pública. Na sequência, para suprir a lacuna, foi editado o Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967,

⁷⁶ OTERO, Paulo – Direito fundamental à responsabilidade civil dos poderes públicos e a crise financeira: esboço de uma metódica ponderativa de restrição. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 13.

⁷⁷ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo – Volume II**. p. 559

⁷⁸ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 30. Os autores referem como uma das fontes de pesquisa utilizadas a resenha histórica do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 236/04, de 12 de abril de 2004.

tratando então da responsabilidade civil extracontratual do Estado por *atos de gestão pública*. O Código de Processo Penal (artigos 225.º, 226.º e 462.º) agregou-se ao Decreto-Lei para dispor sobre as hipóteses de reparação por privação da liberdade injustificada ou ilegal e por condenação injusta.⁷⁹ Os diplomas legais referidos seguiram tratando da responsabilidade civil do Estado na sua modalidade aquiliana, exigindo o preenchimento dos requisitos normais da existência de fato ilícito, da culpa, do dano e do nexo de causalidade.

Ao depois, a Constituição de 1976 consagrou, em seu art. 22.º, um princípio geral de responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas, a partir do que foram criadas condições para que a matéria viesse a adquirir autonomia *publicista*, mais centrada na busca do ressarcimento dos danos causados pelo Estado.⁸⁰ Dispõe o artigo 22.º da CRP que “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

A respeito da inovação constitucional de 1976 no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado, ressaltando a sua importância para a tutela dos direitos dos cidadãos em um Estado de Direito, prelecionam MANUEL AFONSO VAZ e CATARINA SANTOS BOTELHO que, aliados aos demais preceitos constitucionais que impõem deveres ao Estado, “o princípio da responsabilidade emerge, assim, como um corolário do princípio do Estado de Direito, juntamente com outros princípios jusfundamentais, tais como o princípio da constitucionalidade (artigo 3.º, n.º 3) e o princípio da igualdade (artigo 13.º).”^{81 82}

⁷⁹ Essas disposições do CPP inclusive tiveram sua vigência salvaguardada expressamente pela atual Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (art. 13.º, n.º 1).

⁸⁰ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 31-33.

⁸¹ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 34.

⁸² Há dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação direta do artigo 22.º da CRP para reconhecimento da responsabilidade do Estado. A esse respeito, Manuel Afonso Vaz e Catarina Santos Botelho sustentam tratar-se de um direito fundamental fora do catálogo do Título II da Parte I da Constituição, com estrutura, função e intencionalidade próprias. Sobre a jurisprudência, assim discorrem: “No plano da jurisprudência constitucional, no acórdão n.º 236/04, de 13 de abril de 2004, o Tribunal Constitucional optou por classificar o artigo 22.º como garantia institucional, entendendo que esta disposição não confere direitos subjetivos, pelo que o conteúdo desta garantia institucional seria definido pela própria lei. Esta decisão – reiterada pelos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 5/2005, de 5 de janeiro de 2005, e n.º 13/2005, de 12 de janeiro de 2005 – mereceu certas críticas de alguma doutrina, uma vez que esvazia o princípio da responsabilidade civil do Estado, na medida em que a eventual incompletude de uma norma constitucional não se pode retirar pura e simplesmente a negação de sua dimensão subjetiva (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais*, cit., p. 111, e RUI MEDEIROS, anotação ao artigo 22.º, cit., p. 478). O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 154/2007 deu um passo importante na matéria, ao retirar consequências diretas do

Conforme exposição feita por PAULO OTERO, contrapondo-se à existência histórica do princípio de irresponsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, a partir do século XIX os estudos foram voltados para a busca de garantias ampliativas dos preceitos que viessem a assegurar a responsabilidade civil do Estado por fatos ilícitos e culposos, desde que houvesse nexo de causalidade entre os fatos e os danos. A matéria se desenvolveu com a utilização dos ensinamentos buscados no Direito Civil e adquiriu robustez com a qualificação constitucional como direito fundamental dos administrados ao ressarcimento dos prejuízos causados por fatos ilícitos e culposos dos entes públicos. Nessa área, o ambiente jusadministrativo desenvolveu-se de forma particularmente garantística, nas palavras de PAULO OTERO.⁸³

Especificamente sobre a Constituição Portuguesa de 1976, OTERO trata da responsabilidade civil dos Poderes Públicos, em todas as suas esferas de atuação, como um dos mecanismos de garantia do Estado de Direito Democrático, de seus valores e princípios, além de caracterizar-se como um direito fundamental. Para o autor, há cinco principais pilares de garantias, que são: “(a) fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas; (b) controlo da legalidade da actuação administrativa; (c) responsabilidade civil dos Poderes Públicos; (d) responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos; (e) mecanismos de excepção: resistência, desobediência e insurreição.”⁸⁴

Analisando a temática dos fundamentos constitucionais da matéria no âmbito da CRP de 1976, RICARDO PEDRO salienta que a responsabilidade civil extracontratual do Estado resulta de vários dispositivos, apontando, em especial, o artigo 22.º, cuja redação é “suficientemente ampla para admitir vários tipos de responsabilidade do Estado, desde logo, a responsabilidade *civil* ou *patrimonial* do Estado e, por outro, abrange todas as actividades estaduais, nomeadamente administrativa, legislativa e jurisdicional.”⁸⁵

princípio da não responsabilização do Estado consagrado no artigo 22.º (não tomando embora uma posição dogmática sobre a natureza jurídica do artigo constitucional). Mais recentemente, o Tribunal Central Administrativo Norte, em 22 de outubro de 2009 (processo 00467/08.9BECBR) deixou claro que ‘o artigo 22.º da Constituição, por integrar um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, pode ser invocado diretamente pelo lesado’.” VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**, p. 41.

⁸³ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. p. 967.

⁸⁴ OTERO, Paulo – **Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 106-107 e 113.

⁸⁵ PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 11. RICARDO PEDRO aponta como fundamentos constitucionais da responsabilidade civil extracontratual do Estado os artigos 1.º, 2.º, 13.º, 22.º, 27.º/5, 29.º/6, 62.º/2, 83, 117.º, 216.º/2 e 271.º da CRP, salientando que,

Em comentários ao artigo 22.º da CRP, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS destacam que o dispositivo procurou consagrar um instrumento fundamental de proteção dos particulares em um Estado de Direito, tendo principal enfoque a função reparadora dos danos causados pelo Estado. Mas o dispositivo também busca valorizar um princípio de responsabilidade no exercício dos poderes públicos, sancionando o funcionamento anormal e inadequado e, dessa forma, “cumpre igualmente uma importante função preventiva e de controlo do bom funcionamento dos serviços públicos.”⁸⁶

Ademais, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS destacam que o paradigma de responsabilidade afirmado no artigo 22.º da CRP harmoniza-se com tendência assumida no Direito da União Europeia, no sentido de que o Tribunal de Justiça da União Europeia admite de forma ampla a responsabilidade civil dos Estados-membros por violação de normas do Direito da União Europeia (DUE), mesmo em domínios da atividade pública que até então eram imunes a essa possibilidade. Nesse sentido, os autores afirmam que:

É bem sabido que as decisões jurisdicionais proferidas nos casos Francovich e Brasserie du pêcheur/Factortame (num entendimento confirmado em arestos ulteriores) representam, provavelmente, um ponto de não retorno na afirmação da responsabilidade dos Estados por danos advenientes da sua atividade normativa pública. Da mesma forma, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2003, proferido no caso Gerhard Köbler/República da Áustria, constitui um marco fundamental na afirmação da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. E, por força do princípio da interpretação conforme ao Direito da União Europeia, na interpretação da norma em vigor em matéria de responsabilidade civil dos poderes públicos, haverá que atender, não apenas ao disposto no artigo 22.º da Constituição, mas também às coordenadas que decorrem do Direito da União Europeia.⁸⁷

Nessa mesma linha de entendimento, RICARDO PEDRO chama atenção para a importância da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ao aplicar o Direito da União Europeia, não só para a adequada interpretação e aplicação dos preceitos acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado, mas também para a proposição de alterações legislativas. O autor refere que o TJUE desenvolveu jurisprudência no sentido de

mesmo quando não admitido pela doutrina que o art. 22.º possa contemplar todas as espécies de responsabilidade, a necessária tutela reparatória dos danos pode ser afirmada a partir da interpretação dos artigos 1.º, 2.º e 13.º da Constituição de 1976.

⁸⁶ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 345

⁸⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º**. p. 345.

que a responsabilização do Estado-membro e a afirmação da indenizabilidade de seus atos devem atender as condições cumulativas de “(i) que a norma jurídica violada vise atribuir direitos aos particulares, (ii) que a violação seja suficientemente caracterizada e (iii) que exista um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas.”⁸⁸

Na sequência, RICARDO PEDRO ainda ressalta que a responsabilidade civil do Estado também recebe o influxo normativo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que foi internalizada na ordem jurídica portuguesa, assim como seus protocolos, pela Lei n.º 65/78. A Convenção e seus protocolos apresentam direitos e liberdades básicas ligadas à promoção dos valores de justiça, paz, regime democrático e respeito aos direitos humanos, a serem assegurados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). O autor aponta que o artigo 41.º da Convenção confere ao TEDH a possibilidade de fixar uma reparação razoável quando houver violação da Convenção e o Estado-membro não aja de modo satisfatório na correção do dano causado. Desse modo, a jurisprudência do TEDH, não só pela força normativa da Convenção, mas por sua efetividade e interpretação ampliativa, tem influenciado os Estados-membros nas suas decisões políticas e para a compreensão da matéria da responsabilidade civil do Estado.⁸⁹

No plano infraconstitucional, após a Constituição de 1976, algumas leis sobre atribuições e competências das autarquias locais (Decreto-Lei n.º 100/1984, nos seus artigos 90.º e 91.º, e a Lei n.º 169/1999, nos seus artigos 96.º e 97.º) não inovaram em relação ao sistema até então vigente (Decreto-Lei n.º 48051/1967). Posteriormente, em 2002/2003, foi feita a Reforma do Contencioso Administrativo, que remeteu a competência para o tratamento das questões ligadas à responsabilidade civil extracontratual do Estado para os tribunais administrativos.⁹⁰

A nova legislação, elaborada a partir das disposições da responsabilidade civil extracontratual do Estado da Constituição de 1976, também considerando os avanços do Direito da União Europeia, tardou a ser posta em vigência, o que veio a ser feito somente em 2007. A Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o novo Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, com a abreviatura RRCEE, atualmente em vigor, determina, além da responsabilidade decorrente do exercício das funções jurisdicionais (artigo 12.º) e político-legislativas (artigo 15.º), regras

⁸⁸ PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 12.

⁸⁹ PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 12-13.

⁹⁰ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo – Volume II**. p. 562-563.

diferenciadas para três subespécies de responsabilidade civil extracontratual do Estado: a) responsabilidade por fato ilícito, baseada na culpa e distinguindo os atos com culpa leve, culpa grave e dolo, ainda prevendo casos de culpa anônima e culpa coletiva (artigos 7.º a 10.º); b) responsabilidade pelo risco, de carácter objetivo (artigo 11.º); c) indemnização pelo sacrifício, de carácter objetivo por fatos lícitos (artigo 16.º).⁹¹ Dessa forma, a lei portuguesa contemplou hipóteses de responsabilidade civil do Estado baseada na culpa (ou delitual), no risco e pelo sacrifício do direito de outrem.

Analisando o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (RRCEE), que veio a regular o artigo 22.º da CRP, diante das diversas hipóteses de responsabilização civil extracontratual do Estado, CARLA AMADO GOMES aponta tratar-se de um modelo misto, mantendo via de responsabilização subjetiva, todavia alargando a via de responsabilização objetiva e matizando bastante a primeira. Preleciona a autora, *verbis*:

De algum modo, esta *bipolaridade* vai ao encontro da – por alguma doutrina defendida – dupla valência do artigo 22.º da CRP, que acolheria tanto a via de responsabilização objectiva (pelo risco) como a subjectiva (pela culpa). Mais recentemente os juízes do Palácio Ratton parecem propender a encontrar no princípio do Estado de Direito democrático, insito no artigo 2.º da CRP (e reforçado logo na alínea b) do artigo 9.º da mesma Lei Fundamental), o tronco de sustentação de *um direito geral à reparação de danos*, que teria concretizações especiais nos artigos 22.º, 37.º/4, 60.º/1 e 62.º/2 da CRP (cfr. o Acórdão 444/2008).⁹²

Traçando um apanhado sobre as regras da Lei n.º 67/2007 com relação aos dispositivos aplicáveis às questões envolvendo a responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos no exercício da função administrativa, de início o RRCEE procura definir *actividade administrativa* em seu artigo 1.º/2, que corresponde a (i) acções ou omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou (ii) reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. Por outro lado, nesses casos, são previstos dois regimes diferenciados: um deles voltado à responsabilidade delitual (artigos 7.º a 10.º) e outro decorrente da responsabilidade fundamentada no risco (artigo 11.º).⁹³

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS discorrem acerca dos fundamentos dessas duas modalidades de responsabilidade. Quanto à

⁹¹ MESQUITA, Maria José Rangel de – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 13-15.

⁹² GOMES, Carla Amado – Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *In Revista do Centro de Estudos Judiciários - 2014 – II*. p. 205-206.

⁹³ PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 16-21.

responsabilidade administrativa delitual, há uma combinação de fundamentação subjetiva, decorrente da vinculação da administração pública aos direitos fundamentais (artigo 18.º, 1, da CRP) e do respeito às esferas jurídicas dos particulares (artigo 266.º, 1, da CRP), e de fundamentação objetiva, representada pelo princípio da legalidade.⁹⁴ No que diz respeito à responsabilidade administrativa pelo risco, os autores afirmam que não há unanimidade quanto à sua fundamentação, podendo ligar-se com a teoria da criação do risco, com a teoria do risco-proveito e/ou com a teoria do risco de autoridade. Analisando o teor do artigo 11.º, 1, do RRCEE, entendem os autores que sua redação mostra-se mais conforme à teoria do risco de autoridade, embora as disposições legais tragam elementos da teoria da criação do risco (na medida em que a responsabilidade administrativa é excluída ou modificada se houver culpa do lesado, de terceiro ou outras fontes de risco coadjuvantes) e da teoria do risco-proveito (pois a responsabilidade pelo risco é apenas das pessoas jurídicas administrativas, e não dos seus titulares ou agentes).⁹⁵ As considerações acerca dessas duas espécies de responsabilidade serão retomadas ao tratar dos pressupostos de configuração de cada uma delas.

As demais hipóteses de responsabilidade civil extracontratual do Estado previstas na Lei n.º 67/2007 certamente mereceriam um estudo exclusivo, não só por sua abrangência, envolvendo inclusive a responsabilidade por danos causados no âmbito legislativo e judicial e a indemnização pelo sacrifício, como também em razão das diversas implicações e diferentes fundamentos para a responsabilização do Estado. Contudo, todas essas questões, envolvendo a totalidade da aplicação das regras legais referidas, estão além dos limites deste estudo.

Feita essa breve aproximação do quadro normativo, registamos que os pressupostos de configuração de cada hipótese de responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício de função administrativa serão tratados na sequência deste capítulo, após exposição acerca da responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, igualmente numa perspectiva histórico-evolutiva.

⁹⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 18

⁹⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 38.

2.2 – A responsabilização civil extracontratual do Estado no Brasil: evolução normativa

No Brasil, o dogma da infalibilidade do Estado absolutista como decorrência do poder divino dos reis, fundamento da irresponsabilidade do Imperador, esteve presente no texto da Constituição do Império, de 1824, que expressamente apontava a sacralidade e a irresponsabilidade assegurada a atos do Imperador em seu artigo 99. Por outro lado, essa mesma Constituição previa a responsabilidade pessoal dos empregados públicos “pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos” (artigo 179, XXIX – escrito original).⁹⁶ Essa descrição legal é bem representativa da ideia que norteava o Estado absolutista, deixando o soberano imune à possibilidade de responder por erros, já que sequer era admitida a mera possibilidade de que o Imperador *incorresse em erros*.

A Constituição de 1891, primeira após a proclamação da República no Brasil, não trouxe normas sobre a responsabilidade do Estado, dispondo, em seu artigo 82, que “Os funcionarios publicos são estrictamente responsaveis pelos abusos e omissões, em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos.” (redação original)

Não obstante o tratamento dado à matéria nas duas primeiras Constituições da história brasileira, apenas prevendo a responsabilidade do funcionário público que agisse com abuso ou se omitisse no cumprimento de suas atribuições, a *teoria da irresponsabilidade* do Estado não chegou a ser plenamente aplicada, tendo sido rejeitada pela doutrina e pelos tribunais. Nessa época, segundo descreve MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, havia leis ordinárias especiais prevendo a responsabilidade do Estado, que era acolhida pela jurisprudência como solidária com a responsabilidade dos funcionários, o que ocorria no caso de danos causados em decorrência de estradas de ferro, de colocação de linhas telegráficas e pelos serviços de correio.⁹⁷

Nesse sentido, YUSSEF SAID CAHALI relata que a Lei n.º 221, de 20/11/1894, que se destinava a regular procedimentos, dispôs, em seu artigo 13, que “os Juízes e Tribunais Federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União.” No plano

⁹⁶ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores) – **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 983

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 648.

doutrinário clássico, CAHALI destaca que o autor Amaro Cavalcanti, na obra “Responsabilidade Civil do Estado”, com primeira edição em 1905, já afirmava a responsabilidade do Estado e relacionava jurisprudência que a acolhia.⁹⁸

Ao depois, o Código Civil de 1916 trouxe disposição expressa sobre a responsabilidade do Estado, determinando, em seu artigo 15, que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”. Dessa forma, foi adotada a *teoria subjetiva* para atribuição de responsabilidade ao Estado. No entanto, como salienta JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO, a interpretação dada pelos aplicadores desse artigo não foi uniforme, pois alguns autores sustentavam a necessidade de demonstração de culpa do funcionário para que o Estado respondesse, enquanto outros entendiam que a disposição determinava a responsabilidade objetiva do Estado, já adentrando no campo de aplicação da *teoria do risco*.⁹⁹

SÉRGIO CAVALIERI FILHO destaca a redação ambígua do dispositivo e a controvérsia que esse fato ensejou na doutrina, tendo prevalecido o entendimento de ter sido consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado (modalidade delitual). Sobre a interpretação, o autor salienta que o artigo refere a figura de funcionários como *representantes* do Estado, uma espécie de preposto, assemelhado ao Direito privado, além de contemplar as expressões “procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito por lei.”¹⁰⁰

As Constituições de 1934 (artigo 171)¹⁰¹ e 1937 (artigo 158),¹⁰² por seu turno, determinaram a responsabilidade solidária existente entre o Estado e o funcionário causador do dano quando agisse com culpa ou abuso no exercício de suas atribuições.

A partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil extracontratual do Estado passou a estar prevista expressamente em seu texto, com determinação, no artigo 194,

⁹⁸ CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. p. 28.

⁹⁹ SANTOS NETO, João Antunes dos – A Responsabilidade Pública no Direito Brasileiro e no Direito Estrangeiro - *In Revista de Direito Administrativo – RDA 239*. Rio de Janeiro: Renovar/Fundação Getúlio Vargas, janeiro/março 2005, p. 255-298. p. 272.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 245.

¹⁰¹ “Art. 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

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

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

¹⁰² “Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

de que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, ainda prevendo a possibilidade de ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, caso comprovada a sua culpa.

JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO destaca a Constituição de 1946 como importante marco ao alçar à hierarquia constitucional a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dessa forma condicionando todo o ordenamento jurídico. Segundo o autor, a previsão constitucional impediria a possibilidade de que a legislação ordinária dispusesse contrariamente e reavivasse teses superadas, então ainda invocadas, e que contemplavam privilégio de tratamento a uma categoria de sujeitos, vinculada a pessoas jurídicas de direito público, buscando isentá-la de responsabilização por seus atos e omissões.¹⁰³

Disposição semelhante foi colocada na Constituição de 1967 (artigo 105), já sob a égide do regime de ditadura militar, acrescentando que a ação regressiva do Estado poderia ter por fundamento a culpa ou o dolo do funcionário causador do dano. Na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, foi prevista norma indistinta (artigo 107).

A Constituição atual, de 1988, consagrou, em seu artigo 37, § 6º, a responsabilidade civil extracontratual do Estado em moldes gerais, sem restrição de matéria, de caráter objetivo, bem como a responsabilidade subjetiva dos servidores públicos.¹⁰⁴ Nesse sentido, o dispositivo determina 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”.

Ao depois, o Código Civil de 2002, atualmente em vigor, trouxe disposição menos abrangente que a norma da Constituição de 1988, ao referir, em seu artigo 43,¹⁰⁵ apenas as pessoas jurídicas de direito público interno. Com essa redação, o dispositivo exclui de sua aplicação as “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”, cuja responsabilidade também é tratada no artigo 37, § 6º, da CRFB.

Dentro do quadro normativo atual, com especial ênfase para o disposto no artigo 37, § 6º, da CRFB, há diversas questões a merecerem referência neste trabalho.

¹⁰³ SANTOS NETO, João Antunes dos – A Responsabilidade Pública no Direito Brasileiro e no Direito Estrangeiro - *In Revista de Direito Administrativo – RDA* 239. p. 272.

¹⁰⁴ SANTOS NETO, João Antunes dos – A Responsabilidade Pública no Direito Brasileiro e no Direito Estrangeiro - *In Revista de Direito Administrativo – RDA* 239. p. 273.

¹⁰⁵ “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

De início, observa-se que, até o momento,¹⁰⁶ o Brasil não possui lei específica para tratar de diversas hipóteses em que o Estado pode ser demandado como causador de danos em todas as suas esferas de atuação. Isso demonstra uma situação bastante diferente, em análise comparativa, ao que se verifica no ordenamento de Portugal, em que editada a Lei n.º 67/2007, que instituiu o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Sem a edição de um diploma infraconstitucional a regular as situações relativas à responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil, o fundamento legal para o conhecimento e julgamento das demandas encontra-se no próprio artigo 37, § 6.º, da CRFB, aplicado diretamente nos julgados.

Não obstante a similaridade do conteúdo normativo do art. 37, § 6.º, da CRFB e do artigo 22.º da CRP, a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, assim como pela jurisprudência em geral e pela doutrina brasileira, resulta em conclusão que muito difere do entendimento acerca do artigo 22.º da CRP que fixou o Tribunal Constitucional de Portugal.¹⁰⁷

Nessa mesma linha de abordagem, ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES destaca que o artigo 37, § 6º, da CRFB é uma norma autoaplicável e de eficácia plena, igualmente com característica de “norma definidora de direito ou garantia fundamental” relativamente ao cidadão que tenha seu direito lesado pelo Estado. A Constituição não remete à necessidade de lei para a aplicação dessa norma. Com isso, a redação restritiva constante do artigo 43 do Código Civil não se mostra capaz de estabelecer limites à aplicação da norma constitucional. O dispositivo constitucional em comento, nas palavras da autora, “consagra um direito autoaplicável de conteúdo abstencionista/negativo (*o direito fundamental de não ser lesado em seus demais direitos e garantias*); e, de conteúdo prestacional/positivo (*o*

¹⁰⁶ JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO noticia que a Advocacia Geral da União e o Ministério da Justiça, ainda em 2002, instituíram uma comissão de notáveis administrativistas, presidida por Caio Tácito, que elaborou um anteprojeto de lei para disciplinar o regime geral sobre a responsabilidade civil do Estado, que buscou sistematizar o assunto e consolidar diversas questões já tratadas na doutrina e assentes na jurisprudência. (SANTOS NETO, João Antunes dos – A Responsabilidade Pública no Direito Brasileiro e no Direito Estrangeiro - *In Revista de Direito Administrativo – RDA 239*. Rio de Janeiro: Renovar/Fundação Getúlio Vargas, janeiro/março 2005, p. 276) O resultado do trabalho dessa comissão resultou no Projeto de Lei do Senado n.º 718/2011, sem análise no Legislativo até o momento, cujo texto e encaminhamento consta no sítio <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103540> (consulta em 31 de janeiro de 2019).

¹⁰⁷ A esse respeito, verificar comentários e conteúdo da nota de rodapé n.º 82 desta dissertação. VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 41.

direito fundamental de ser plenamente recomposto, em sendo lesado em seus direitos e garantias).”¹⁰⁸

Por outro lado, o artigo 37, § 6º, da Constituição consagra hipótese de responsabilidade objetiva do Estado fundada na *teoria do risco administrativo* ou *risco de autoridade*, impondo a responsabilização em razão do risco criado no desenvolvimento de suas atividades. Permanece, para os agentes públicos, a responsabilidade subjetiva, com apuração baseada na culpa. Todavia, por aplicação da mesma norma legal, há um importante dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza da responsabilidade civil extracontratual do Estado, objetiva ou subjetiva, quando o dano a ser reparado tenha sido causado por omissão do ente estatal.

Nessa matéria, já trouxemos a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO no sentido de que, quando se tratar de omissão do ente estatal, não se justificaria a avaliação de risco-proveito, mas sim da existência de uma culpa anônima do serviço, por não ter funcionado ou ter funcionado mal. Nesse caso, embora considere que a responsabilidade tenha natureza subjetiva, salienta o autor que há presunção de culpa do ente estatal, com atribuição do ônus probatório ao Estado, que deverá demonstrar não ter agido com dolo, negligência, imperícia ou negligência na causação do dano alegado.¹⁰⁹ Essa posição se aproxima da *teoria da culpa do serviço*.

Representativos de posição diversa, dentre outros autores,¹¹⁰ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO entendem que o art. 37, § 6º, da Constituição não estabelece qualquer restrição quanto à sua abrangência para aplicação em caso de omissões do Estado, com o que não há fundamento válido para que a interpretação do mesmo dispositivo seja diversa para ações e omissões dos entes públicos causadoras de danos. Assim, para esses autores, no caso de omissões a responsabilidade civil extracontratual do Estado também é objetiva.¹¹¹

¹⁰⁸ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores) – **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 985. A autora ainda acrescenta que: “A eficácia plena da norma constante do § 6º do art. 37 possibilita, de todo modo, uma ampla densificação por parte do legislador infraconstitucional, desde que seja observado aquele direito autoaplicável (de conteúdo negativo e positivo) como limite não transponível. Aliás, a densificação legislativa de um regime específico para a responsabilidade patrimonial do Estado Brasileiro afigurar-se-á bastante salutar, na medida em que inúmeras questões atreladas ao § 6º do art. 37 não estão satisfatoriamente reguladas pelo Cód. Civil, na qualidade de diploma legal básico das relações jurídico-privadas.”

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.049.

¹¹⁰ Entre os autores que entendem tratar-se de responsabilidade objetiva também no caso de omissões do Estado, apontamos ODETE MEDAUAR (MEDAUAR, Odete - **Direito Administrativo Moderno**. 16.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012) e YUSSEF SAID CAHALI (CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 182-183.

No âmbito da jurisprudência, igualmente se verifica dissenso de posições, o que pode ser exemplificado especialmente com as decisões proferidas ao longo do tempo pelo Supremo Tribunal Federal. Analisando julgados do STF acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de omissões, ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES traçou um quadro até os tempos atuais, demonstrando alternância de entendimentos:

O STF tem julgados que dão guarida às duas posições doutrinárias. Chegou a adotar a Corte Constitucional a tese da responsabilidade objetiva (ex.: RE 215.981/RJ, relatado pelo Min. Néri da Silveira, DJU 31/05/2002, registrando a seguinte afirmação: “O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio”). Também o RE 109.615-2/RJ, relatado pelo Min. Celso de Mello, DJ 2/8/1996 e o RE 170.014-9, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, DJ 13/2/1998. Contudo, a partir de 2003, em nova composição, parece ter se alinhado à tese da responsabilidade subjetiva, ex.: RE 369.820/RS, relatado pelo Min. Carlos Velloso, DJ 28/11/2003. Neste acórdão, expressamente menciona o Supremo: “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.”¹¹²

A autora ainda refere outras decisões do Supremo Tribunal Federal que seguiram com alternância de posições entre responsabilidade objetiva e subjetiva para casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado diante de omissões. Todavia, a oscilação jurisprudencial do STF levou ao reconhecimento de repercussão geral da matéria (RE 136.861/SP, julgamento em 1/2/2011, DJ de 14/4/2011), ainda sem decisão finalizada quanto ao mérito.¹¹³ Dessa forma, o dissídio jurisprudencial poderá ser resolvido quando julgado pelo STF o recurso com repercussão geral.¹¹⁴

¹¹² GOMES, Ana Cláudia Nascimento. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores) – **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 989-990.

¹¹³ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores) – **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 990.

¹¹⁴ No sistema processual brasileiro, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal com o atributo da repercussão geral representam uniformização de entendimento, a ser observado pelos Tribunais. O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do mérito da matéria em agosto de 2018, todavia ainda não finalizado até o momento. O reconhecimento da existência de repercussão geral pelo STF permite que seja julgado o caso com a característica de edição de um precedente, desenvolvendo o direito para os casos que se seguirem. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Processo Civil** –

Nesse quadro, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETO e NELSON ROSENVALD¹¹⁵ afirmam a importância da jurisprudência na interpretação e na própria criação do direito na área da responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil, preenchendo um vácuo legislativo infraconstitucional e conferindo efetividade ao dispositivo da Constituição de 1988 que a prevê. Assim, a evolução no trato da matéria ocorreu na ausência de lei infraconstitucional e, por isso, a jurisprudência possui papel potencializado nessa área, inclusive pela importância do tema da responsabilidade civil do Estado nas democracias constitucionais contemporâneas. Afirmam os autores:

A responsabilidade civil traz consigo uma responsabilidade orgânica, isto é, ela trabalha com conceitos abertos, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados (o juiz, para decidir um caso de responsabilidade civil, deve apreciar se houve ou não um dano; se o dano é relevante; se há nexo causal entre o dano e a ação ou omissão; e, em caso afirmativo, de quanto deve ser a indenização). Sem falar dos casos em que a vítima invoca agressões à dignidade humana, abusos de direito, danos causados em virtude de atividades perigosas. Ou pede indenizações que, além de compensar, tenham efeito pedagógico, ou que punam o agressor naqueles casos em que houve brutal menosprezo à pessoa humana.¹¹⁶

A ausência de legislação específica acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil gera diversas outras questões controvertidas, do que são exemplos as matérias que envolvam danos causados por atos judiciais e legislativos ou, ainda, omissões atribuídas ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Todavia, essas e outras matérias fogem aos objetivos deste trabalho, que se volta à função administrativa e, mais especificamente, às causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual nessa área.

Ademais, o tratamento das causas de exclusão da responsabilidade, sem um diploma legal específico, mostra-se incipiente nas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, amparando-se principalmente na análise dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado e de defeitos na sua concretização.

Por fim, encerrando a análise do quadro normativo no Brasil, de acordo com o disposto no artigo 37, § 6.º, da CRFB, são requisitos da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado:

Volume 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 5ª ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 622).

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 1003.

¹¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** p. 1003.

1) ato ou omissão lesiva praticada por agente de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público);

2) que o dano tenha sido causado na prestação de serviço público, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica à semelhança de entes de natureza privada, sem característica de serviço público;

3) que haja nexo de causa e efeito entre o dano causado ao usuário ou a terceiro e a prestação de serviço público;

4) que o dano seja causado por titular ou agente das pessoas jurídicas mencionadas, abrangendo agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço;

5) que o agente público, ao causar o dano, esteja agindo no exercício de suas funções.¹¹⁷

No caso de omissão, recordamos a divisão doutrinária quanto à consideração da responsabilidade dela decorrente possuir natureza objetiva ou subjetiva. Neste último caso, quando considerada subjetiva a responsabilidade do Estado causada por omissão que lhe seja atribuída, o ônus probatório de não ter agido com culpa, ou seja, com imperícia, negligência ou imprudência, caberia ao ente público demandado.

Passamos, no item que segue, à exposição sobre os pressupostos de caracterização da responsabilidade civil extracontratual do Estado em Portugal e no Brasil.

2.3 – Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa

A responsabilidade civil extracontratual em geral origina-se a partir da “violação de um dever genérico de respeito, violação a um direito absoluto sem relação inter-

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 649-650.

subjectiva previamente existente entre o lesante e o lesado”.¹¹⁸ Aqui se distingue a responsabilidade civil extracontratual da responsabilidade contratual, que decorre da violação de direitos de crédito vinculados a um contrato.¹¹⁹

Embora a responsabilidade civil do Estado possua conceituação e normatização próprias, vinculadas ao Direito Administrativo, a sua configuração não se separa de forma absoluta do repositório clássico no Direito Civil, alimentando-se de princípios fundamentais da doutrina e de diversos instrumentos de técnica jurídica. MARCELLO CAETANO destaca esse fenómeno na construção do Direito Administrativo, inclusive na área da responsabilidade civil contratual e delitual, a partir de institutos do Direito Civil, todavia afirmando a sua reelaboração e adaptação a um regime jurídico situado no reino do interesse público, não no campo dos interesses privados.¹²⁰ Feita essa introdução distintiva, passamos aos pressupostos da responsabilidade civil do Estado em Portugal e no Brasil.

¹¹⁸ AMORIM, Camila Silva de – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal. Um exemplo a ser seguido. *In A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional – Ano 3 – N.º 11*. Belo Horizonte: Fórum, janeiro/março 2003. p. 280. A autora apresenta a conceituação a partir de textos de autoria de Luís Manoel Teles de Menezes Leitão.

¹¹⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 16-17. Os autores ainda discorrem sobre uma outra via de responsabilidade distinta da modalidade contratual e extracontratual, nos seguintes termos: “Quanto à natureza da posição jurídica subjectiva violada, a responsabilidade civil pode ser *contratual* ou *extracontratual*. A responsabilidade contratual decorre da violação de direitos de crédito resultantes de contrato. A responsabilidade extracontratual decorre da afectação de outros direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos. Nos últimos anos, a doutrina tem vindo a identificar uma *terceira via* da responsabilidade civil, a meio caminho entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, que abrangeria situações de violação de deveres específicos de protecção, informação e lealdade, não decorrentes de contratos mas com densidade superior aos deveres genéricos de respeito de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos cuja violação gera responsabilidade extracontratual.”

¹²⁰ CAETANO, Marcello – **Manual de Direito Administrativo – Vol. I**. 10ª ed. rev. e actualiz. Coimbra: Almedina, 2016. p. 63-64. Nas palavras do autor: “Mas o Direito Civil foi, desde o período da hegemonia romana até ao século XIX, o repositório da tradição jurídica da Europa ocidental. Na concepção clássica, *jus civile* era todo o direito próprio da *civitas* ou sociedade política, o qual na Idade Média se opunha ao Direito Canónico. No seu âmbito, que estava longe de restringir-se aos quadros modernos do Direito privado, foram pois elaborados e conservados os princípios fundamentais da doutrina e os instrumentos da técnica jurídica. Não admira que o Direito Administrativo, ao construir o sistema científico dos seus princípios, recorresse ao pecúlio comum mantido pelo Direito Civil e partisse da sua técnica. Assim, nas instituições do Direito Administrativo encontramos os conceitos, embora reelaborados e adaptados, de pessoas jurídicas, de contrato, de responsabilidade contratual e delitual, de coisa, de direito real, de propriedade, etc.

O administrativista moderno teve de estudar o Direito Civil e de lançar mão dos seus institutos para os comparar com aqueles que a vida da Administração fez surgir e para beneficiar (com legitimidade igual à dos cultores das outras disciplinas jurídicas) das aquisições teóricas e técnicas acumuladas durante a milenária elaboração desse ramo do Direito. Alguns princípios gerais são mesmo integralmente aceites pelo Direito Administrativo, não como regras comuns de Direito Civil mas por serem princípios gerais de Direito ou regras comuns de técnica jurídica, abusivamente tidas como exclusivas do domínio civilista.

A identidade de designação de certos institutos no Direito Administrativo e no Direito privado não deve, porém, induzir no erro de pensar que correspondem às mesmas realidades: a verdade é que estas requerem regimes jurídicos diferentes consoante se localizam no campo dos interesses privados ou no reino do interesse público”.

À semelhança da responsabilidade civil em geral, a verificação da responsabilidade extracontratual do Estado por atos do Poder Executivo depende da existência fática de seus pressupostos ou requisitos de caracterização. Ausentes esses pressupostos ou caracterizados de forma diferenciada, podem ser concretizadas causas prévias de exclusão da responsabilidade ou, em um segundo momento, de atenuação da responsabilidade, tema a ser abordado no terceiro capítulo desta dissertação.

Os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado no exercício da função administrativa são, basicamente, os seguintes: a) dano; b) ação ou omissão voluntária, atribuível ao exercício de função do Estado; c) nexo de causalidade entre a ação e o dano; d) ilicitude, nos casos de responsabilidade delitual; e) culpa ou sucedâneo, nos casos de responsabilidade delitual; f) inexistência de causas excludentes da responsabilidade (pressuposto negativo), do que são exemplos força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima. A ilicitude e a culpa não são pressupostos no caso de responsabilidade civil extracontratual pelo risco.

No Brasil, esses requisitos de configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado - seja de natureza objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, seja de natureza subjetiva nos casos de omissão, como já referimos - são tratados na doutrina e na jurisprudência,¹²¹ reafirmando-se o importante papel das decisões dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, a partir da inexistência de legislação ordinária específica sobre a matéria, como ocorre em Portugal, com a edição da Lei nº.

¹²¹ Exemplo de decisão do Supremo Tribunal Federal em que afirmados os requisitos da responsabilidade civil extracontratual do Estado:

“Responsabilidade civil objetiva do Poder público - Elementos estruturais - Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República - Teoria do risco administrativo - Infecção por citomegalovírus - Fato danoso para o ofendido (menor impúbere) resultante da exposição de sua mãe, quando gestante, a agentes infecciosos, por efeito do desempenho, por ela, de atividades desenvolvidas em hospital público, a serviço da Administração estatal - Prestação deficiente, pelo Distrito Federal, de acompanhamento pré-natal - Parto tardio - Síndrome de West - Danos morais e materiais - Ressarcibilidade - Doutrina - Jurisprudência - Recurso de Agravo improvido. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. (...) Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.” (STF, RE nº 495740 AgR, 2.ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15/04/2008, DJe-152 de 13/08/2009) - [Em linha]. [Consult. 26 Feb 2019]. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600790>

67/2007, que instituiu o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (RRCEE).

Em Portugal, como já referimos, as regras da responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa distinguem-se conforme esteja em causa fato ilícito (artigos 7.º a 10.º do RRCEE) ou, por outro lado, seja fundada no risco (artigo 11.º do RRCEE).¹²²

Tratando-se de responsabilidade por fato ilícito ou delitual, poderá ser de natureza subjetiva ou com certo grau de objetivação, decorrente da previsão de presunção de culpa e de ilicitude em determinadas hipóteses legais, como explicitaremos a seguir, analisando o teor das disposições do RRCEE. A sua verificação exige a ocorrência dos seguintes pressupostos: a) ação ou omissão atribuída ao Estado; b) ilicitude, c) culpa (ou sucedâneo), d) dano e e) nexo de causalidade.¹²³

A responsabilidade será exclusiva do Estado e demais entes públicos quando os danos resultarem de ações ou omissões com culpa leve atribuídas aos titulares de seus órgãos, funcionários e agentes que estejam no exercício de função administrativa e em razão desse exercício (artigo 7.º, n.º 1, do RRCEE). Ainda, nos termos do artigo 7.º do RRCEE, a responsabilidade será exclusiva do Estado e demais entes públicos quando os danos resultarem de funcionamento anormal dos seus serviços, sem vinculação necessária a um comportamento identificado de um titular de órgão, funcionário ou agente. Esse funcionamento anormal e inadequado do serviço se verifica quando, “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos” (artigo 7.º, números 3 e 4). Por outro lado, de acordo com o artigo 8.º do RRCEE, a responsabilidade do Estado e demais entes públicos é solidária quando os danos forem resultado de ações ou omissões cometidas com culpa grave pelos titulares de órgãos, funcionários ou agentes no exercício de suas funções e por causa desse exercício, nesse caso com direito de regresso a ser exercido pelo ente público.¹²⁴

Feitas essas breves anotações acerca da responsabilidade por fatos ilícitos, cabem alguns comentários sobre a responsabilidade pelo risco, prevista no artigo 11.º do RRCEE. Nesse caso, não está mais em causa a análise da culpa e da ilicitude como pressupostos de caracterização da responsabilidade administrativa, pois se fundamenta no

¹²² PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 16.

¹²³ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 16.

¹²⁴ MESQUITA, Maria José Rangel de – **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. p. 19-20.

risco ou perigo criado pela própria atividade desenvolvida. O Estado e os demais entes públicos respondem pelos danos que venham a ser causados em razão de serviços, coisas e atividades especialmente perigosas, salvo quando venha a ser constatada culpa do lesado ou força maior, quando a indenização poderá ser excluída ou diminuída. Ainda, conforme n.º 2 do artigo 11.º do RRCEE, havendo a concorrência de um fato culposo de terceiro para a ocorrência do dano, o Estado e as demais entidades de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso a ser exercido pelo Estado.

Tratando-se de responsabilidade de natureza objetiva, consoante já retratado, os pressupostos de sua configuração não contemplam a ilicitude e a culpa, mas sim a ocorrência de dano causado à vítima, uma ação ou omissão atribuível ao exercício de função do Estado, nexo de causalidade entre a ação e o dano e a inexistência de causas excludentes da responsabilidade.

Passaremos à análise desses pressupostos integrativos da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente de atos ou omissões no exercício da função administrativa em Portugal e no Brasil, tanto para as hipóteses de responsabilidade extracontratual delitual, como para responsabilidade extracontratual pelo risco.

2.3.1 – Dano

O primeiro pressuposto a ser analisado é a existência de um dano, que traz consigo o significado de um prejuízo ou lesão a direito de outrem. Somente há possibilidade de pensar na ideia de reparação caso haja um dano efetivo. MÁRCIA ANDREA BÜHRING¹²⁵ destaca que o dano deve ser compreendido como a alteração de uma situação existente anteriormente, situação essa que era mais favorável e benéfica à vítima. O dano, segundo a autora, não diz respeito diretamente ao bem perdido ou afetado pela ação, mas sim à situação da pessoa que foi afetada em sua esfera jurídica pela ação ou omissão.

Nessa linha de argumento, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹²⁶ salienta que não é qualquer dano que gera direito à indenização por parte do Estado. O dano juridicamente relevante vai além de mero prejuízo econômico ou gravame de ordem moral, sendo necessária também sua qualificação como lesão de um direito alheio. Em outras

¹²⁵ BÜHRING, Marcia Andrea – **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. São Paulo: Thompson-IOB, 2004. p. 134-135.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1052-1053.

palavras, além do prejuízo econômico ou moral, é necessário que o bem afetado tenha sua integridade protegida pela ordem jurídica, qualificando-o como um direito titulado por alguém.

Outra distinção que se faz em relação ao dano indenizável é que poderá ter ele conteúdo econômico ou não, pois o dano de índole puramente moral, sem consequências de ordem econômica ou patrimonial, igualmente é passível de indenização. Tratando da distinção entre danos patrimoniais e pessoais ou não patrimoniais, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ remete à sua previsão no artigo 496.º do Código Civil de Portugal, que em seu n.º 1 expressamente determina a observância e consideração, para a fixação de indenização, dos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Refere o autor igualmente o artigo 25.º da CRP, que garante a inviolabilidade à integridade física e psíquica das pessoas como direito fundamental.¹²⁷

Em análise do dano como pressuposto da responsabilidade civil extracontratual tanto em geral, como do Estado, seja delitual ou pelo risco, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS discorrem acerca de pluralidade de situações que configuram danos indenizáveis, envolvendo danos emergentes e lucros cessantes (artigo 564.º, n.º 1, do CC de Portugal), danos presentes e danos futuros (artigo 3.º, n.º 3, do RRCEE; artigo 564.º, n.º 2, do CC de Portugal), danos patrimoniais e danos morais (artigo 3.º, n.º 3, do RRCEE; artigo 496.º, n.º 1, do CC de Portugal). Quanto a estes últimos, os autores destacam que, pela amplitude e abertura das disposições legais aplicáveis, a indenizabilidade ou não dos danos morais costuma depender da ponderação a ser feita nos casos concretos. Destacam, ainda, a controvérsia existente sobre se o dano moral resultante da morte seria indenizável à própria vítima, transmitindo o direito aos sucessores. SOUSA e MATOS afirmam que “só à custa de conceptualismo extremo pode tal possibilidade ser admitida.”¹²⁸

No Brasil, a Constituição de 1988 igualmente fixa como direito fundamental, em seu artigo 5.º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Da mesma forma, o artigo 186 do Código Civil brasileiro alude aos danos morais enquanto geradores de responsabilidade civil.

¹²⁷ GONZÁLEZ, José Alberto – **Direito da Responsabilidade Civil**. Lisboa: Quid Juris, 2017. p. 77.

¹²⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 29-30.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO destacam que a Constituição brasileira integrou em definitivo e no direito positivo a reparação por dano moral, estabelecendo um princípio cogente e sem enumeração taxativa quanto às hipóteses em que se pode verificar a ocorrência de dano moral, permitindo ao intérprete e ao legislador a sua ampliação, e não a sua restrição.¹²⁹

Em Portugal, o RRCEE, instituído pela Lei n.º 67/2007, possui disposição expressa sobre danos *especiais* e *anormais* em seu artigo 2.º, prescrevendo que “consideram-se especiais os danos ou encargos que incidam sobre uma pessoa ou um grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas, e anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.” Esse conceito jurídico possui relevância para os casos em que a própria lei faça referência a danos especiais e anormais, o que ocorre, por exemplo, com o artigo 16.º da RRCEE, que trata da *indenização pelo sacrifício*.

Por outro lado, o artigo 3.º, n.º 3, do RRCEE determina a aplicação de suas regras para casos de indenização de “danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.” Sobre essa disposição legal, RICARDO PEDRO salienta que o regime legal anterior determinava como pressuposto de indenizabilidade a existência de danos *especiais* e *anormais*, ideia que buscava preservar o orçamento público, permitindo aos tribunais decidir quais seriam os danos dignos de indenização, afastando os demais. O autor afirma que, eliminada aquela distinção no texto vigente, todos os danos, independentemente de seu caráter especial ou anormal, devem ser indenizados.¹³⁰

No Brasil, muito embora não haja lei expressa nesse sentido, algumas decisões jurisprudenciais, assim como a doutrina, afirmam que determinados danos não são passíveis de indenização, configurando-se como meros dissabores da vida em sociedade.¹³¹ No mesmo

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 82.

¹³⁰ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 21.

¹³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello exemplifica sua conceituação de dano indenizável, distinguindo-o de prejuízos não indenizáveis, segundo o ordenamento brasileiro, nos seguintes termos:

“Por isso, a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive o ‘ponto’ ter-se-á destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico.

Pela mesma razão não configura dano jurídico o dano econômico sofrido pelos proprietários de residências sitas em bairro residencial que se converte, por ato do Poder Público, em zona mista de utilização. Não haverá negar a deterioração do valor dos imóveis de maior luxo. A perda da tranquilidade e sossego anteriores tem reflexos imediatos na significação econômica daqueles bens, mas inexistia direito à persistência do destino urbanístico

sentido há algumas posições encontradas na doutrina e na jurisprudência de Portugal, a despeito do que foi registrado acerca das disposições legais do RRCEE.¹³²

Essa matéria, ligada à caracterização dos danos indenizáveis, será retomada no capítulo seguinte, quando a exposição ficará centrada nas causas de exclusão da responsabilidade, voltando-se para aqueles danos que podem não ser indenizados, com ilustração e amparo em decisões jurisprudenciais.

Na doutrina brasileira, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aponta que o dano indenizável, além de incidente sobre um direito, deve qualificar-se como certo, não podendo ser apenas eventual ou possível. Pode ser atual ou futuro, desde que seja certo e efetivo ou real. Quanto à sua extensão, deve englobar não só o que efetivamente já se tenha confirmado como prejuízo, como também aquilo que tenha sido inviabilizado no futuro pelo dano causado.¹³³

2.3.2 – Ação ou omissão atribuída ao Estado ou a ente público

O segundo pressuposto para a apuração da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado é a ação ou omissão juridicamente qualificada, imputável ao Estado ou a um ente público, que se apresenta como um ato lícito (responsabilidade pelo risco) ou ilícito (responsabilidade delitual) e que gera um dano. Com relação à ação ou omissão estatal causadora de dano indenizável, é necessário perquirir quais sujeitos podem praticá-la, bem como quais características desse agir importam em atribuição da responsabilidade estatal.

Quanto aos agentes envolvidos do pólo ativo desencadeador de responsabilização do Estado como entidade real, porém abstrata que é, conforme descreve BANDEIRA DE MELLO,¹³⁴ a relação entre a vontade e a ação do ente Estado e de seus agentes é de imputação direta: “O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido

precedentemente atribuído àquela área da cidade.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1053-1054)

¹³² Nesse sentido: GOMES, Carla Amado – A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. *In Revista Julgar* – N.º 5. Lisboa: Almedina, 2008. p. 81-82.

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1054-1055.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1040.

mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez.” Dessa forma, não se dividem os comportamentos entre Estado e agente, como representado e representante, mas são considerados uma unidade como relação orgânica. O fato de ter o agente agido com culpa ou dolo não retira a sua qualidade dessa unidade orgânica, apenas traz consequências em relação à sua possível responsabilização pessoal, ainda importando, em Portugal, em distinção da hipótese legal que fundamenta a responsabilização do Estado (delitual ou pelo risco) e/ou do agente nos casos de culpa leve, grave ou dolo.

No quadro normativo de Portugal, a primeira definição da ação ou omissão estatal relevante para a caracterização da responsabilidade civil extracontratual do Estado está colocada na própria Constituição, em seu artigo 22.º, ao determinar que “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, *por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício.*” JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, em comentário a essa disposição, afirmam que, para que a responsabilidade por ações ou omissões dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes possa ser imputada aos poderes públicos, a Constituição exige “que exista uma conexão relevante da conduta lesiva com o exercício de funções públicas, não bastando, por exemplo, para o efeito a existência de um nexo meramente local ou temporal.”¹³⁵

Segundo destaca PAULO OTERO, a previsão de responsabilização dos próprios titulares das estruturas decisórias públicas possui importante função como mecanismo de limitação do exercício de poder, na medida em que o agente ou omitente, antes de decidir ou de se recusar a decidir, deve fazer um juízo de prognose sobre possíveis efeitos lesivos de sua atuação, adequando-a ao que venha a realizar o princípio da necessidade e da proibição de excesso.¹³⁶

Dentro do parâmetro estabelecido na Constituição, o RRCEE traz uma série de disposições que visam a regular as ações ou omissões geradoras de responsabilidade dos entes públicos e de seus servidores ou agentes. Nesse sentido, o artigo 1.º, n.º 2, determina que a aplicação do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas destina-se aos fatos ocorridos no exercício da função administrativa, com “acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.” Além da função administrativa, o n.º 1

¹³⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º**. p. 353.

¹³⁶ OTERO, Paulo – **Direito Constitucional Português – Volume II – Organização do Poder Político**. p. 37.

do artigo 1.º também determina a aplicação do RRCEE, com regras específicas (artigos 12.º a 15.º), ao exercício de atividade político-legislativa e jurisdicional, categorias que fogem ao objeto deste estudo.

Quanto à função administrativa, há uma ampliação no plano subjetivo da responsabilidade civil extracontratual do Estado, abrangendo também pessoas coletivas privadas (com seus trabalhadores, representantes ou auxiliares) que estejam exercendo funções públicas, ou seja, “nas atividades que decorram do exercício de prerrogativas de poder público *ou* que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo. À luz de um juízo casuístico, podem ser abrangidas, nomeadamente, as associações e fundações ou outras pessoas colectivas de direito privado que se rejam por regras de jurídico-públicas, as sociedades anónimas de capitais públicos e as concessionárias.”¹³⁷ É o que dispõe o artigo 1.º, números 4 e 5. RICARDO PEDRO salienta que, nesses casos, as pessoas coletivas de direito privado são diretamente responsáveis, mas o Estado é subsidiariamente responsável caso não haja patrimônio suficiente para garantir a indenização.

VIEIRA DE ANDRADE destaca que o RRCEE se aplica aos danos gerados pela generalidade de ações e omissões administrativas, “incluindo regulamentos e planos (designadamente de aplicação imediata), actos administrativos, outros actos jurídicos, comportamentos e acções materiais, e até actuações informais, quando lhes seja reconhecida relevância, designadamente em função de princípios fundamentais, como, por exemplo, o princípio da protecção da confiança.”¹³⁸

Ainda na doutrina portuguesa, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS tratam do “facto voluntário” como pressuposto da responsabilidade civil delitual, afirmando que ela só se caracteriza quando houver danos que resultem de fatos humanos, ações ou omissões, domináveis pela vontade. No caso de omissões, é necessário que haja um dever preexistente de praticar a ação que foi omitida e que gerou dano, dever esse que é mais facilmente encontrado na responsabilidade administrativa nos domínios do Estado vinculados ao seu poder de polícia.¹³⁹

¹³⁷ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**, p. 15.

¹³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência - Ano 137.º - N.º 3951*. Coimbra: Coimbra Editora, julho-agosto de 2008. p. 361.

¹³⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 20.

No caso de responsabilidade extracontratual pelo risco, REBELO DE SOUSA e SALGADO DE MATOS destacam que, diversamente da responsabilidade delitual, não é qualquer fato que realiza o pressuposto da responsabilidade, pois é necessário que o fato seja resultado de uma atividade, do funcionamento de um serviço ou de uma coisa especialmente perigosos, conforme redação do art. 11.º, n.º 1, do RRCEE. Assim, o fato gerador do dano deve estar vinculado a uma atividade administrativa potencialmente perigosa, conforme avaliação concreta, não em abstrato, do funcionamento do serviço ou da coisa que esteja em causa. Como exemplos, os autores apontam casos de manobras militares, centrais nucleares, redes de distribuição de energia elétrica ou gás, realização de obras na via pública e condução de veículos prioritários (ambulâncias e viaturas policiais). Assim, são potencialmente perigosos tanto situações que exorbitam a normalidade social (caso de centrais nucleares), como o desenvolvimento de alguns serviços normais do Estado (caso de realização de obras públicas). Os autores sustentam que, diversamente do que ocorre no Direito Civil, em que há responsabilidade pelo risco no caso de condução, em circunstâncias normais, de automóveis, aeronaves e navios, não caberia a responsabilidade administrativa pelo risco quando tal conduta seja atribuída a agentes públicos.¹⁴⁰ Desse modo, nesses casos, a responsabilização dependeria da realização dos pressupostos da responsabilidade extracontratual delitual.

A possibilidade de exclusão da aplicação das regras da responsabilidade civil extracontratual do Estado em razão da não caracterização do exercício de função administrativa típica no caso de determinadas ações ou omissões de agentes públicos será tratada no capítulo seguinte, aí se incluindo também a distinção entre *atos de gestão pública* e *atos de gestão privada*.

Na doutrina brasileira, seguindo nas lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as pessoas que podem ser consideradas agentes públicos são aquelas que, em qualquer nível de exercício funcional, tomam decisões e realizam atividades pelo Estado, com mister público jurídico ou material. Há ainda que se retratar a situação daqueles que fazem parte da estrutura estatal além de seu organismo central, integrando pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado e pessoas jurídicas de direito privado concessionárias ou delegatárias de serviço público. O que importa buscar é o desempenho de serviço público, podendo levar o Estado a responder diretamente ou subsidiariamente, conforme as peculiaridades do caso. A justificativa de atribuição da responsabilidade estatal decorre da

¹⁴⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 38-39.

situação de que a atividade geradora do dano só ocorreu porque o Estado atuou diretamente ou através de terceiros que realizam o serviço público.¹⁴¹

Em linha de análise doutrinária assemelhada ao regime legal estabelecido em Portugal, no Brasil igualmente deve ser perquirido em quais situações a atuação de um agente público gera o comprometimento do Estado por consequências lesivas. Em primeiro plano, o agente causador do dano deve possuir o *status* jurídico vinculado ao Estado, portando a situação de agente estatal ao agir e atuando dentro ou além de suas competências.

Seguindo na análise da conduta estatal lesiva, além das hipóteses de omissão, tratando-se de ações comissivas, pode-se verificar nos casos em que a própria atuação ou omissão do agente estatal é causadora da lesão (comportamento ativo e imediato) ou quando a atividade estatal desenvolvida, embora não gere diretamente o dano, cria as condições que o propiciam (comportamento ativo e mediato) e, dessa forma, entra na linha de causa da lesão.¹⁴²

Ademais, dentro do ordenamento brasileiro, ausentes regras legais específicas, tanto a atuação estatal lícita como aquela maculada de ilicitude podem fundamentar, com o mesmo fundamento no art. 37, § 6.º, da CRFB, pedido de indenização em razão de danos causados em conta da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Tratando-se de critérios objetivos de avaliação, relevante é a lesão à situação juridicamente protegida, ficando em segundo plano a consideração da licitude ou ilicitude do comportamento estatal gerador de dano,¹⁴³ podendo essa avaliação ser relevante para a fixação do valor da indenização.

2.3.3 - Ilicitude

De início, conforme já afirmado anteriormente, repisamos que a ilicitude é pressuposto da responsabilidade civil extracontratual do Estado de natureza delitual, não se aplicando para os casos em que a responsabilidade esteja fundada pelo risco. Não se configurando a ilicitude, a responsabilidade delitual fica excluída, havendo possibilidade de ser verificada hipótese de responsabilidade pelo risco ou fato lícito. Essa afirmação é feita por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, salientando que, embora o RRCEE não regule esta matéria de forma específica, a conclusão decorre das

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1041.

¹⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1042-1043.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1044-1045.

normas constitucionais e dos princípios gerais que regem a atividade administrativa e a responsabilidade civil extracontratual do Estado.¹⁴⁴

No âmbito do Direito privado de Portugal, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA comenta formas de ilicitude a partir do disposto no artigo 483.º do Código Civil, que são (a) a violação de um direito de outrem e, da mesma forma, (b) a violação de um preceito legal que se destina a proteger interesses alheios. Da lição do autor, destacamos que a lesão do interesse alheio deve corresponder à infração de uma norma legal em termos amplos, podendo ser um mero regulamento. Ademais, o interesse alheio lesado deve ser legítimo ou juridicamente protegido por essa norma que o contempla, agregando-se a exigência que a lesão se efetive no próprio bem jurídico ou interesse tutelado pela norma.¹⁴⁵

Dentre os conceitos gerais sobre ilicitude, ainda destacamos a referência feita por ALMEIDA COSTA sobre a figura do *abuso de direito*, nos termos do artigo 334.º do Código Civil (“É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”). Segundo as circunstâncias envolvidas no caso, qualificando-se determinada conduta como configuradora de abuso de direito, o agente titular desse direito abusivamente exercido deverá reparar os danos causados a outrem.¹⁴⁶

Acerca do *abuso de direito* como forma de comportamento antijurídico, capaz de determinar a obrigação de indenizar, ANTUNES VARELA destaca que se trata, por princípio, do exercício anormal de um direito próprio, alcançando termos reprovados pela lei por violar a sua “*afecção substancial, funcional ou teleológica*” e, por isso, caracterizando-

¹⁴⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 21.

¹⁴⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das Obrigações**. 12.ª ed. rev. e actualiz. - 4.ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. p. 562-563. Reproduzimos trecho do autor: “Saliente-se, contudo, que a invocação do referido fundamento da responsabilidade depende de se verificarem os seguintes requisitos próprios: 1) *que a lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal*, entendendo-se esta expressão em termos amplos (pode ser, por ex., um mero regulamento de polícia); 2) *que se trate de interesses alheios legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma* e não de simples interesses reflexos ou por ela apenas reflexamente protegidos, enquanto tutela interesses gerais indiscriminados (ex. se uma lei proíbe determinada importação com o fim de evitar a saída de divisas ou gastos sumptuários, tão-só reflexamente se defende a indústria do País; mas já se estará em face de um interesse juridicamente protegido, se essa lei veda a importação com o objectivo directo de favorecer os fabricantes nacionais); 3) *que a lesão se efective no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela* (ex.: sendo impostas normas para a produção de uma especialidade farmacêutica com o escopo da defesa da saúde dos consumidores e certo laboratório as viola, não pode um seu concorrente, amparado no n.º 1 do art. 483.º, reclamar qualquer indemnização pelos danos sofridos em consequência do descrédito público desse produto.” p. 563.

¹⁴⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das Obrigações**. p. 564.

se como ilegítimo. Havendo dano resultante de conduta qualificada como abusiva de direito, reunidos os demais requisitos da responsabilidade civil, o lesado poderá exigir indenização.¹⁴⁷

Em Portugal, no âmbito de aplicação do RRCEE, tratando de responsabilidade civil delitual do Estado, o seu artigo 9.º dispõe sobre a “ilicitude” e determina que são consideradas ilícitas as condutas dos agentes públicos “que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa a direitos ou interesses legalmente protegidos” (n.º 1). Além disso, determina igualmente a existência de ilicitude quando o dano resultar do funcionamento anormal do serviço (n.º 2), remetendo para hipótese de culpa anônima ou coletiva como fundamento de responsabilização.

VIEIRA DE ANDRADE leciona que o RRCEE adotou uma concepção alargada de ilicitude, na medida em que diz respeito não só à conduta, mas também ao resultado. De acordo com o disposto no artigo 9.º, n.º 1, além da ilicitude das ações ou omissões antes descritas, é necessário que essas condutas resultem em ofensas a direitos ou interesses legalmente protegidos, aí residindo a ilicitude do resultado. Desse modo, em princípio, um vício de forma que não afete posição jurídica subjetiva de um particular não geraria dano indenizável por ausência de ilicitude no resultado. VIEIRA DE ANDRADE discorre acerca da necessidade de uma “conexão de ilicitude” entre a conduta do agente e o dano causado. Quanto ao disposto no artigo 9.º, n.º 2. do RRCEE, que trata da ilicitude do funcionamento anormal do serviço, o autor leciona que não se trata de um padrão normativo de conduta, mas sim de um *standard* objetivo de funcionamento (artigo 7.º, n.º 4), levando à “existência de ilicitude quando, nas *circunstâncias* concretas, seja uma *exigência razoável* a evitação do dano, de acordo com *padrões médios de resultado*.”¹⁴⁸

Quanto ao pressuposto da ilicitude na área de aplicação do RRCEE, RICARDO PEDRO preleciona que pode ser decomposto em duas dimensões, uma delas relativa à conduta (quando ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes violem disposições constitucionais, legais ou regulamentares ou, ainda, infrinjam regras técnicas ou deveres objetivos de cuidado) e outra relativa ao resultado (quando forem lesados direitos ou interesses legalmente protegidos). Além disso, considera-se atendido o requisito da ilicitude quando, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do RRCEE, houver ofensa a direitos ou interesses

¹⁴⁷ VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em Geral – Vol. I.** 10.ª ed. rev. e actualiz. – 13.ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. p. 544.

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência - Ano 137.º - N.º 3951.* p. 365-366.

legalmente protegidos em razão do funcionamento anormal do serviço, ou seja, que não tenha atendido às circunstâncias e a padrões médios de resultado a partir dos quais o dano produzido poderia ser evitado (artigo 7º, números 3 e 4).¹⁴⁹

Sobre os parâmetros legais estabelecidos pelo RRCEE tratando das situações de ações ou omissões ilícitas, independentemente de culpa dos seus agentes, que geram responsabilidade civil dos entes públicos, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE salienta o carácter inovador do RRCEE, positivando situações que já eram admitidas na doutrina e na jurisprudência por aplicação de princípios gerais de direito. Buscava-se, assim, proteger os lesados em decorrência de atos ou omissões administrativas quando não fosse possível provar a culpa dos agentes públicos envolvidos. O RRCEE passa a abarcar hipóteses de responsabilidade civil de natureza objetiva em decorrência de atos ilícitos, indo além do paradigma de fundamentação baseada na ilicitude culposa. Sobre essas inovações do RRCEE, VIEIRA DE ANDRADE tece as seguintes considerações:

São duas as situações de ilicitude sem culpa previstas na lei que geram responsabilidade civil das pessoas colectivas públicas.

Em primeiro lugar, no caso de violação de normas em *procedimentos de formação de contratos de empreitada e concessão de obras públicas, de prestação de serviços e de fornecimento de bens* – em que se aplicam “os requisitos da responsabilidade civil definidos pelo direito comunitário” (artigo 7.º, n.º 2, na versão dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho). De acordo com o ordenamento europeu, poderá haver lugar a responsabilidade pré-contratual relativa a este tipo de contratos (“*marchés publics*”), independentemente de culpa, efectiva ou presumida, desde que haja ilicitude por violação das regras aplicáveis. Em segundo lugar, prevê-se expressamente a responsabilidade dos entes públicos pelos danos causados pelo *funcionamento anormal do serviço* (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4). Trata-se de situações em que os danos não resultam do comportamento concreto de determinado agente (quando muito poderia falar-se, impropriamente, de “culpa colectiva”) – mas em que é possível confirmar que os danos foram causados ou são atribuíveis ao mau funcionamento do serviço (que por vezes é designado como “culpa do serviço”).¹⁵⁰

Na visão geral da responsabilidade civil extracontratual delitual, de carácter subjetivo, há duas facetas da ação ou omissão a serem avaliadas, que são a ilicitude, de índole

¹⁴⁹ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 17.

¹⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência - Ano 137.º - N.º 3951*. Coimbra: Coimbra Editora, julho-agosto de 2008. p. 363.

objetiva, e a culpa, como elemento subjetivo. Tratando do tema no Direito privado, ANTUNES VARELA discorre sobre a distinção que deve ser feita entre a ilicitude e a culpa, embora possam ser aspectos complementares de análise da conduta do autor de um fato lesivo, condicionantes da responsabilidade civil e com função reprovadora da conduta do faltoso: a ilicitude diz respeito ao aspecto geral e abstrato decorrente da norma legal; a culpa liga-se ao aspecto subjetivo, em que a conduta, com base na lei, é avaliada em sua reprovabilidade diante das circunstâncias do caso concreto. Assim, a ilicitude liga-se à negação de valores que são tutelados pela ordem jurídica, embora as circunstâncias do caso concreto ofereçam a possibilidade de tornar mais ou menos reprovável a conduta geradora do dano. A culpa, por sua vez, trata do nexo existente entre o fato e a vontade do autor, por isso analisando a face subjetiva do fato ilícito. Embora tomando por base elementos que decorrem da lei e que, por isso, possuem carácter objetivo, a partir da consideração de todos os aspectos fáticos do caso, a culpa envolve a avaliação de maior ou menor censurabilidade da conduta do agente. Assim, por exemplo, a conduta dolosa, como regra, merece maior severidade que a conduta negligente. VARELA salienta, por fim, que essa distinção não é feita por todos os autores e que, na França, diversamente de Portugal, a tendência é de inclusão dos dois aspectos na figura genérica da *faute*, fundamento da obrigação de reparação do dano.¹⁵¹

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, comentando as disposições do RRCEE acerca da ilicitude (artigos 7.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1 e n.º 2), lecionam que a ilicitude na responsabilidade administrativa extracontratual se expressa através de um juízo de desvalor feito pela ordem jurídica com relação predominantemente à conduta geradora do dano ou, ainda, sobre o seu resultado. Todavia, conforme interpretação feita pelos autores da parte final do disposto no artigo 9.º, 1, do RRCEE, não basta um genérico juízo de ilegalidade para a caracterização da ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil delitual, devendo estar ligada à violação da norma específica que fundamenta a posição jurídica lesada.¹⁵²¹⁵³

¹⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em Geral – Vol. I**, p. 585-586.

¹⁵² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**, p. 20-21. Nas palavras dos autores: “Existem, assim, duas modalidades básicas de ilicitude: a ilicitude por violação de direitos subjetivos e a ilicitude por violação de normas destinadas a proteger interesses (*normas de protecção*). Na primeira situação, incluem-se quaisquer direitos subjectivos (direitos fundamentais, de personalidade, reais, familiares, de propriedade intelectual ou industrial), excepto quando se trate da ofensa de direitos de crédito emergentes de contratos, perpetrada pelo devedor, que gera responsabilidade contratual; na segunda situação, incluem-se os interesses legalmente protegidos (...). Existem ainda previsões específicas de ilicitude para efeitos de responsabilidade civil administrativa, designadamente a decorrente da prestação de informações (art. 7.º, 2 CPA).”

Com essas considerações, passamos à análise do elemento *culpa* na configuração de responsabilidade civil de índole subjetiva, especialmente na linha de aplicação do RRCEE em Portugal e da responsabilidade civil do Estado no Brasil.

2.3.4 - Culpa ou sucedâneo

Partindo dos ensinamentos do direito francês, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ salienta que não basta, para a configuração da responsabilidade civil de natureza delitual, que a conduta lesiva seja *objetivamente* inaceitável, mas é preciso que seja reprovável ou censurável, no sentido de que o agente causador do dano poderia e deveria ter agido de modo diverso. Ademais, a conduta deve ter afetado direitos alheios, pressuposto da censurabilidade, bem como há necessidade de avaliação de causas de justificação ou excludentes de ilicitude e/ou culpabilidade.¹⁵⁴

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO, tratando do tema no âmbito do Direito privado brasileiro, discorrem acerca de diversas definições doutrinárias de “culpa” ao longo tempo, apontando tratar-se de tema delicado quanto à sua precisão conceitual. Nas palavras dos autores, a culpa é o elemento de distinção da responsabilidade objetiva (pelo risco) e da responsabilidade subjetiva (delitual). Sua caracterização sofreu alterações profundas nos dias atuais, em que a noção vinculada ao psicologismo do agente, situada como base das normas de responsabilidade civil no século XIX, foi substituída pela “culpa normativa”, consistente em infringência a padrões objetivos de conduta que seriam exigíveis no caso concreto. Nesse sentido, os autores apontam que a culpa pode ser colocada como um erro de conduta, com atuação que viola uma norma

¹⁵³ Consoante referido pelos autores, o STA de Portugal aplicou o entendimento de que, para a configuração da responsabilidade extracontratual administrativa delitual, a ilicitude tem por pressuposto a violação específica de norma relativa ao direito lesado, em acórdão assim ementado:

“Sumário: I - A anulação contenciosa de um acto respeitante a uma relação de emprego não fixa, por si, uma prestação de facto, ou seja, uma obrigação de reintegração;

II - Em acção de responsabilidade civil fundada em acto administrativo ilegal, não basta a verificação de uma qualquer ilegalidade para se dar por verificado o requisito da ilicitude, exigindo-se, para o efeito, que a ilegalidade consista em violação da norma que, nos termos do pedido, tutela o direito cuja lesão se pretende ver reparada;

III - Uma simples “angústia e incerteza” não consomem a exigência de gravidade dos danos não patrimoniais merecedora da tutela do direito para efeitos indemnizatórios.”

(STA, Processo n.º 0127/03, , 2.ª Subsecção do CA, Relator Juiz Conselheiro Alberto Augusto Oliveira, Acórdão de 31/05/2005) - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

¹⁵⁴ GONZÁLEZ, José Alberto – **Direito da Responsabilidade Civil**. p. 347-348.

preexistente (legal ou contratual), provocando desarmonia social e desequilibrando a convivência coletiva. Esse erro de conduta poderá gerar a responsabilidade civil se causar dano a alguém. A conduta poderá ser voluntária ou involuntária quanto a causar dano, vinculada ao agir em si, não necessariamente ao seu resultado, estabelecendo-se a gradação da culpa pelos elementos internos do sujeito (discernimento, intenção e liberdade). Distingue-se o dolo da culpa em sentido estrito pela intenção de causar o dano, pois a conduta dolosa dirige-se à produção do resultado danoso.¹⁵⁵

Conforme já exposto ao tratar do quadro normativo de Portugal, a avaliação do elemento subjetivo (dolo, culpa grave e culpa leve) importa inclusive para enquadramento nas regras aplicáveis quanto à responsabilidade civil extracontratual do Estado por fatos ilícitos previstas no RRCEE (artigos 7.º e 8.º). Diversamente do que ocorre nas relações de direito privado, essa distinção entre culpa grave e leve é importante para a responsabilização pessoal dos titulares de órgãos ou agentes públicos (artigo 8.º, 1, do RRCEE), embora não mude o enquadramento para as pessoas coletivas administrativas.

Ademais, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS salientam que a diligência das pessoas coletivas administrativas é a diligência de seus titulares ou agentes públicos, cujas condutas são verificadas para a avaliação da culpa em sentido amplo (dolo ou negligência). Todavia, nos casos em que o dano tenha sido causado pelo mau funcionamento de um serviço público, o que ocorre de forma mais frequente nos casos de omissão, sem possibilidade de identificação pessoal do causador do dano, não há necessidade de apuração da culpa individual para a atribuição de responsabilidade civil administrativa, conforme disposto no artigo 7.º, n.º 3 e n.º 4, do RRCEE. O funcionamento anormal do serviço, assim, é um sucedâneo do elemento culpa, vinculando-se ao conceito tradicional de “culpa do serviço”.¹⁵⁶

O RRCEE possui disposição específica acerca do pressuposto “culpa” no seu artigo 10.º. Esse artigo determina que a apreciação da culpa dos agentes públicos deve ser feita pela diligência e aptidão que seria razoável exigir nas circunstâncias de cada caso, em

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 97.

¹⁵⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 26-27. Os autores referem que “A teoria da culpa do serviço foi admitida pela primeira vez pela jurisprudência administrativa portuguesa a propósito da responsabilidade do Estado pelos danos provocados pela ruína de uma muralha no Porto, causada pela omissão das necessárias obras de conservação, apesar de não ter sido possível apurar a identidade dos titulares de órgãos ou agentes omitentes [Ac. STA, 28/11/1966, ADSTA 51 (1966), 321].”

análise comparativa com a conduta de um agente zeloso e cumpridor de seus deveres (n.º 1). Além disso, determina que há presunção de culpa leve quando praticados atos jurídicos ilícitos, podendo ser comprovada culpa grave ou dolo (n.º 2), ou quando, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, tenha havido incumprimento de deveres de vigilância (n.º 3).

Sobre o artigo 10.º do RRCEE, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS afirmam que a formulação feita no n.º 1 é “vazia”, não trazendo parâmetros de avaliação quanto a graus de diligência e aptidão de um titular de órgão ou agente “médios”. Os autores salientam que deve ser levado em conta que ninguém é obrigado a fazer mais do que aquilo que poderia fazer, mas também há de ser evitado critério de avaliação benevolente em relação aos padrões de diligência exigíveis dos titulares de órgãos ou agentes públicos diante da importância das funções que legalmente exercem.¹⁵⁷

De outra parte, muita embora o RRCEE tenha consagrado a “culpa” como um dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil do Estado por fatos ilícitos, de igual modo foram adotadas presunções de culpa, levando a algumas hipóteses que reforçam a tendência a uma objetivação desse elemento na avaliação da responsabilidade, estabelecendo novos paradigmas. Todavia, conforme destaca RUI MEDEIROS, essa objetivação/simplificação do elemento “culpa” diz respeito às demandas dirigidas para os particulares contra o ente público, não atingindo a relação dos lesados ou dos entes públicos para com os titulares dos órgãos, funcionários e agentes públicos. Nesse caso, nos termos do artigo 8.º, n.º 4, do RRCEE, deve ser produzida prova do dolo ou da culpa grave do causador do dano, sem prejuízo, inclusive, da possibilidade de aplicação da solução importada do artigo 494.º do Código Civil (“Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”), limitando o valor a ser indenizado, se o caso.¹⁵⁸

Discorrendo sobre o elemento “culpa”, RICARDO PEDRO salienta que se trata do pressuposto com maiores dificuldades de apuração, assim descrevendo:

¹⁵⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 26.

¹⁵⁸ MEDEIROS, Rui - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 269-271.

O requisito *culpa* surge como um dos elementos mais difíceis de apurar. O legislador, no artigo 10.º/2, apresenta uma concepção antropomórfica de justiça personificada no exercente de funções públicas, esclarecendo que a culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

Para além da referida configuração do requisito culpa (importada da teoria geral da responsabilidade do Direito Civil e modelada ao Direito Administrativo) a jurisprudência administrativa tem desenvolvido algumas notas de objectivação daquele conceito. Notas estas, que o legislador do RRCEE veio a positivar quer pela admissão de uma presunção de existência de culpa leve na prática de actos ilícitos (cf. art. 10.º/3), quer pela já referida admissão do *funcionamento anormal do serviço*.¹⁵⁹

Por outro lado, MARIANA MELO EGÍDIO destaca que grande parte da jurisprudência dos tribunais administrativos, na linha do que era decidido com base no Decreto-Lei n.º 48.051, considera estarem interligados os pressupostos referentes à ilicitude e à culpa, não obstante a distinção feita pelo RRCEE (Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro). A autora exemplifica com acórdão do STA de 08 de Setembro de 2016 (processo n.º 01306/15), no qual foi disposto que “I – No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, quando existe dever de vigilância, a ilicitude e a culpa confundem-se, daí que a ilicitude consista apenas no facto ilícito provocado pelo objecto que cumpria vigiar, que faz funcionar uma presunção de culpa”. MARIANA MELO EGÍDIO afirma que esse cruzamento torna-se ainda evidente nas hipóteses em que a própria lei estabelece presunções de culpa.¹⁶⁰

Sobre a prova da culpa, conforme disposto no artigo 10.º, 2 e 3, do RRCEE, a regra geral é que deve haver demonstração da culpa do causador da lesão, constituindo tal demonstração ônus do lesado. Todavia, a própria lei estabelece algumas presunções de culpa, que levam à inversão do ônus da prova, o que se verifica quando praticados atos jurídicos ilícitos e incumprimento de deveres de vigilância. Ademais, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, embora defendam o entendimento de que a interpretação do artigo 10.º, 2 e 3, do RRCEE não comportaria a aplicação de presunções de culpa importadas do Direito Civil, salientam que a jurisprudência administrativa tem admitido

¹⁵⁹ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 17.

¹⁶⁰ EGÍDIO, Mariana Melo – In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 596-597.

essa prática, embora não haja unanimidade a respeito.¹⁶¹ Além disso, os autores referem que a ausência de presunções legais de culpa não afasta, por si só, a consideração de *presunções judiciais* de culpa, estabelecidas a partir da experiência judicial quanto a condutas administrativas ostensivamente ilegais.¹⁶²

No Brasil, retomando o que já foi exposto neste trabalho, ausente legislação específica e abrangente no plano infraconstitucional, a doutrina e a jurisprudência construíram a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado a partir do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988. Nesse sentido, a responsabilidade do Estado decorrente de ações atribuídas a agentes públicos tem natureza objetiva, não sendo avaliado o elemento

¹⁶¹ A diversidade de entendimentos jurisprudenciais acerca da aplicação de presunções de culpa dispostas do Direito Civil, especialmente no artigo 493.º do CC de Portugal, fica vinculada aos contornos fáticos dos casos envolvidos. Essa diversidade pode ser verificada em dois Acórdãos do STA, a seguir indicados e resumidos: “Sumário: I - O Art.º 493.º, n.º 2, do Código Civil, não é aplicável à responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos.

II - Não constitui um facto ilícito, a permissão da realização de um passeio escolar a uma lagoa não vigiada por nadadores salvadores se a ida à água era uma mera possibilidade a verificar no local e estaria sempre dependente da presença dos cinco professores que acompanhavam esse passeio, tendo o afogamento de um dos alunos, de quase 16 anos de idade, ocorrido quando entrou na água desobedecendo às instruções que lhe haviam sido dadas.” (STA, Processo n.º 0482/17, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Fonseca da Paz, Acórdão de 05/07/2018) - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

“Sumário: I – Pertencendo a estrada em causa ao património viário do Município, o qual era o dono da obra que aí se estava a efectuar à data do acidente, detinha este, em exclusividade, a competência de zelar pela vigilância e conservação permanente dessa via, tomando todas as providências necessárias e adequadas a que nela se circulasse com segurança, tanto a nível de alterações ao traçado, como da pertinente sinalização da estrada, não existindo, portanto, qualquer facto ilícito que possa ser imputado à Ré Estradas de Portugal, nos termos e para os efeitos do disposto nos arts. 2º e 6º do DL n.º 48051.

II - Do Código da Estrada (CE), aprovado pelo DL n.º 114/94, de 3/5, na redacção do DL n.º 2/98, de 3/1, decorre a obrigação de sinalizar ao dispor no art. 5º, n.º 1, que, “Nos locais que possam oferecer perigo para o trânsito ou em que este deva estar sujeito a restrições especiais e ainda quando seja necessário dar indicações úteis aos utilizadores devem ser utilizados os respectivos sinais de trânsito”. E igual obrigação resulta do art. 1º do Regulamento do CE, aprovado pelo Decreto n.º 39987, de 22.12.54, na redacção da Portaria n.º 46-A/94, de 17/1, em vigor à data dos factos.

III – Não tendo o R. Município sinalizado o local por onde circulava o veículo, com nenhum dos sinais, exigidos nas circunstâncias, quando é certo que o facto de a via ter as características provadas e se encontrar nas condições também provadas impunha aos condutores cuidados redobrados, comparativamente com os que seriam devidos em estradas em estado normal de conservação e com adequada sinalização, é, como tal, ilícita essa omissão total de sinalização e a não remoção dos obstáculos, areia, terra e detritos da via, que o próprio Réu admite que existiam no local.

IV - À responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas, incluindo as autarquias locais, no domínio dos actos de gestão pública, é aplicável a presunção de responsabilidade prevista no art. 493º, n.º 1 do CC, e, no caso, a omissão culposa do réu deve declarar-se quer em função desta presunção, quer, mesmo, por se encontrar provada a sua culpa nos termos gerais.

V - Tendo em conta a factualidade dada como provada, revela-se um processo causal dos danos ocorridos, mormente, da morte do condutor, sendo determinante o desgoverno da viatura, o qual, na cronologia dos acontecimentos, se seguiu à curva não sinalizada, existindo areia, terra e detritos na via, e embate no separador central, e na árvore nele existente, e, também não sinalizados.
(...)”

(STA, Processo n.º 0644/11, 1.ª Secção, Relatora Juíza Conselheira Teresa de Sousa, Acórdão de 15/03/2018) - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

¹⁶² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 28.

culpa, assim como a ilicitude, para a atribuição do dever de indenizar.¹⁶³ No caso de danos resultantes de omissões atribuídas a entes públicos, repisando o que igualmente já foi exposto nesta dissertação, há dissenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de considerar a responsabilidade objetiva ou subjetiva, nesse caso atribuindo ao ente público o ônus de provar não ter agido com culpa ou dolo na conduta causadora do dano alegado. Todavia, no plano da responsabilidade civil extracontratual do Estado, não se pode deixar de afirmar a importância da verificação de culpa para o exercício de direito de regresso do ente público contra o causador do dano, bem como para a fixação e graduação da indenização que venha a ser devida.

A análise da “culpa” e da “ilicitude” na configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado, pressupostos somente necessários quando se tratar de responsabilidade delitual, será retomada quando da exposição acerca das causas de sua exclusão, objeto do terceiro capítulo desta dissertação.

2.3.5 – Nexa de causalidade: configuração e teorias de causalidade

Passando para o terceiro pressuposto de determinação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, o nexa de causalidade é o elo entre a ação ou omissão estatal e o dano, a partir do qual pode surgir a obrigação de reparar a lesão causada.

¹⁶³ Nesse sentido, transcrevemos excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“(…) 3. Hipótese em que os autores ajuizaram ação contra a União com o objetivo de serem indenizados por danos morais decorrentes da morte do filho militar no desempenho de atividade no Exército.

4. A União Federal, no Recurso Especial, defende que a responsabilidade civil, *in casu*, deve ser regida pelo art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186 do CC/2002), ao argumento de que “o autor precisará provar o ato culposo do agente, o nexa causal entre o ato e o resultado, bem como o prejuízo decorrente”.

5. O Tribunal a quo consignou estar demonstrado nos autos o nexa de causalidade entre o evento danoso, falecimento da vítima durante manobra de deslocamento do comboio de viatura blindada e o desempenho da atividade militar.

6. Consoante a Teoria do Risco Administrativo, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados aos administrados baseia-se na equânime repartição dos prejuízos que o desempenho do serviço público impõe a certos indivíduos, não suportados pelos demais.

7. Em se tratando de responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, o direito dos autores à indenização prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo ou culpa estatal), porquanto suposto vício na manifestação da vontade teria lugar apenas em ação de regresso, o que não se aplica no caso concreto.

Precedentes do STJ.

(…)”

(STJ, REsp n.º 963.353/PR, 2.ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Acórdão de 20/08/2009) - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701448582&dt_publicacao=27/08/2009

No direito português, o nexo de causalidade está implícito nos artigos 7.º, n.º 1, 8.º, n.º 1, e 11.º, n.º 1, do RRCEE, nas expressões “que resultem” e “danos decorrentes de”. Sua configuração não difere para casos de responsabilidade civil administrativa delitual ou pelo risco.¹⁶⁴

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO destacam que o nexo de causalidade é elemento de crucial importância no âmbito de análise da responsabilidade civil objetiva, não se perquirindo do elemento culpa nessa modalidade. Discorrem os autores que as dificuldades ligadas ao nexo causal decorrem da sua prova e também da identificação do fato que gerou o dano quando há uma causalidade múltipla.¹⁶⁵

Distinguem-se as teorias adotadas quanto à determinação da causalidade necessária à responsabilização. Consoante RAFAEL MAFFINI, a primeira teoria, adotada na maior parte das decisões, é chamada de *teoria dos danos diretos e imediatos* ou *teoria da causa próxima* ou *teoria da interrupção do nexo causal*, inclusive adotada no artigo 403 do Código Civil brasileiro.¹⁶⁶ Por essa fundamentação teórica, o Estado somente pode ser responsabilizado caso a ação imputável aos agentes estatais seja aquela que produziu de modo direto e imediato a lesão causada àqueles que reclamam a reparação. Essa proximidade tanto pode ser por sua particular relevância na causação do dano, como pela cronologia, tudo a depender da avaliação das circunstâncias do caso concreto.¹⁶⁷

Mas há outras teorias de causalidade, igualmente apontadas por RAFAEL MAFFINI.¹⁶⁸ Uma delas é chamada *teoria da equivalência das condições*, a partir da qual o Estado poderia ser responsabilizado caso sejam imputáveis aos seus agentes quaisquer ações dentro de um encadeamento de condutas produtoras do dano, sendo todas as condutas envolvidas consideradas como equivalentes para a produção da lesão reclamada. Essa teoria favorece o lesado, na medida em que a exclusão da responsabilidade em razão de fato de outrem fica dificultada, todavia é potencialmente geradora de injustiça em relação à identificação da causa que tenha efetivamente gerado o dano. A terceira principal teoria é a *teoria da causalidade adequada*, segundo a qual o Estado pode ser responsabilizado caso a

¹⁶⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 30 e 39.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 67-68.

¹⁶⁶ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

¹⁶⁷ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 267-268.

¹⁶⁸ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 268.

ação de seus agentes configure-se como a mais relevante para a causa do dano. Todavia, nem sempre é singela essa avaliação de relevância, partindo da busca de encontrar a ação que tenha por efeito inevitável a lesão cuja reparação é pretendida.

Sobre as diversas teorias e sua aplicação no direito brasileiro, VILSON RODRIGUES ALVES, na mesma linha de entendimento de RAFAEL MAFFINI, aponta que a aferição positiva do nexo de causalidade se dá “pela *teoria de interrupção do nexo causal*, que sem penetrar nos meandros de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes, a *teoria da equivalência das condições* e a *teoria da causalidade adequada*. Basta que se retire, em se considerando a linha de desdobramento físico-causal, o ato positivo ou negativo, e se assim o dano não se daria, a relação de causalidade é.”¹⁶⁹

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO, analisando o artigo 403 do Código Civil, nominam a teoria adotada como “teoria da causalidade necessária”. Por conta da referência no artigo a efeito direto e imediato, afasta-se o ressarcimento sempre que alguma outra causa autônoma, mais próxima, interrompa o nexo de causalidade, quebrando a necessidade entre a causa apontada e o efeito danoso. É preciso que haja um liame de imprescindibilidade entre a conduta (causa) e o dano (efeito). Ademais, os autores apontam que essa noção encontra-se consagrada na jurisprudência, muito embora a terminologia não seja uniforme, inclusive utilizando *causalidade adequada* ou *causalidade eficiente*.¹⁷⁰

Em afirmação da *teoria da interrupção do nexo causal*, há julgados do Supremo Tribunal Federal, entre os quais destacamos o Recurso Extraordinário 130.764/PR, relatado pelo Ministro Moreira Alves.¹⁷¹

¹⁶⁹ ALVES, Vilson Rodrigues – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – Tomo I**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 76.

¹⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 112.

¹⁷¹ “Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido

Importante destacar a relevância de uma análise diferenciada do nexo causal quando se tratar de dano causado por omissão imputada ao Estado, pois essa avaliação deve ser feita com razoável segurança para justificar a responsabilidade civil administrativa. Segundo lecionam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO e NELSON ROSENVALD, não há afirmações abstratas que possam responder a essa questão de forma peremptória, sempre dependendo da verificação do caso concreto. Ademais, no Brasil, a norma do artigo 403 do CC não se mostra suficiente para solucionar a responsabilidade civil em geral, quanto mais do Estado. A solução, conforme os autores, depende da análise de múltiplos fatores, como as circunstâncias de fato, a natureza do dano e a configuração da omissão, a qual deve ter algum grau de relevância no nexo causal e de especificidade quanto à conduta que deveria ter sido adotada e não o foi. Quanto mais genérica a omissão, menor a possibilidade de atribuição de responsabilidade ao Estado. Por outro lado, atualmente há menor espaço para omissão estatal legítima, exigindo-se uma atuação estatal proporcional, eficiente e cuidadosa como garantidora de direitos fundamentais. Todavia, como referido, a definição da omissão estatal relevante como causadora de dano sempre estará dependente da análise de um caso concreto, abrindo-se importante área de atuação da jurisprudência.¹⁷²

A Lei n.º 67/2007, de Portugal, não possui previsão específica acerca do nexo de causalidade no âmbito do RRCEE. Desse modo, aplica-se o disposto no artigo 563.º do Código Civil português, o qual determina que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”

RICARDO PEDRO afirma que há vasta jurisprudência sobre o nexo causal, certamente pela dificuldade de análise dos fatos envolvida na determinação do elo entre a ação ou omissão e o dano causado. Na jurisprudência, inclusive por força do artigo 563.º do CC português, a prevalência é a aplicação da *teoria da causalidade adequada na formulação negativa*.¹⁷³ Algumas decisões jurisprudenciais, especialmente do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal,¹⁷⁴ serão expostas no capítulo seguinte ao abordar o rompimento do nexo de causalidade como fundamento de exclusão da responsabilidade.

cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, RE n.º 130764, 1.ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 12/05/1992, DJ de 07/08/1992) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>

¹⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1047-1050.

¹⁷³ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 18.

¹⁷⁴ Exemplo de decisão jurisprudencial do Supremo Tribunal Administrativo com aplicação da teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa:

Por fim, o último pressuposto a ser avaliado para a afirmação da responsabilidade civil extracontratual do Estado possui formulação negativa: é a inexistência de causas excludentes da responsabilidade, que atingem um ou mais pressupostos positivos tratados neste capítulo (dano, ação ou omissão e nexo de causalidade, ainda se somando ilicitude e culpa para as hipóteses de responsabilidade administrativa delitual). As causas de exclusão da responsabilidade, de modo total ou parcial, além de outras hipóteses de impedimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado, como a prescrição, constituem o objeto ao qual dedicado o capítulo seguinte desta dissertação.

“Não demonstrando o cônjuge lesado de que a sua esfera patrimonial, ou a sua situação jurídica, seria diversa caso, no âmbito da execução fiscal em que foi omitida a sua citação, lhe tivessem sido assegurados e respeitados os direitos processuais previstos no art. 239.º do CPPT e de que, através do uso desses meios e mecanismos, teria obstado à exigibilidade da quantia exequenda e ao pagamento da mesma pelo produto da venda do imóvel comum do casal penhorado, não poderá considerar-se como estando estabelecido o nexo de causalidade entre a ilicitude e os danos produzidos [art. 563.º do CC].” (STA, Processo n.º 0446/16, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Carlos Carvalho, Acórdão de 08/03/2018) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Capítulo III –
CAUSAS DE EXCLUSÃO E DE ATENUAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
EXTRACONTRATUAL DO ESTADO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO
ADMINISTRATIVA

A existência de responsabilidade civil extracontratual do Estado passa pela concretização de seus pressupostos, tratados no capítulo anterior (dano, ação ou omissão atribuível a ente público e nexo de causalidade, acrescendo a ilicitude e a culpa ou sucedâneo nos casos de responsabilidade delitual do Estado em Portugal).

As causas de exclusão da responsabilidade ligam-se faticamente a esses pressupostos, como se verifica, por exemplo, com a ação culposa da vítima, comportamento da parte envolvida que pode levar à exoneração da responsabilidade do Estado ou à sua atenuação se houver concausalidade. Assim, por essa ligação com os pressupostos da responsabilidade civil, as causas de exclusão ligadas à ilicitude e à culpa só se aplicam aos casos de responsabilidade civil delitual, da qual esses dois elementos são pressupostos.

Por outro lado, há ainda causas de impedimento da responsabilização do Estado que não se conectam diretamente aos pressupostos, fazendo com que, apesar de concretizado o suporte fático que importaria em responsabilidade, reste afastada a exigibilidade da obrigação de indenizar. Assim, o Estado fica exonerado de cumpri-la, a exemplo do que ocorre com a prescrição da pretensão de reparação do dano e com a renúncia ao direito à indenização.

Cabe destacar que o estudo das causas de exclusão da responsabilidade do Estado, considerando o retrospecto e a sua evolução ao longo do tempo, apresenta-se como nota dissonante do que até o momento foi construído a partir da busca de afirmação da responsabilidade estatal como direito fundamental dos administrados, ora caracterizado como imperativo constitucional. Desde o século passado, como expusemos no primeiro capítulo deste trabalho, o desenvolvimento jurídico centrou-se na construção de soluções ampliativas dos princípios e regras que propiciassem a responsabilização do Estado por danos causados, com afastamento do panorama anterior fundado na irresponsabilidade civil extracontratual do Estado. São importantes observações levantadas por PAULO OTERO, a seguir transcritas:

Num ambiente jusadministrativo particularmente garantístico, em parte explicável pelos complexos históricos de um longo passado de irresponsabilidade da Administração Pública, o estudo de “causas liberatórias” da responsabilidade administrativa ou situações de

exclusão da responsabilidade civil da Administração Pública por facto ilícito, envolvendo pressupostos negativos da constituição do dever de indemnizar, é matéria ingrata, contrária à corrente do pensamento dominante e, sem grande exagero, genuinamente odiosa – as referências doutrinárias ao tema assumem clara natureza excepcional.¹⁷⁵

OTERO leciona que, ao lado da afirmação do princípio da responsabilidade civil da Administração Pública como direito fundamental dos cidadãos, há outros valores, direitos e interesses que também são assegurados no Estado de Direito e que devem ser considerados pelo postulado de unicidade do sistema jurídico no qual estão todos inseridos, muitos deles exigindo prestações efetivas dos entes públicos. Diversamente do que ocorre quando se tratar de relações privadas, o ressarcimento de prejuízos causados a determinadas pessoas pela ação ou omissão do Estado só poderá utilizar recursos financeiros provenientes de todos, mesmo que haja direito de regresso em alguns casos. Essa situação torna-se ainda mais complexa quando vivenciada em ambiente com escassez de recursos públicos, inclusive para atendimento a padrões mínimos de qualidade das prestações que competem ao Estado, em área em que não há tradição para a utilização de ações de regresso contra os agentes públicos responsáveis por atuação ilícita geradora de danos.¹⁷⁶

Assim como a responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos por fatos ilícitos possui fundamentação axiológica vinculada à própria existência do Estado de Direito, em que afirmados os princípios da legalidade e da igualdade, ainda agregando-se o princípio da justa repartição dos encargos públicos, consectário da solidariedade social, para fundamentar a responsabilidade fundada nos prejuízos decorrentes de atos lícitos,¹⁷⁷ a consideração de causas excludentes da responsabilidade do Estado encontra seus valores de fundamentação em princípio de igualdade, a partir do qual todos, inclusive o Estado, são submetidos ao mesmo ordenamento jurídico. De forma ainda mais específica, a aplicação de causas de exclusão da responsabilidade quando demandado o Estado é também determinada pelo princípio da justa repartição dos encargos públicos, pois a satisfação concreta das indenizações imputadas ao Estado, decorrentes de prejuízos gerados no funcionamento da máquina estatal, seja por atos lícitos ou ilícitos, deve ser suportada por toda a coletividade.

¹⁷⁵ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 967.

¹⁷⁶ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 968-969.

¹⁷⁷ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 262-263.

Nesse sentido, a previsão de causas de exclusão da responsabilidade justifica-se pelos princípios da igualdade e da justa repartição dos encargos públicos.

Todavia, assim como a responsabilidade civil extracontratual do Estado recebe diferentes contornos de acordo com o ordenamento jurídico vigente em cada País, conforme exposto ao longo dos capítulos anteriores desta dissertação, assim também a previsão e a eficácia diminuta ou ampliada de causas de exclusão da responsabilidade do Estado vinculam-se a valores consagrados no respectivo ordenamento. Desse modo, entendemos que um Estado com posição ideológica mais garantística dos direitos dos cidadãos, em determinado momento histórico, mostrar-se-á menos permeável ao afastamento da responsabilização do Estado por fatos lícitos e ilícitos, atribuindo menor valor e eficácia a causas excludentes de sua responsabilidade. Em linha oposta, um ordenamento jurídico com ideologia marcadamente pró-Estado buscará reduzir as possibilidades de responsabilização dos entes públicos, criando espaço para ampliação de hipóteses de exclusão da responsabilidade civil.

A título ilustrativo, em análise de direito comparado de sistemas de responsabilidade civil do Estado, cabe referir a situação diferenciada que a Espanha possui nessa matéria, onde dispensados pressupostos de ilicitude e de culpa na causa da lesão para a responsabilização do Estado, bastando a ocorrência de dano ao particular gerado por conduta de entes públicos. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ destaca que a responsabilidade patrimonial extracontratual da Administração é objetiva, não havendo necessidade de perquirir acerca de culpa ou ilegalidade para que seja determinada a reparação de danos.¹⁷⁸ O fundamento da responsabilidade se concentra na necessidade de reparação do patrimônio jurídico da pessoa que foi lesada por ação ou omissão de ente público.¹⁷⁹

Conforme descreve RAMÓN PARADA, a responsabilidade civil administrativa apresenta-se quase como sanção imposta ao Poder Público em razão de uma obrigação pré-existente de assegurar a igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos, atribuindo dever de indenizar independentemente de culpa, dolo ou qualquer intenção por parte do agente cuja conduta ligou-se com dano a particular. Assim, a responsabilidade civil do Estado se fundamenta em um princípio abstrato de garantia dos patrimônios lesados, com avaliação meramente objetiva diante de um dano causado, envolvendo condutas em que haja funcionamento normal ou anormal do serviço.¹⁸⁰ As causas de exoneração da

¹⁷⁸ PÉREZ, Jesús González – **Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas**. 8.ª ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016. p. 188.

¹⁷⁹ PÉREZ, Jesús González – **Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas**. p. 409.

¹⁸⁰ PARADA, Ramón – **Derecho Administrativo I – Parte general**. 12.ª ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000. p. 650-652. Segundo o autor: “Esto generosa aceptación de la responsabilidad

responsabilidade ficam restritas a algumas hipóteses de exclusão do nexo de causalidade, do que é exemplo a força maior, verificando-se, conforme descrito por RAMÓN PARADA, uma interpretação jurisprudencial bastante rigorosa na admissão de exclusão da responsabilidade civil do Estado, seja total ou parcial.¹⁸¹

Ademais, consoante descreve PARADA, em diferença que aponta do regime existente na França, do qual adotou o conceito de funcionamento anormal do serviço público (serviço que não tenha funcionado, que tenha funcionado de forma defeituosa ou com atraso), o sistema espanhol não distingue, para efeitos de responsabilidade civil da Administração, comportamentos de agentes ou funcionários que sejam faltas funcionais ou faltas pessoais, apenas prevendo a possibilidade de direito de regresso no caso de faltas pessoais.¹⁸² Na França, tratando-se de faltas pessoais dos funcionários ou agentes públicos (*faute personnelle*), não há fundamento para atribuição de responsabilidade ao Estado, situação que, como regra geral, também se assemelha ao sistema português e brasileiro.

Assim, na Espanha a feição garantística da responsabilidade civil do Estado é amplificada, especialmente em comparativo com Portugal e até mesmo com o Brasil. A exposição dessas questões será retomada ao tratar das causas de exclusão da responsabilidade por rompimento do nexo causal, com algumas descrições dos regimes francês e espanhol nesse tema.

3.1 – Noções introdutórias acerca de causas de exclusão e de atenuação da responsabilidade civil extracontratual do Estado

Como já afirmamos ao longo deste trabalho, a concretização de hipótese de responsabilidade civil extracontratual do Estado depende da realização de seus pressupostos, que são o dano, a ação ou omissão lesiva atribuída ao Estado em geral e o nexo de causalidade

significa que nuestra fórmula legal engloba tanto los supuestos de responsabilidad por falta de servicio (funcionamiento anormal) como todos los supuestos de responsabilidad sin falta del Derecho francés, que ahora encuentran en el nuestro una cobertura genérica en la explícita referencia al funcionamiento anormal. Reiterada jurisprudência afirma por ello que no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad administrativa '*los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre este y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa*' (Sentencias, entre otras muchas, de 15 de noviembre de 1979, de 26 de febrero de 1982, 2 de noviembre de 1983 y 24 de octubre de 1984)." p. 652

¹⁸¹ PARADA, Ramón – **Derecho Administrativo I – Parte general**. p. 664-666.

¹⁸² PARADA, Ramón – **Derecho Administrativo I – Parte general**. p. 657.

entre esses dois elementos, além da ilicitude e da culpa ou sucedâneo nos casos de responsabilidade delitual (responsabilidade por fatos ilícitos em Portugal).

Nesse quadro, no plano teórico, VILSON RODRIGUES ALVES apresenta o conceito de causas que pré-excluem a possibilidade de responsabilização do Estado, o que ocorre pela deficiência ou insuficiência de concretização de seus pressupostos, tomando como exemplo a ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de caso fortuito.¹⁸³

Desenvolvendo esses conceitos, MARCELO MEIRELES LOBÃO preleciona que a insuficiência de fatos relativos aos seus elementos *pré-exclui* a responsabilidade do Estado, que sequer chega ao plano da existência. Por outro lado, a concorrência do ofendido para a causa do dano atua como fator *pré-atenuante* da responsabilidade, reduzindo a extensão do dever do Estado de ressarcir os prejuízos mediante avaliação do nexo de causalidade e da eficácia e graduação das causas envolvidas.¹⁸⁴ Segue o autor explicitando casos em que essas situações se verificam:

Desse modo, a responsabilidade do Estado não se configura: não havendo violação a direito subjetivo da pessoa, ainda que haja dano; não sendo o fato lesivo, de algum modo, imputável a pessoa jurídica de direito público; não havendo relação de causa e efeito entre o fato imputável ao Estado e o dano; e, ainda, não havendo dano, ao menos de conteúdo moral.

Em todos esses casos diz-se que há pré-exclusão da responsabilidade, pois o fato excludente opera como elemento negativo já antes do nascimento da obrigação de indenizar, atuando na fase de concepção da responsabilidade. Desta sorte, a anteposição do prefixo “pré” não consiste em mero recurso semântico, mas traduz a exata noção do fenômeno jurídico.

Nessa linha de raciocínio, ao tratar de causas que se antepõem à configuração da responsabilidade civil do Estado, impedindo a sua concretização, DANIEL FERREIRA salienta que, embora doutrinariamente seja muito utilizada a expressão “excludentes de responsabilidade”, o que ocorre é que determinados fatos desnaturam o presumido nexo de causalidade material ou a imputabilidade objetiva do resultado. Destaca o autor que apenas se

¹⁸³ ALVES, Vilson Rodrigues – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – Tomo I**. p. 139-140

¹⁸⁴ LOBÃO, Marcelo Meirelles – **Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 70.

cogitaria de excluir algo que já existisse, o que não ocorre quando, materialmente, sequer foi verificado o nexo de causalidade ou a imputação objetiva ao Estado.¹⁸⁵

ALEXANDRE DARTANHAM DE MELLO GUERRA, com o mesmo entendimento crítico em relação à expressão “causas excludentes de responsabilidade civil”, afirma que seria mais adequado nominá-las como causas de “não incidência” da responsabilidade civil do Estado, pois “não chegou a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas.”¹⁸⁶

Tratando das causas de exclusão da responsabilidade, PAULO OTERO desenvolve o tema afirmando que, além dos pressupostos positivos da responsabilidade, há pressupostos negativos, no sentido de que sua ausência é condição para a existência da responsabilidade. O autor identifica esses pressupostos negativos como “situações ou circunstâncias que fazem com que alguém, apesar de preencher todos os pressupostos positivos da responsabilidade civil, acabe por, segundo a ordem jurídica vigente, não poder ser responsabilizado.”¹⁸⁷ OTERO discorre acerca da natureza das causas de exclusão considerando a unidade a ser mantida no próprio ordenamento jurídico, a partir do qual devem ser avaliadas as situações que surgem e que de alguma forma neutralizam o efeito que habilitaria a responsabilidade civil decorrente da concretização de seus pressupostos positivos, desse modo afastando a consequência que seria o dever de indenizar.¹⁸⁸

Expostas as posições acerca da terminologia utilizada, ressaltamos que essas figuras jurídicas, no plano doutrinário e jurisprudencial, são majoritariamente consideradas como causas excludentes da responsabilidade. Por esse motivo, sem deixar de apresentar as demais posições igualmente sustentáveis, optamos por utilizar neste estudo a terminologia mais comum na doutrina e na jurisprudência acerca da matéria. Ademais, salientamos que as hipóteses que, não obstante concretizada a responsabilização, geram obstáculo à exigibilidade

¹⁸⁵ FERREIRA, Daniel – Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias. In GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coordenadores) – **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 63.

¹⁸⁶ GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello – Hipóteses de Não Incidência de Responsabilidade Civil do Estado. In GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coordenadores) – **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. p. 313-314.

¹⁸⁷ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. p. 965. O autor aponta outras expressões doutrinárias de causas de exclusão da responsabilidade, identificadas nas lições de Paulo Cunha como “causas liberatórias da responsabilidade”, ou, nas palavras de Pessoa Jorge, “causas de isenção da responsabilidade civil”.

¹⁸⁸ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 966.

da obrigação de pagamento da indenização, a exemplo da prescrição, são genericamente causas excludentes ou liberatórias da responsabilidade, embora operando em momento posterior e impedindo a exigibilidade da obrigação.

Todavia, embora adotada a denominação mais comum de causas excludentes de responsabilidade, a noção jurídica de pré-exclusão e de pressupostos negativos da responsabilidade, conforme antes exposto, revela-se importante inclusive para demonstrar a sua incidência na apuração da responsabilidade civil do Estado nos casos concretos a serem apreciados. Um pressuposto ou requisito de apuração da responsabilidade só poderá ser afirmado se, provado o respectivo fato constitutivo, não houver contraposição a ele de uma situação que atue de forma negativa, anulando a sua afirmação inicial. Assim, o pressuposto dano só poderá ser considerado suficiente e realizado se a ele não se contrapuser, por exemplo, a inexistência de prejuízo. Em outro exemplo, a ilicitude de uma ação, a princípio verificada, poderá resultar afastada diante da colocação de uma causa de justificação, a exemplo do exercício regular de uma permissão que conferida pela ordem jurídica, como a legítima defesa. Na mesma linha, o nexu de causalidade pode ser afastado mediante a incidência de excludente de força maior. Nesse sentido, a análise metodológica das causas de exclusão da responsabilidade conecta-se a cada um dos seus pressupostos positivos, anulando a sua existência, de forma total ou parcial. Já as causas impeditivas de exigibilidade da obrigação de indenizar, como é o caso da prescrição, operam de forma independente da realização dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado.

Seguindo na exposição das questões gerais envolvidas na matéria de causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado, importante referir a possibilidade de uma conjugação de causas do evento danoso, levando à necessidade de solução do problema das concausas. Isso ocorre, por exemplo, nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando o dano é resultado de um conjunto de ações atribuídas ao Estado e ao próprio lesado. Nesse caso, não se está diante de uma causa excludente total da responsabilidade do Estado, mas sim excludente parcial ou de atenuação, diminuindo o valor da indenização por consideração da concausalidade da ação do lesado, cujo montante deverá ser proporcional à participação de cada um na produção do evento.¹⁸⁹

Outra questão a ser abordada diz respeito ao ônus da prova das causas de exclusão. No Brasil, tratando-se de responsabilidade objetiva como regra geral, quando o Estado é demandado a responder por dano ligado ao exercício de sua função administrativa,

¹⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1057.

ou quando configurada responsabilidade subjetiva no caso de omissão, não raro são apresentados fundamentos de defesa do ente público relativos a causas excludentes de responsabilidade. Essa defesa, a causa de exclusão invocada, deve ser objeto de prova pelo Estado.¹⁹⁰ Ademais, como já referido, mesmo quando se trate de consideração de responsabilidade subjetiva nos casos de omissão estatal como gerador de fato lesivo, milita em favor do lesado uma presunção de culpa do ente público, cabendo ao Estado a prova de causa excludente. A defesa do ente público, alegando fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, impõe a produção das respectivas provas por força da distribuição dos ônus processuais determinada no artigo 373 do Código de Processo Civil.¹⁹¹ Assim, conforme entendimento jurisprudencial, caso não seja feita prova segura da causa de exclusão invocada, demonstrados os pressupostos de dano e nexo causal com ação ou omissão atribuída ao Estado, resta afirmada a responsabilidade do Estado pelos danos causados.¹⁹²

Em Portugal, conforme leciona MARCO CALDEIRA em comentários feitos acerca da culpa do lesado, o “ônus da prova” cabe à Administração não só quanto a essa excludente, por força da primeira parte do artigo 572.º do Código Civil (“Àquele que alega a culpa do lesado incumbe a prova da sua verificação”), como também para as demais excludentes por conta da previsão genérica feita no artigo 342.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, segundo o qual a “prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”. Ademais, o autor ainda destaca a

¹⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1017.

¹⁹¹ “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º. A decisão prevista no § 1º. deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

¹⁹² Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Brasil:

“Como a apuração da responsabilidade se relaciona à atividade desenvolvida por pessoa jurídica de direito público - Município de Belo Horizonte -, a hipótese, em se constatando os seus requisitos, é de aplicação da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição da República). Assim, se comprovada a ocorrência do dano e sua relação de causalidade com a atividade desenvolvida pela pessoa jurídica de direito público, certa será a obrigação de indenizar. Hipóteses existem nas quais o nexo de causalidade pode ser afastado - caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima. É certo, porém, que só se afasta esse nexo causal quando demonstrado, com segurança e consistência, a ocorrência de uma das excludentes mencionadas.” (STJ, AgRg no AREsp n.º 4.684, 1.ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100573496&dt_publicacao=17/04/2012

regra geral prevista no artigo 414.º do Código de Processo Civil, com aplicação para a solução de impasses *non liquet*, estabelecendo que a “dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.¹⁹³ O autor relata julgados nos quais foi aplicado esse entendimento, conforme trecho a seguir transcrito:

Situação paradigmática e ilustrativa do incumprimento do ónus da prova da culpa do lesado por parte da Administração foi a decidida pelo Tribunal Central Administrativo Sul no seu Acórdão de 21 de Abril de 2016, processo n.º 08639/12, no qual, depois de concluir ter sido estabelecido um “nexo de causalidade entre o facto e o dano quando se apurou factualmente que o desequilíbrio da Autora e consequente queda se deveu à existência de pedras soltas na calçada”, aquele Tribunal considerou que, “[n]ão sendo apurados factos que permitam concluir que o lesado contribuiu para a produção ou agravamento dos danos e mostrando-se preenchidos os demais pressupostos do dever de indemnizar com fundamento em responsabilidade civil extracontratual devem ser indemnizados os danos patrimoniais e não patrimoniais causados à A. pela omissão ilícita do dever de conservação da calçada” (www.dgsi.pt).

Todavia, a solução dessa questão depende dos contornos fáticos dos casos em julgamento,¹⁹⁴ especialmente quando envolvida omissão do ente público geradora de dano, consoante se verifica em acórdão recente do Supremo Tribunal Administrativo, no qual o ónus da prova de ter o Estado agido com culpa na causa do dano, avaliada uma situação concreta em que presente a alegação de culpa da vítima, coube ao próprio lesado.¹⁹⁵ Em outro

¹⁹³ CALDEIRA, Marco – In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 331-332. O autor traz à colação um julgado do Supremo Tribunal Administrativo sobre a matéria, inclusive em período anterior à instituição do RRCEE pela Lei n.º 67/2007. Descreve o autor na nota n.º 78 da p. 332: “Era já este, de resto, o entendimento da jurisprudência administrativa à luz do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48051. Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 27 de fevereiro de 1996, processo n.º 023058, acima citado, no qual se decidiu que, “[p]ara que se limite o direito à reparação torna-se mister que prove – ónus que impende sobre o ente administrativo demandado – que, com uma conduta pré-processual ou endo-processual diligente, o particular poderia ter evitado ou minorado o dano”.

¹⁹⁴ Nessa linha, referimos acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24/05/2018, em que as regras gerais de distribuição do ónus da prova foram analisadas à luz dos artigos 342.º do CC, distinguindo as funções constitutivas ou excetivas (impeditivas, modificativas ou extintivas) dos fatos essenciais em relação ao direito do autor, ao depois equacionando a repartição do ónus por conta das demais regras dos artigos 343.º e 344.º, n.º 1, do CC, bem como dos artigos 5.º, n.º 1, e 412 do CPC. Foram apontadas no julgado as presunções legais que geram a inversão do ónus da prova, bem como outras questões processuais, como o dever de colaboração das partes do processo para a descoberta da verdade, e sua eficácia em relação à distribuição do ónus probatório. (STJ, Processo n.º 318/05.6TVPR.T1.S1, 2.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Tomé Gomes, Acórdão de 24/05/2018) [Em linha]. [Consult. 25 Fev 2020]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

¹⁹⁵ “Sumário: I - O art. 493º, 2 do CC não é aplicável à responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos. II - Havendo culpa do lesado não a obrigação de indemnizar não pode fundar-se na culpa presumida (art. 570º, 2 do CC).

julgado, do Tribunal Central Administrativo Sul, restou afirmado que, em sede de responsabilidade civil em geral, inclusive quando se tratar de responsabilidade civil extracontratual do Estado por fatos ilícitos, a regra geral é de que incumbe ao lesado provar a culpa do autor da lesão, exceto quando haja presunção legal de culpa, gerando a inversão do ônus da prova, como ocorre, por exemplo, nas situações previstas no artigo 493.º, n.º 1, do Código Civil.¹⁹⁶

Cabe referir que, logicamente, consoante destaca MARIANA MELO EGÍDIO, a culpa do ente público é uma ficção jurídica, pois o que deve ser buscado, como elemento de caracterização da responsabilidade delitual, é a conduta culposa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes da Administração. Fazendo referência a uma decisão jurisprudencial, a autora recorda que a culpa é um juízo de valor e, por isso, não se prova; a prova deve ser feita sobre os fatos que, fixando a ilicitude, permitem esse juízo de valor sobre a conduta do agente causador do dano. Ademais, salienta que as pessoas presumem-se sem culpa até prova em contrário, exceção feita a casos de presunção de culpa, cujo efeito é o de inverter o ônus probatório, cabendo ao autor do dano demonstrar a inexistência de culpa.¹⁹⁷ Da mesma forma,

III - É ao lesado que cabe o ônus da prova dos pressupostos da responsabilidade civil, pelo que a falta de prova de que os agentes do Estado não cumpriram os deveres de vigilância e de cuidado afasta a ilicitude da sua conduta, e consequentemente a obrigação de indemnizar os danos ocorridos com a morte de um estudante que, contra as instruções dos professores e funcionários, se afastou do local onde se encontrava com os demais, e veio a cair num poço de uma mina abandonada.” (STA, Processo n.º 01504/13, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro São Pedro, Acórdão de 15/05/2014) [Em linha]. [Consult. 24 Nov 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

¹⁹⁶ “Sumário: I. Caso decorra da factualidade assente a posse dos autores sobre veículo automóvel, presume-se a titularidade do seu direito de propriedade sobre o bem, atento o disposto no artigo 1268.º, n.º 1, do Código Civil.

II. A regra geral em sede de responsabilidade civil é de que incumbe ao lesado provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa, como sucede nas situações previstas no artigo 493.º, n.º 1, do Código Civil.

III. Trata-se de presunção aplicável à responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por facto ilícito de gestão pública, cabendo apenas ao autor demonstrar a realidade dos factos causais que lhe servem de base, o dano e o respetivo nexo de causalidade entre o facto e o dano, para que opere a presunção.

IV. A presunção pode ser ilidida pelo réu, mediante a prova de factos que excluam a sua culpa ao nível do cumprimento do dever de diligência e de prevenção do dano potencial para terceiros.

V. Mostrando-se provado que a ré procede à fiscalização do local em que ocorreu o acidente, e que essa fiscalização é permanente, ou seja, contínua, ininterrupta, é de concluir que demonstrou que nenhuma culpa lhe podia ser assacada ao nível da vigilância da estrada em questão, ou seja, que a sua conduta se caracteriza pela diligência que em abstrato lhe era exigível.” (Tribunal Central Administrativo Sul, Processo n.º 433/07, CA, Relator Juiz Desembargador Pedro Nuno Figueiredo, Acórdão de 16/01/2020) [Em linha]. [Consult. 29 Jan 2020]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

¹⁹⁷ EGÍDIO, Mariana Melo – In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 602-603. Cabe transcrever o conteúdo jurisprudencial apontado pela autora, descrito na nota 38 de seu escrito: “Cfr. acórdão do TCA-Norte de 6 de março de 2015 (proc. 00303/10.6BEAVR), já aplicando a Lei n.º 67/2007: “Não provando os Autores que o acidente participado tenha sido determinado por circunstância imputável à Entidade Pública, a ação deve improceder, dado não se mostrar preenchido um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, que são de verificação cumulativa.” (...) Na realidade, é insuficiente para demonstrar o entendimento dos Recorrentes, a existência próximo do local da queda do motociclo, de uma tampa de saneamento com um desnível na zona circundante, para se poder

a prova de causas de exclusão da culpa caberá ao agente causador do dano a quem essa hipótese de isenção de responsabilidade pode aproveitar.

Ainda sobre o ônus probatório, há também necessidade de observância das diretivas e da jurisprudência da União Europeia. A esse respeito, embora tratando de responsabilidade contratual, ligada a vínculos de contratos públicos, VIEIRA DE ANDRADE destacou a necessidade de adequação do direito português à jurisprudência comunitária europeia, para a qual não há a exigência da prova, pelo lesado, da culpa administrativa para que seja possível a responsabilização do Estado por danos sofridos. Discorre o autor que, ao contrário, “o TJ considerou incumprimento da Directiva 89/665/CEE (de 21-12-89) a subordinação, pelo direito português, em matéria de contratos de direito público ou das normas nacionais que o transpõem, da atribuição de indemnização em consequência da violação do direito comunitário à produção da prova, por parte dos lesados, de que os actos ilegais foram cometidos com ‘culpa ou dolo’.”¹⁹⁸

Feita essa primeira abordagem de compreensão das causas de exclusão da responsabilidade, seja de forma total ou parcial ou, ainda, de impedimento da obrigação de indenizar, bem como acerca do ônus da prova, passaremos à exposição de cada uma das situações envolvidas, procurando agregar, como já referido, decisões jurisprudenciais que as aplicam. Iniciaremos pela análise das causas excludentes conforme sua ligação com os pressupostos que compõem o suporte fático da responsabilidade civil extracontratual do Estado (dano, ação ou omissão, nexo de causalidade, além da ilicitude e da culpa para as hipóteses de responsabilidade delitual), trazendo as situações que os colocam como deficientes ou insuficientes para concretização da responsabilidade civil do Estado ou, conforme lições de PAULO OTERO, como “pressupostos negativos” da responsabilidade civil. O autor relaciona como pressupostos negativos as causas de justificação da ilicitude e de exclusão da culpa (ligados somente à responsabilidade administrativa delitual), bem como de irrelevância do prejuízo e de interrupção do nexo de causalidade,¹⁹⁹ os quais serão tratados

atribuir automaticamente a responsabilidade pelo desequilíbrio do condutor ao “buraco”, quando é a própria GNR quem, no auto de participação, afasta tal possibilidade.

Assim, a sentença recorrida, também neste aspecto, não se mostra censurável, uma vez que concretiza suficientemente o fundamento de facto determinante da improcedência da ação, a saber, que o acidente se deu porque o A. V. não conseguiu segurar o ciclomotor que conduzia, por se ter desequilibrado e caído.” (*Op. cit.*, p. 602).

¹⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência* - Ano 137.º - N.º 3951. p. 367.

¹⁹⁹ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. *In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérulo Correia – Volume II.* p. 966.

conforme sua ligação com os pressupostos positivos. Por fim, serão abordadas causas impeditivas da obrigação de indenizar.

3.2 - Dano: inexistência e irrelevância do prejuízo

A inexistência de dano, como regra geral, representa fator impeditivo à pretensão de reparação ou compensação, não havendo objeto ou justa causa para se perquirir acerca de responsabilidade civil. Mesmo que haja violação de um dever jurídico, com culpa ou até dolo, não caberá indenização se não houver prejuízo. Estabelece-se aqui um limite que divide a responsabilidade civil de mera punição, esta mais voltada ao âmbito da responsabilidade penal. Essas são considerações feitas por AGOSTINHO ALVIM acerca do dano como primeiro pressuposto da responsabilidade civil.²⁰⁰

Essa clássica lição, construída há mais de cinquenta anos, em ambiente social bem menos complexo e multifacetado que o atual, não deixa de ser relevante, inclusive diante do que vem sendo afirmado na doutrina e na jurisprudência sobre as diversas espécies de danos a serem indenizados. Nesse sentido, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO e NELSON ROSENVALD afirmam que é preciso separar o “joio do trigo”, a fim de que os importantes mecanismos de responsabilização civil não sejam contaminados e que a proteção daqueles que sofrem efetivos prejuízos materiais ou imateriais seja compatibilizada com a segurança jurídica.²⁰¹ Os autores discorrem acerca do conceito de

²⁰⁰ ALVIM, Agostinho – **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 181.

²⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 243. Sobre o tema, discorrem os autores:

“Paradoxalmente, esse novo perfil qualitativo e quantitativo do dano e de sua reparação remete a um desenfreado apetite doutrinário e jurisprudencial pela criação de novos espécimes de lesões ressarcíveis, que muitas vezes banalizam e amesquinham o próprio significado da responsabilidade civil, fazendo com que os danos verdadeiramente merecedores de tutela sejam lançados na injusta denominação da ‘indústria de danos’.

Se mudam o contexto social e o objeto de preocupação dos operadores, logicamente os parâmetros tradicionais que serviam de pressuposto de configuração do dever de indenizar precisam ser repensados. O que no cotidiano forense se mostra é uma explosão de danos ressarcíveis, novas categorias sendo reconhecidas e indenizações concedidas, muitas vezes sem nenhum critério. Tal contexto pode colocar em risco todas as conquistas recentes no que concerne à proteção aos direitos fundamentais no campo da responsabilidade civil.

Nessa passagem dos ‘80 aos 80’, cogita-se de uma infinidade de exemplares de novos danos: dano à vida de relação; o dano pela perda da concorrencialidade; o dano por redução de capacidade laboral genérica; dano sexual; dano hedonístico; dano pelo nascimento indesejado; dano existencial pela emissão de ruído; dano de férias arruinadas; dano de *mobbing*; dano de *mass media*; dano de processo lento; dano de brincadeiras cruéis (*bullying*); dano pelo rompimento de noivado; dano da separação após a notícia de gravidez; dano pelo abandono afetivo etc.

dano, apontando que o paradigma solidarista mudou o eixo da responsabilidade civil, passando da identificação do culpado para a reparação da vítima, ampliando o espectro de proteção para uma ampla categoria de danos até então não passíveis de indenização (a exemplo de danos intangíveis ou com efeitos puramente emocionais). Ademais, os danos possuem dupla noção: uma física ou fática (o prejuízo causado) e outra jurídica (violação de um interesse jurídico tutelado, digno de proteção, do qual é titular). Esses elementos conceituais demonstram que a identificação do elemento *dano* utiliza-se da técnica de cláusula geral, descritiva de valores a serem ponderados pelo intérprete em cada caso. O desafio, segundo os autores, é a adequada ponderação entre a pretensão de indenização fundada em princípios e direitos fundamentais diante da situação e dos interesses daquele em princípio considerado como ofensor. Assim, há de ser feita em cada caso a análise dinâmica dos interesses contrapostos, ponderando os interesses a partir de circunstâncias peculiares do caso concreto. Em conclusão, os autores FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD utilizam a técnica da ponderação de interesses envolvidos para identificar e determinar o dano indenizável, afirmando que, dessa forma, revela-se uma característica não valorizada pela doutrina: o funcionamento do conceito de dano como cláusula geral permite ao julgador verificar, em cada caso concreto, se o interesse cuja violação é alegada, diante do ordenamento jurídico, efetivamente é um interesse digno de proteção, não apenas em abstrato, mas sobretudo em face do interesse que lhe é contraposto.²⁰²

No plano do direito positivo, em Portugal, conforme já consignado nesta dissertação ao tratar do dano enquanto pressuposto da responsabilidade extracontratual do Estado, o artigo 3.º, n.º 3, do RRCEE determina a aplicação de suas regras para casos de indenização de “danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais de direito.” Repisamos que não há mais referência, para casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado, à exigência de que os danos sejam *especiais* e *anormais* para que sejam indenizados, distinção que se aplica somente à *indenização pelo sacrifício*, como consta no artigo 16.º do RRCEE.²⁰³

Não que todos esses danos sejam fantasiosos ou menosprezíveis. Pelo contrário, muitos serão legitimados pelo ordenamento jurídico, outros não. Contudo, devemos separar o ‘joio do trigo’, pois as pessoas simples do campo sabem que uma erva daninha pode comprometer a qualidade de todo o produto obtido. Cabe, destarte, averiguar os critérios que a doutrina adotará para definir o conceito do dano reparável em limites capazes de compatibilizar a segurança jurídica com a necessária ductibilidade da lei à aceleração da vida e aos desenfreados riscos da sociedade tecnológica.”

²⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 244-247.

²⁰³ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 21.

Sobre essa disposição legal, CARLA AMADO GOMES tece algumas críticas ao chamado princípio de responsabilização plena do Estado, não circunscrita a danos anormais, especialmente quando se tratar de danos insignificantes causados por atuação de agentes públicos que cometerem faltas leves. A autora entende que a solução mais adequada, não adotada pelo legislador, em casos de faltas leves, seria a atribuição do dever de indenizar quando fossem verificados danos anormais na esfera jurídica dos particulares, e não aplicável para qualquer espécie de dano. Essa consideração, segundo a autora, poderia ter sido adotada pelo legislador sem ferir o direito fundamental previsto no artigo 22.º da CRP, justamente porque sua aplicação deve compatibilizar-se com outros direitos e garantias constitucionalmente protegidos.²⁰⁴

Por outro lado, o dano indenizável é aquele qualificado como certo e efetivo em sua existência, não envolvendo situações que configurem danos meramente eventuais ou

²⁰⁴ GOMES, Carla Amado – A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. In **Revista Julgar** – N.º 5. p. 81-82. A respeito, leciona a autora:

“Se isto é verdade, não podemos, todavia, deixar de expressar, *de iure condendo*, uma dúvida quanto imputabilidade genérica por faltas leves. Sem negar a imperatividade do princípio da responsabilização das entidades com funções administrativas por *quaisquer* acções e omissões ilícitas – porque ele decorre incontornavelmente do artigo 22.º da CRP –, hesitamos em admitir um princípio de responsabilização plena, por qualquer dano verificado nestas circunstâncias. Isto porque nos parece inquestionável a constatação de uma margem de risco de erro inerente à actuação da Administração prestadora, com múltiplas solicitações, crescentemente complexas. Quer devido a falhas humanas, quer em virtude de problemas de implementação de novas tecnologias de atendimento e processamento de pedidos, gera-se um risco de civilização neste contexto que deve ser suportado por todos, salvo em situações de danos anormais.

A contraposição ao argumento de que o particular lesado é também contribuinte e com os seus impostos paga para que a máquina administrativa funcione sem falhas – essa seria a via de repartição do risco de exponencialidade performativa da Administração de prestação – é falaciosa, porque a generalidade dos contribuintes acaba por ser duplamente prejudicada: não só paga os custos de (mau) funcionamento; como tem que suportar indemnizações por *qualquer* dano decorrente de falta leve ou desse mau funcionamento. E nem se diga que o dano relevante é resultado de faltas grosseiras ou dolosas, e que a falta leve tende a gerar danos insignificantes, porque tal correspondência está longe de ser automática (um dano gravíssimo pode ter origem numa falta leve e um dano despidendo pode resultar de uma falta grave). Parece-nos que o princípio da justa repartição dos encargos públicos haveria de ter, também nesta sede, uma aplicação, circunscrevendo o dever de indemnizar por falta leve (e, dada a presunção de culpa leve que lhe vai (mal) associada, por falta de serviço) a casos de comprovada eclosão de danos anormais na esfera jurídica dos particulares. Não foi esta, no entanto, a opção do legislador.

Supportaria esta hipótese argumentativa o confronto com o artigo 22.º da CRP? À primeira vista, não, uma vez que, ao restringir o direito de indemnização por facto ilícito às vítimas de danos anormais, estar-se-ia a pôr em causa o princípio de que o poder público deve responder por todas as condutas que lesem, ilicitamente, os direitos dos particulares. Aceitando teoricamente a responsabilização a montante, esvaziar-se-ia de sentido a jusante, aquando da aferição da anormalidade do prejuízo. Porém, não podemos olvidar que, ainda que se possa retirar da previsão do artigo 22.º uma norma suficientemente densa para sustentar um direito subjectivo (um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias), ele deve ser submetido a um teste de compatibilidade com outras posições jurídicas, nomeadamente com valores constitucionalmente protegidos que possam provocar compressões do seu conteúdo. Haverá necessidade e equilíbrio na imposição do ressarcimento de danos cuja origem são falhas inevitáveis e menores na engrenagem da complexa máquina administrativa da Administração de prestação, de cujo funcionamento toda a comunidade aproveita e sem o qual a sociedade não auferiria do nível de conforto que actualmente se verifica? Tendemos a afirmar que não, e que se trataria, portanto, de uma restrição admissível ao conteúdo de tal direito fundamental.”

possíveis.²⁰⁵ Cabe acrescentar que danos possíveis não se confundem com danos futuros, os quais são indenizáveis, nas palavras de CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, “desde que sejam previsíveis, o que pressupõe que se trate de danos não meramente eventuais, mas danos cuja verificação se tenha como certa ou suficientemente provável.”²⁰⁶

Dentro de sua conceituação de pressupostos negativos da responsabilidade civil extracontratual do Estado por factos ilícitos, causa de exclusão da responsabilização, com ligação direta ao elemento *dano*, PAULO OTERO discorre sobre o tema da irrelevância do prejuízo, apresentando dois grupos distintos: casos de exclusão da admissibilidade do prejuízo (quando não é reconhecido um prejuízo indenizável) e casos de exclusão da reparação do prejuízo (quando é afastada a reparação indenizatória).²⁰⁷

Nos casos de exclusão da admissibilidade do prejuízo, OTERO salienta que não há dano passível de gerar proteção indenizatória. O autor relaciona quatro hipóteses em que tal se verificaria no ordenamento jurídico de Portugal:²⁰⁸

1) ilicitude ou ilegalidade da situação do lesado, quando o Estado poderá invocar a chamada “excepção de ilegalidade”. Ocorre quando a vítima se encontra em situação irregular no momento em que a atuação do Estado, mesmo que ilícita, gera um prejuízo, o qual, como regra geral, não é indenizável. Como exemplo, o autor descreve a situação de uma ação administrativa ilegal junto a restaurantes em que são apreendidos e destruídos alimentos impróprios para o consumo, a partir do que o suposto prejuízo dos proprietários não gera direito a indenização;

2) precariedade da situação do lesado, quando o prejuízo incide sobre uma realidade de natureza precária, reversível, em razão do que não há dano a ser indenizado. Como exemplo, os prejuízos causados pela não renovação, ao fim do prazo, de uma ocupação privada de um espaço público;

3) exposição da vítima a um risco que foi por ela aceito, situação que se aproxima da figura do consentimento do lesado na doutrina civilística, excludente de ilicitude. Diz respeito às situações em que a vítima do dano livremente assume e decide expor-se a risco ou perigo, não podendo, ao depois, invocar a ocorrência de dano a ser indenizado com

²⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1054-1055.

²⁰⁶ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado**. p. 93.

²⁰⁷ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 977.

²⁰⁸ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 978-981.

base na responsabilidade administrativa. Como exemplo, os danos causados a turistas que decidam conscientemente e voluntariamente arriscar-se em área marcada e sinalizada por alerta de perigo de avalanches, sendo então vitimados por avalanche;

4) repetibilidade ou renovação retroativa do ato, o que se verifica quando a legislação faculta a renovação ou repetição do ato que seria lesivo pela Administração Pública, com eficácia retroativa e sem alteração do seu conteúdo, não havendo prejuízos a serem indenizados por conta de sua primeira versão. Como exemplo, a situação em que um ato administrativo ineficaz é desde logo executado, sendo ratificado e renovado ao depois, com efeitos retroativos a uma data anterior a que foi indevidamente executado.

Dentre essas hipóteses analisadas por OTERO, discordamos da posição elencada no terceiro item, com relação à situação em que há exposição da vítima a um risco que foi por ela aceito, pois a solução jurídica mais adequada parece ligar-se não ao pressuposto do dano, mas sim à exclusão total ou parcial do nexo de causalidade em razão da culpa do próprio lesado. Por outro lado, na primeira situação, em que o lesado encontra-se em situação de ilicitude, entendemos que deve ser feita uma ponderação de valores envolvidos no caso concreto, pois nem toda posição de ilicitude do particular pode ser excludente do dever de reparar danos que lhe sejam causados pelo poder público.

Seguindo na lição de PAULO OTERO, nos casos de exclusão da reparação do prejuízo, o autor destaca que, apesar de ser reconhecida a existência de um dano, a possibilidade de indenização não é admitida pela ordem jurídica. Isso ocorre, por exemplo, quanto aos prejuízos decorrentes da desvalorização da moeda ou, ainda, da desvalorização de um imóvel em razão da mudança de sentido da via pública.²⁰⁹

Todavia, não obstante a posição do autor, tratando-se de prejuízos especiais e anormais, não se pode descartar a possibilidade de que o Estado venha a ser responsabilizado por atos lícitos. Como exemplo, referimos um julgado do Tribunal Central Administrativo Norte que determinou o pagamento de indenização a proprietários de imóvel que foram prejudicados pelo aumento do nível de ruído em razão da abertura de uma autoestrada, considerado esse um “prejuízo especial”.²¹⁰

²⁰⁹ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – *In* MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 977-978.

²¹⁰ “Sumário: I) – A responsabilidade extracontratual por actos lícitos, impondo encargos ou causando prejuízos especiais e anormais, é fonte indemnizatória.

II) – O que é o caso, em que com a realização de determinada obra o imóvel dos recorrentes ficou desvalorizado em 35%, em montante de € 59,696,00.” (Tribunal Central Administrativo Norte, Processo n.º 00346/11.BECBR, 1.ª Secção – Contencioso Administrativo, Relator Juiz Desembargador Luís Migueis Garcia, Acórdão de 15/11/2019) [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Passando para o ordenamento jurídico brasileiro, igualmente podemos afirmar que não é qualquer dano, no sentido de alteração de uma situação de fato existente anteriormente à ação atribuída ao Estado, que completa o primeiro elemento do suporte fático da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Há alterações de fato que, embora importem em algum gravame de ordem moral ou prejuízo econômico de pequena monta, por si só, não justificam a condenação do Estado à reparação.

Tanto na doutrina como na jurisprudência brasileira, tem sido frequente o estudo do limite entre a consideração do que seria um dano moral indenizável e do que seria mero aborrecimento ou transtorno natural em uma vida em sociedade, este último sem justa causa para a indenização. Há diversas decisões judiciais envolvendo o assunto, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²¹¹ e do Supremo Tribunal Federal.²¹²

Tratando sobre esse tema no caso de danos imateriais, FLÁVIO TARTUCE aponta a sua importância para que não seja colocada em descrédito a concepção de responsabilidade civil diante de um dano moral. Salienta o autor que cabe ao juiz, analisando o caso concreto e as provas produzidas, com base em regras de experiência, decidir se a reparação é cabível ou não. Nesse sentido, aponta que foi aprovado, na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n.º 159, no qual fixada a tese de que o dano moral não se confunde com meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.²¹³ Ademais, na *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, mediante proposta de FLÁVIO TARTUCE, foi aprovado o Enunciado n.º 411, no sentido de que “O

²¹¹ Retratando julgados do Superior Tribunal de Justiça, FLÁVIO TARTUCE coloca que o STJ “tem entendido de forma reiterada que a mera quebra de um contrato ou o mero descumprimento contratual não gera dano moral (nessa linha: STJ, Ag. RG. 303.129/GO, Data da decisão: 29.03.2001, 3.º Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 28.05.2001, p. 199). De qualquer forma, esclareça-se que o próprio STJ tem entendido que a negativa do pagamento de indenização por seguradora gera um dano moral presumível no caso concreto (STJ, REsp 811.617/AL, 4.ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 21.11.2006, *DJ* 19.03.2007, p. 359). Dentro do mesmo raciocínio, de acordo com a ideia do caráter pedagógico da indenização por danos morais, do que se falará adiante, o STJ tem entendido que a recusa de custeio das despesas por parte de empresa de plano de saúde não é mero aborrecimento, mas constitui dano moral presumido (STJ, REsp 880.035/PR, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 21.11.2006). Em suma, o que se percebe é que a jurisprudência do STJ tem entendido que o descumprimento do contrato que envolva valores fundamentais protegidos pela CF/1988 pode gerar dano moral presumido ou *in re ipsa*.” (TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 562).

²¹² “Constitucional. Recurso Extraordinário: Cabimento. Indenização: Dano moral. I. - O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor. A perda de uma frasqueira contendo objetos pessoais, geralmente objetos de maquiagem da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável. II. - Agravo não provido.” (STF, RE n.º 387014 AgR, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 08/06/2004, DJ 25/06/2004) [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358507>

²¹³ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil – Volume Único**. p. 562.

descumprimento de um contrato pode gerar dano moral, quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988.”²¹⁴

Essa formulação doutrinária e jurisprudencial no Brasil, distinguindo danos morais indenizáveis de meros transtornos não indenizáveis, possui similaridade com a interpretação do disposto no artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil de Portugal, o qual determina que, “na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.” Por outro lado, refere CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA que há decisões que igualmente afastam a indenizabilidade de alegados danos que se constituem como “meros incómodos e/ou contrariedades”. O autor conclui, dessa forma, que “a reparação de danos não patrimoniais está, portanto, dependente do prudente arbítrio do julgador, quer no tocante à indemnizabilidade do dano, quer quanto à fixação de seu montante.”²¹⁵

Em outra linha de argumentação, vinculada ao ordenamento brasileiro, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO traça distinções entre danos gerados por atos estatais ilícitos e lícitos, salientando que, quando se tratar de atos lícitos, além de ser certo e lesivo a um direito, o dano deve ser qualificado como especial e anormal. Dano especial, segundo o autor, é aquele que atua sobre a situação particular de um ou mais indivíduos, não sendo um prejuízo de cunho genérico e suportado por toda a coletividade.²¹⁶ Dano anormal, por sua vez, é aquele que supera meros gravames patrimoniais ou dissabores de ordem moral, ônus de pequena monta atribuíveis às condições de convívio em sociedade, com escala variável e dependente de fatos circunstanciais.²¹⁷ Essas características são relevantes na avaliação a ser feita no Brasil, não se aplicando, como já salientado, em Portugal quando se tratar de danos patrimoniais, a partir da instituição do RRCEE pela Lei n.º 67/2007, em casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado por condutas ilícitas ou pelo risco.

Assim, para que os danos sejam indenizáveis, completando de forma suficiente o primeiro requisito para avaliação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, é necessário que não sejam meramente possíveis ou eventuais, bem como, no caso de danos

²¹⁴ TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil – Volume Único**. p. 563.

²¹⁵ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado**. p. 91-92.

²¹⁶ Dentro dessa linha distintiva, não seriam indenizáveis perdas decorrentes de medidas de contenção inflacionária que resultem em diminuição do poder do poder aquisitivo da moeda, a serem suportadas por toda a coletividade. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1055)

²¹⁷ Como exemplo, não configura dano moral indenizável providências legítimas, embora por vezes constrangedoras, de revista feita por agentes policiais ou agentes alfandegários, desde que efetuada sem excessos vexatórios. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1056).

imateriais, que não constituam meros dissabores, incômodos ou transtornos normais da vida em sociedade.

Na sequência, passaremos à análise das características necessárias à ação ou omissão causadora do dano, buscando identificar situações em que não se completa o pressuposto necessário à concretização da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

3.3 – Ação ou omissão causadora do dano não imputável ao Estado

Conforme descrição da responsabilidade civil extracontratual do Estado no texto constitucional de Portugal e do Brasil, o Estado responde por ações e omissões praticadas por seus agentes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

Como primeira característica a ser analisada quanto às condutas causadoras de danos e que não configuram hipótese de responsabilidade estatal, apontamos aquela praticada por agente vinculado ao Estado, todavia fora do exercício de suas atribuições como tal. Quando verificada uma ação ou omissão praticada por um funcionário ou agente estatal fora do exercício de suas funções, tampouco por causa das funções que lhe cabem em razão de seu vínculo, não é caso de atribuição de responsabilidade ao Estado.

Em Portugal, os artigos 7.º e 8.º do RRCEE, que tratam da “responsabilidade por facto ilícito”, determinam a responsabilização do Estado e demais entidades públicas quando os atos ou omissões geradoras do dano tenham sido praticados por titulares de órgãos, funcionários e agentes e “cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.” *A contrario sensu*, não será responsabilidade do Estado se os atos ou omissões forem praticados fora do exercício de suas funções e, igualmente, que não seja por causa desse exercício. Nesse caso, a responsabilidade é pessoal daqueles que tenham praticado o fato danoso, sem vinculação com o Estado.²¹⁸

RAQUEL CARVALHO descreve a situação de responsabilidade pessoal dos servidores com relação a atos funcionais praticados com excesso de poder, ultrapassando as fronteiras das funções ou quando a prática do ato se dá durante o exercício das funções mas não por causa desse exercício. Todavia, salienta que há entendimento de que, em caso de

²¹⁸ O direito espanhol não contempla essa distinção entre fatos pessoais e fatos funcionais dos agentes públicos em geral para atribuição de responsabilidade ao Estado, como referimos ao início deste capítulo. PARADA, Ramón – **Derecho Administrativo I – Parte general**. p. 657.

excesso de poder, ainda assim haveria enquadramento na expressão legal “por causa desse exercício”, levando à vinculação do Estado para responder por danos causados.²¹⁹

Sobre essa matéria, CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA leciona que se excluem do âmbito da responsabilidade administrativa, com base nas normas do RRCEE, a atividade de gestão privada dos entes públicos (praticada por órgãos e agentes da Administração em que figure desprovida de poder público, em posição de paridade com os particulares, nas mesmas condições, com inteira submissão às regras de direito privado) e os atos lesivos que tenham sido praticados por titulares de órgãos, funcionários e agentes fora do exercício das funções ou, embora no exercício das funções, não por causa desse exercício, por isso qualificando-se como atos pessoais dos seus autores materiais.²²⁰

Tratando-se de condutas da Administração qualificadas como atos de gestão privada, leciona RICARDO PEDRO, aplica-se o regime previsto no artigo 501.º do Código Civil, segundo o qual “o Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.” Segundo o autor, essa distinção entre atos de “gestão pública” e atos de “gestão privada” segue sendo admitida pela doutrina, especialmente por não ter havido revogação expressa da norma. Todavia, aponta que as reservas quanto a essa diferenciação são muitas, seja pela falta de referência expressa a esses dois diferentes regimes, seja pela dificuldade de enquadramento em muitas situações ou, ainda, pela sua possível inadequação diante do artigo 22.º da CRP.²²¹

CARLA AMADO GOMES e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO compartilham do mesmo entendimento de que o legislador do RRCEE pretendeu uniformizar o regime de responsabilidade por actos de gestão pública, mantendo vigentes os demais regimes especiais, inclusive aquele do Código Civil para os atos de gestão privada. Todavia, os autores também apontam as dificuldades de clarificação das fronteiras entre um e outro diante de fatos lesivos, permanecendo a possibilidade de conflitos interpretativos.²²²

²¹⁹ CARVALHO, Raquel – *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 179.

²²⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado**. p. 141 e 142.

²²¹ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 15.

²²² GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis – Tropicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. *In* **Revista de Direito Público e Regulação** nº 5. Coimbra: Março de 2010. p. 5-6. Discorrem os autores:

“Não é por se deslocar uma fronteira conceptual para conceitos *linguisticamente* diversos dos tradicionais que essa fronteira se clarifica. Este nosso caso é um bom exemplo, já que poucas noções ao longo da História do Direito terão sido tão discutidas como as que atentam na natureza jurídico-pública ou jurídico-privada do regime

Nessa mesma linha, VIEIRA DE ANDRADE destaca que a definição do conceito de *função administrativa*, além de servir para delimitar a aplicabilidade do RRCEE à atuação de pessoas colectivas de direito privado, implicitamente traz consigo a manutenção do regime estabelecido no Código Civil para os *actos de gestão privada* do Estado e demais entes públicos. O autor salienta a *intenção restritiva* do conteúdo do n.º 2 do art. 1.º do RRCEE, pois toda a atividade das pessoas colectivas públicas está sujeita aos princípios gerais de direito administrativo e às normas do Código do Procedimento Administrativo (CPA), entendimento esse que também é afirmado pela jurisprudência. Com isso, segundo VIEIRA DE ANDRADE, pouco mais do que acidentes de trânsito com veículos públicos em circulação normal ficaria de fora do regime do RRCEE.²²³

Por outro lado, atos praticados por pessoas que ocupam funções ou cargos públicos e que não sejam funcionais pertencem à esfera privada dos que os praticam, levando à responsabilidade pessoal, sem vinculação com entes públicos ou subordinação ao Direito Administrativo. Os atos pessoais ficam sujeitos ao regime geral previsto no Direito Civil.²²⁴

Quanto a essas distinções entre atos de gestão pública e atos de gestão privada, dentro do quadro normativo brasileiro, há uma consideração a ser feita em decorrência do texto do artigo 37, § 6.º, da CRFB. Essa consideração diz respeito às pessoas jurídicas nas quais há participação do Estado, mas que não prestam serviços públicos e dedicam-se à exploração de atividades econômicas em geral.

Assim, excluem-se do âmbito de aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado as pessoas jurídicas de direito privado não prestadoras de serviços públicos, mesmo que integrem a estrutura da Administração Pública. São sociedades de

substantivo que regula uma dada acção ou omissão; permanecerão, por isso, os conflitos de jurisdição. Podemos ir até mais longe: a tradicional distinção entre actos de gestão pública e gestão privada traçava-se, precisamente, de acordo com os critérios das prerrogativas de direito público e do regime substantivo da acção ou omissão; ou seja, de acordo com os mesmos critérios que surgem agora nos n.ºs 2 e 5 do artigo 1º do RRCEE, que foram ‘recauchutados’ pelo legislador.

Trata-se claramente de um caso de mudança terminológica sem mudança substantiva: o legislador, pretendendo acolher as muitas críticas que se faziam sentir à distinção entre gestão pública e gestão privada, abandonou-a, e passou a falar na função administrativa; todavia, ou por impossibilidade teórica ou prática, ou por entender que não era o local adequado, ou ainda por não o considerar a melhor solução, a verdade é que não forneceu um critério material que caracterize *as actividades que concretamente fazem parte da função administrativa* (critério material, que seria o único a resolver o problema de modo *qualitativamente* diferente), tendo-se limitado a continuar o caminho que vinha sendo trilhado, consagrando um entendimento, que acaba por ser o clássico, sobre a divisão entre actividade submetida ao direito público e actividade não submetida ao direito público.”

²²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência* - Ano 137.º - N.º 3951. p. 360-361.

²²⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 19.

economia mista e empresas públicas que, nos termos do artigo 173 da CRFB,²²⁵ dedicam-se a atividades econômicas em sentido estrito e, por isso, seus atos são submetidos a regime de responsabilidade civil de acordo com as regras de direito privado.²²⁶

No Brasil, RAFAEL MAFFINI chama atenção para a utilização do vocábulo ‘agentes’, no artigo 37, § 6.º, da CRFB, como gênero de todos aqueles que podem atuar organicamente pelo Estado, como é o caso de servidores públicos, empregados, titulares de órgãos, não ficando restrito a uma espécie de vínculo funcional. Todavia, deve ser sopesada a qualificação de que esse agente, com vínculo com o Estado, deve ter atuado como tal, agindo em nome do Estado e em condutas que lhe sejam imputáveis, mesmo que exorbitando suas atribuições legais.²²⁷

Nessa linha de pensamento, agregamos a essa fundamentação as razões de julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em que um policial militar, em período de folga, disparou arma de fogo pertencente à corporação militar contra pessoa com quem mantinha um relacionamento afetivo. Embora a ação tenha ocorrido com o uso de arma pertencente ao Estado, foi afastada a responsabilidade do Estado pelo dano causado em razão de que o agente público não agiu nessa qualidade ao gerar o dano.²²⁸ Nessa decisão, consta

²²⁵ “Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

²²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 256.

²²⁷ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 265.

²²⁸ “Constitucional. Administrativo. Recurso Extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Lesão corporal. Disparo de arma de fogo pertencente à corporação. Policial militar em período de folga. Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de

que é imprescindível configurar-se a existência de nexo de causalidade entre o dano e a atividade pública exercida pelo Estado através de seu agente envolvido na situação.²²⁹

Por outro lado, solução judicial diversa foi aplicada no caso em que um policial militar, embora fora do serviço, atuou, como agente público, para corrigir a ação de pessoas que levantavam uma cancela de ferrovia. Assim, mesmo não estando em seu horário de trabalho, não deixou de agir como se em serviço estivesse, na qualidade de policial militar. Por isso, diante de um dano gerado, foi afirmada a responsabilidade civil extracontratual do Estado porque o agente público atuou nessa qualidade.²³⁰

Em Portugal, no plano da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por factos ilícitos, disciplinada nos artigos 7.º e 8.º do RRCEE e chamada de responsabilidade delitual, a atuação geradora do dano também deve ser analisada no campo da ilicitude e da culpa envolvida, podendo esses dois elementos gerar impedimentos, como pressupostos negativos, à responsabilização. São as chamadas causas de justificação da ilicitude e causas de exclusão da culpa, que serão abordadas a seguir, iniciando pelas questões ligadas à ilicitude.

responsabilidade civil do Estado. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, RE nº 363423, 1.ª Turma, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 16/11/2004, DJe-047 de 14/03/2008) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515169>

²²⁹ Outros julgados do Supremo Tribunal Federal, mais antigos, demonstram que a questão era decidida de forma diferente, com possibilidade de atribuir a responsabilidade ao Estado em razão de que a arma utilizada lhe pertencia. Poderia haver, dessa forma, negligência no cuidado com o patrimônio público e no dever de vigilância. Nesse sentido, apontamos a seguinte decisão:

“Constitucional e Administrativo. Agravo regimental em Recurso Extraordinário. Responsabilidade extracontratual do Estado. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Agente público fora de serviço. Crime praticado com arma da corporação. Art. 37, § 6º, da CF/88. 1. Ocorrência de relação causal entre a omissão, consubstanciada no dever de vigilância do patrimônio público ao se permitir a saída de policial em dia de folga, portando o revólver da corporação, e o ato ilícito praticado por este servidor. 2. Responsabilidade extracontratual do Estado caracterizada. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido.” (STF, RE nº 213525 AgR, 2.ª Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 09/12/2008, DJe-025 de 06/02/2009) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573811>

²³⁰ “Constitucional. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. CF, art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido.” (STF, RE nº 160401, 2.ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 20/04/1999, DJ de 04/06/1999) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213419>

3.4 - Causas de exclusão da ilicitude

O estudo das causas de exclusão da ilicitude deve iniciar pela compreensão de alguns conceitos do tema no plano do Direito privado, área em que seu âmbito de aplicação é mais antigo e desenvolvido. A sua consideração no âmbito do Direito Administrativo depende de ponderação com as regras próprias desse sistema, especialmente para a responsabilidade civil do Estado.

Sobre o tema no Direito Civil, ARNALDO RIZZARDO comenta que há situações em que determinadas condutas, embora gerem prejuízos a direito de outrem, não se configuram como atos ilícitos, pois se enquadram em exercício de direito garantido às pessoas pelo ordenamento jurídico. Esse agir é legitimado por uma causa de justificação e não sofre recriação legal na medida em que uma norma ou princípio geral de direito, como regra, isenta de responsabilidade, retirando a qualificação de ilicitude. O autor refere que, no Brasil, há causas legais escusativas previstas no artigo 188 do Código Civil,²³¹ que são a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido e a danificação ou destruição de coisas alheias para a remoção de um perigo iminente, desde que essa ação seja absolutamente necessária e não exceda ao indispensável para remover o perigo.²³²

MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO ainda aponta o consentimento do ofendido como causa adicional de exclusão da ilicitude. No entanto, o autor destaca que, no Brasil, embora excluída a ilicitude por essas causas antes relacionadas, isso não significa necessariamente o afastamento do dever de indenizar. O ordenamento jurídico retira a desconformidade com o direito, mas a indenização dos prejuízos causados pode ser buscada, consoante previsto nos artigos 929²³³ e 930²³⁴ do CC brasileiro.²³⁵ Poderá, todavia, haver direito de regresso contra o causador da conduta que gerou a reação e o consequente dano.²³⁶

²³¹ “Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

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

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

²³² RIZZARDO, Arnaldo – **Responsabilidade Civil**. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 57.

²³³ “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

²³⁴ “Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).”

²³⁵ MELO, Marco Aurélio Bezerra de – **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. p. 28.

²³⁶ Nesse sentido, referimos julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Em Portugal, no âmbito do Direito Civil, ALMEIDA COSTA igualmente leciona acerca da exclusão da ilicitude a partir da ocorrência de causas que justificam a conduta que gerou o fato danoso e, por isso, tornam lícita a violação de direitos de outrem ou de normas que protegem direitos alheios. Dessa forma, não se verifica, como regra, o dever de indenizar, pois a regra geral de responsabilidade civil, prevista no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, coloca como um dos requisitos para tanto a violação *ilícita* do direito de outrem ou de norma legal que o proteja. O autor refere, de início, duas causas gerais, sem norma legal expressa, que afastam a ilicitude, que são o *regular exercício de um direito* e o *cumprimento de um dever jurídico*, desde que observada a proporcionalidade no exercício de direitos prevista no artigo 335.º do CC.²³⁷ Além dessas duas causas gerais, há também causas especiais previstas no Código Civil português, que são a *acção directa* (artigo 336.º do CC),²³⁸ a *legítima defesa própria ou de outrem* (artigo 337.º do CC),²³⁹ o *estado de necessidade* (artigo 339.º do CC)²⁴⁰ e o *consentimento do lesado* (artigo 340.º do CC).²⁴¹ Havendo erro

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Colisão com veículo regularmente estacionado. Fato de terceiro. “fechada”. Estado de necessidade. Licitude da conduta do causador do dano. Ausência de culpa demonstrada. Circunstância que não afasta a obrigação reparatória (arts. 160, II e 1.520, CC). Recurso conhecido e provido.

I - O motorista que, ao desviar de “fechada” provocada por terceiro, vem a colidir com automóvel que se encontra regularmente estacionado responde perante o proprietário deste pelos danos causados, não sendo elisiva da obrigação indenizatória a circunstância de ter agido em estado de necessidade.

II - Em casos tais, ao agente causador do dano assiste tão-somente direito de regresso contra o terceiro que deu causa a situação de perigo.” (REsp n.º 12.840, 4.ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 22/02/1994, DJ 28/03/1994) [Em linha]. [Consult. 12 Dez 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100148164&dt_publicacao=28/03/1994

²³⁷ “Artigo 335.º (Colisão de direitos)

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.”

²³⁸ “Artigo 336.º (Acção directa)

1. É lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a acção directa for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo.

2. A acção directa pode consistir na apropriação, destruição ou deterioração de uma coisa, na eliminação da resistência irregularmente oposta ao exercício do direito, ou noutro acto análogo.

3. A acção directa não é lícita, quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar.”

²³⁹ “Artigo 337.º (Legítima defesa)

1. Considera-se justificado o acto destinado a afastar qualquer agressão actual e contrária à lei contra a pessoa ou património do agente ou de terceiro, desde que não seja possível fazê-lo pelos meios normais e o prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão.

2. O acto considera-se igualmente justificado, ainda que haja excesso de legítima defesa, se o excesso for devido a perturbação ou medo não culposos do agente.”

²⁴⁰ “Artigo 339.º (Estado de necessidade)

1. É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.

2. O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo for provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.”

sobre os pressupostos de fato da legítima defesa ou da acção directa, ocorre a ilicitude e fica mantido o dever de indenizar, a menos que, nos termos do artigo 338.º do CC,²⁴² o erro seja desculpável pelas circunstâncias envolvidas,²⁴³ assim afetando o elemento culpa.

ANTUNES VARELA ressalta que a legítima defesa e o estado de necessidade possuem traços comuns, consistentes na *lesão de um interesse alheio* e o *fim de afastar um dano*. Na legítima defesa há uma reacção a uma agressão de outrem, enquanto no estado de necessidade a atuação decorre de meio de defesa contra um perigo que não resultou da agressão de determinada pessoa, podendo decorrer de variadas causas. O autor leciona acerca de possível contraposição entre essas figuras jurídicas e da avaliação a ser feita pelo julgador em cada caso, nos seguintes termos:

Como o estado de necessidade exclui a ilicitude do acto, não há *legítima defesa* contra a prática deste. Se houver oposição ou resistência à sua prática, poderá mesmo recorrer-se à *acção directa*.

Como não há, porém, no acto praticado em estado de necessidade, ao contrário do que sucede na legítima defesa, uma *agressão prévia* do lesado, e porque os interesses do titular da coisa são legitimamente sacrificados, mas em proveito de outrem, impõe-se aqui, nuns casos, e admite-se noutros a indemnização dos danos causados. Há obrigação de indemnizar, sempre que a situação de perigo foi provocada por culpa exclusiva do autor da destruição, danificação ou uso da coisa alheia.

Fora deste caso especial, as situações podem variar de tal modo e ser tão diferentes a liberdade de determinação e de acção das pessoas, que se entregou ao prudente critério do julgador, mediante a equilibrada ponderação de todos os interesses em jogo, a tarefa de decidir não só sobre o montante da indemnização, mas sobre a própria atribuição dela e a determinação das pessoas responsáveis. O tribunal pode condenar na indemnização, consoante os casos, quer só o autor do acto, quer só o causador do estado de necessidade, quer apenas o terceiro que beneficiou do acto, quer uns e outros simultaneamente.²⁴⁴

Feitas essas considerações ligadas às causas de exclusão da ilicitude no âmbito do Direito privado, passaremos à exposição da matéria considerando a responsabilidade civil

²⁴¹ “Artigo 340.º (Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.

2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.

3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”

²⁴² “Artigo 338.º (Erro acerca dos pressupostos da acção directa ou da legítima defesa)

Se o titular do direito agir na suposição errónea de se verificarem os pressupostos que justificam a acção directa ou a legítima defesa, é obrigado a indemnizar o prejuízo causado, salvo se o erro for desculpável.”

²⁴³ COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das Obrigações**. p. 567-569.

²⁴⁴ VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em Geral – Vol. I**. p. 559-560.

extracontratual do Estado, com as especificidades que lhe são próprias, iniciando pelo ordenamento jurídico português.

Em Portugal, consoante já exposto ao tratar dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a ilicitude é requisito necessário quando se tratar de responsabilidade delitual. O próprio RRCEE contém disposição específica acerca da ilicitude (artigo 9.º), prevendo diferentes normas de verificação da responsabilidade quando os danos tenham sido causados por condutas ilícitas (artigos 7.º a 10.º).

Nos casos de responsabilidade civil extracontratual pelo risco, “decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos” (artigo 11.º), a ilicitude não é pressuposto de configuração da responsabilidade, com o que não se aplicam logicamente causas de sua exclusão. Dessa forma, fica delimitado o âmbito de estudo das causas de justificação da ilicitude às hipóteses de responsabilidade administrativa delitual. Ademais, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS salientam que, afastada a ilicitude em razão de alguma causa de exclusão, poderá haver lugar para a responsabilidade pelo risco.²⁴⁵

As causas de justificação ou exclusão da ilicitude representam, na lição de PAULO OTERO, o afastamento da “aparente ilicitude de um comportamento lesivo que, de outro modo, se teria como gerador de responsabilidade civil, atingem a realidade objectiva do dever, transformando em juridicamente admissível ou justificável a conduta lesiva em questão e afastando, por consequência, o dever de indemnizar os prejuízos gerados a título de comportamento ilícito.”²⁴⁶ Essas causas podem resultar de disposições constitucionais ou legais e de princípios gerais de direito, considerando a unidade do sistema jurídico e a juridicidade vinculada da atuação administrativa.^{247 248}

²⁴⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 21.

²⁴⁶ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – *In* MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 971-972.

²⁴⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 21.

²⁴⁸ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – *In* MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 971. Como referência jurisprudencial, OTERO aponta o Acórdão da 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, referente ao Processo n.º 030582, de 19/06/1992, Relator Correia de Lima, com o seguinte teor:

“I - Na responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos de gestão pública, a lei não exclui a ilicitude formal.

No âmbito do Direito Administrativo, trazendo elementos da doutrina de Direito Civil e Penal, PAULO OTERO relaciona três grandes causas de justificação da ilicitude e de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração por factos ilícitos, que são o cumprimento de um dever jurídico, o exercício regular de uma permissão conferida pela ordem jurídica (em que se incluem o estado de necessidade, a legítima defesa e o direito de não cumprir um dever) e o consentimento do lesado,²⁴⁹ que serão analisadas a seguir.

Sobre o cumprimento de um dever, os autores MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS discorrem acerca da situação de um agente público que esteja investido no poder-dever de praticar determinado ato que possa ser danoso, havendo um conflito entre o dever funcional e o dever genérico de não causar dano. Esse conflito de deveres deve ser resolvido pela prevalência daquele que a ordem jurídica conferir maior valor; assim, atendendo ao dever prevalecente, fica justificada a ilicitude da violação do outro dever. Como exemplo, os autores referem a conduta de bombeiros que deixam queimar

II - Integra a ilicitude do facto, pressuposto dessa responsabilidade, um acto administrativo anulado por decisão judicial, transitada em julgado, por vício de forma, decorrente de falta de fundamentação obrigatória.

III - A exclusão dessa ilicitude, nada dispondo sobre a questão das leis administrativas e legitimando-se se o recurso ao disposto no art. 10 n. 1, do Código Civil, só pode ocorrer no caso de se verificar alguma das causas gerais ou especiais justificativas do facto, previstas no Código Civil.

IV - Anulado contenciosamente um acto administrativo, por falta de fundamentação obrigatória, a execução da respectiva decisão judicial não se confina, necessariamente, apenas à prática de novo acto sem a ilegalidade que afectara o primeiro, pois, para além de substituição do acto anulado, a Administração, em execução de sentença, tem o dever de suprimir os efeitos daquele acto anulado, reconstituindo, na medida do possível, a situação que existiria se o acto ilegal não tivesse sido praticado - "Reconstituição da situação hipotética actual".

V - O acto substitutivo, em execução de sentença, não tem eficácia retroactiva, salvo se a lei ou os interesses legítimos do administrado impuserem tal retroactividade.

VI - Se nos efeitos do acto anulado estiverem incluídos prejuízos ocorridos "medio tempore" e não reparados ou apagados pelo acto substitutivo, a Administração incorre na obrigação de os indemnizar, verificados que sejam todos os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual e não ocorrendo nenhuma causa justificativa do acto ilícito.

VII - Intentada acção de responsabilidade extracontratual, com fundamento em acto contenciosamente anulado por vício de forma, traduzido na falta de fundamentação obrigatória, e em termos de os danos invocados terem resultado directamente do conteúdo desse acto anulado, este só será causa adequada dos danos se e na medida em que a falta de fundamentação tenha determinado o conteúdo do acto ilegal.

VIII - Praticado acto substitutivo em execução de sentença, desta vez com a fundamentação legalmente exigida, portanto sem a ilegalidade que afectaria o acto anulado, mas mantendo o conteúdo deste, não existe nexo de causalidade adequada entre esse acto ilegal e os danos que se fazem derivar do seu conteúdo, pois se ilegalidade não tivesse existido, os danos teriam sido os mesmos.

IX - Mas, sendo o acto substitutivo, devidamente fundamentado, de conteúdo contrário ao anulado por falta de fundamentação, nesse caso, há todas as razões para aceitar que a resolução reconsiderada teria sido tomada se não fosse a ilegalidade cometida e, então, como a falta de fundamentação é que determinou o conteúdo do acto ilegal, de que directamente advieram os danos invocados, ocorre nexo de causalidade adequada entre o acto ilegal e os danos uma vez que estes não se teriam verificado se, desde logo e inicialmente, se tivesse cumprido o dever de fundamentação." [Em linha]. [Consult. 24 Nov 2019]. Disponível na Internet:

<http://www.dgsi.pt>

²⁴⁹ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérulo Correia – Volume II**. p. 971-972.

um pinhal para apagar outro incêndio que coloque em risco vidas humanas, tendo primazia o dever de salvamento de pessoas sobre aquele de proteger patrimônio.²⁵⁰

Sobre o cumprimento de um dever jurídico como causa de exclusão da ilicitude, PAULO OTERO sustenta que pode haver colisão de deveres resultantes de negócio jurídico, dever do particular de obediência a ordens de autoridade pública, dever de obediência em razão de vínculo de hierarquia administrativa, aqui se incluindo, com especial ênfase no exercício da função administrativa, dever resultante das normas legais definidoras de competência administrativa de carácter vinculado, cuja natureza é imperativa. Nesse último caso, a atuação administrativa vinculada que leve ao descumprimento de outro dever (geral ou específico) faz com que o agente não possa ser pessoalmente responsabilizado. Todavia, gerando prejuízos especiais ou anormais, poderá ocorrer a responsabilidade por factos lícitos ou até a responsabilidade do legislador pela definição da competência legal vinculada que colide com outros deveres legais.²⁵¹

Quanto à segunda causa de exclusão da ilicitude, o exercício regular de uma permissão conferida pela ordem jurídica, sua concretização faz com que a conduta praticada seja um ato conforme a essa mesma ordem jurídica; desde que respeitados seus limites legais, não poderá ser ilícito. Como primeira espécie de permissão normativa, OTERO aponta aquelas que dizem respeito ao exercício, pelos agentes públicos em geral, de um típico direito subjetivo, de meios de autotutela ou defesa de um direito (legítima defesa ou estado de necessidade objetivo, evitando um mal maior) ou direito de não cumprir um dever (por exemplo, exceção de não cumprimento). Por outro lado, a atuação administrativa poderá estar fundamentada em permissão normativa que, sem natureza de exercício vinculado, decorra do exercício regular de poder discricionário ou de atuação administrativa de carácter excepcional, como no caso de estado de necessidade administrativa. Excluída a ilicitude e ocorrendo danos, todavia, poderá ser caso de indenização fundada em responsabilidade civil por factos lícitos.²⁵²

Tratando especificamente da legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS iniciam

²⁵⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 21-22.

²⁵¹ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 972-973.

²⁵² OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 973-974.

abordagem pela disposição do artigo 21.º da CRP, que assegura a todos, inclusive agentes públicos no exercício de suas funções, o direito de repelir pela força qualquer agressão quando não seja possível recorrer à autoridade pública. Referem os autores que a impossibilidade de recurso à força pública para repelir a agressão em tempo útil, prevista no artigo 21.º da CRP, diz respeito ao recurso aos tribunais e à polícia. Mesmo os agentes que integram a força pública competente para o uso da coerção podem ver-se diante de agressão injusta que legitime o uso de meios de defesa, caso em que não se afasta a incidência de outra causa de exclusão da ilicitude (por exemplo, o cumprimento de dever). Ademais, os autores apontam requisitos de justificação da legítima defesa a partir do disposto no artigo 21.º da CRP e do princípio da proporcionalidade, bem como do artigo 337.º, n.º 1, do CC: agressão ilícita, atual ou iminente; a defesa deve ser a necessária, não havendo como recorrer a outras formas para repelir a agressão; o dano causado deve ser resultado do meio adequado e necessário para afastar a agressão.²⁵³

Interessante questão diz respeito à utilização de armas de fogo por agentes policiais, quando não se aplica o regime geral da legítima defesa, conforme disposto no Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro. Sobre essa questão, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS assim se pronunciam:

(...) nestes casos, a conduta administrativa só está justificada quando o uso da arma de fogo seja absolutamente necessário, como medida extrema, se outros meios menos perigosos se mostrarem ineficazes e desde que proporcionado às circunstâncias (art. 2.º, 1); quando o uso da arma de fogo se faça contra pessoas, a conduta só é justificada quando seja necessária para repelir agressões que constituam um perigo iminente de morte ou ofensa grave que ameace vidas humanas (art. 3.º, 2). Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, estas exigências são mais do que meras explicitações do princípio da proporcionalidade e dos requisitos gerais da legitimidade da defesa: por um lado, em geral, a proporcionalidade da defesa através de arma de fogo é qualificada (podendo falar-se numa exigência de *estrita proporcionalidade*); por outro lado, quanto ao uso de armas de fogo contra pessoas, o critério de ponderação entre bens jurídicos está legalmente definido e, por isso, em larga medida subtraído ao juízo do aplicador do direito. Dos apertados requisitos legais resulta, assim, uma verdadeira desproporcionalidade *prima facie* do uso de

²⁵³ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 23-24.

armas de fogo e, indirectamente, um reforço do ónus de argumentação em favor da legitimidade da defesa.²⁵⁴

Quanto ao estado de necessidade, segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, justifica-se a conduta administrativa para assegurar as necessidades da coletividade diante de um perigo real e iminente, norteando-se pelo princípio da proporcionalidade em suas dimensões de adequação, necessidade e proibição de excesso.²⁵⁵ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem que não há uma definição legal administrativa, embora seja mencionado em disposições do CPA (artigos 3.º, n.º 2, e 151.º, n.º 1), bem como no artigo 339.º do Código Civil. Verifica-se o estado de necessidade quando houver um perigo atual ou iminente, ameaçando bens jurídicos próprios ou de terceiro, legitimando a atuação em defesa, desde que haja manifesta superioridade dos danos a evitar em relação aos prejuízos causados e que o resultado visado não possa ser alcançado de outro modo. Desse modo, aqui também é aplicado o princípio da proporcionalidade. Ressaltam os autores que o estado de necessidade não pode ser causa de justificação de condutas ilegais ou viciadas por desvio de poder. Por outro lado, mesmo que afastada a ilicitude, o artigo 3.º, n.º 2, do CPA estabelece que os danos causados pela administração em estado de necessidade devem ser indenizados, aplicando-se as regras da responsabilidade administrativa pelo risco.²⁵⁶

A terceira causa de exclusão da ilicitude, o consentimento do lesado, somente pode ser aplicada no caso de bens e direitos disponíveis, quando a vítima previamente autorizar ou concordar com a atuação administrativa geradora de dano e desde que essa atuação esteja fundada em cláusula, norma legal ou princípio geral ou específico que a autorize.²⁵⁷ Deve ser destacado que o consentimento do lesado não pode substituir a necessária habilitação normativa quando a lei assim o exigir. Ademais, o consentimento do lesado não possui eficácia justificadora da ilicitude quando estiverem em causa direitos

²⁵⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 24-25.

²⁵⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de – *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 260-261.

²⁵⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 22-23.

²⁵⁷ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – *In* MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérulo Correia – Volume II**. p. 971-975.

indisponíveis ou quando tal consentimento seja juridicamente proibido, conforme artigo 340.º do CC.^{258 259}

Dentre as causas de exclusão da ilicitude, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA propõe atenção para o consentimento do lesado, especialmente diante das hipóteses de assunção voluntária de um risco de dano ou, ainda, a “actuação a risco próprio”, salientando suas características de amplitude e indeterminação. Não se trata de renúncia antecipada ou de mera convenção de afastamento da responsabilidade. O sujeito que consente confere permissão para uma heterolesão, legitimando danificação de seus interesses e dispondo acerca do juízo de ilicitude que a ordem jurídica lhe asseguraria. O consentimento deve ser consciente e voluntário, havendo divergências sobre a possibilidade de que seja feito de forma tácita (artigo 217.º do CC)²⁶⁰. O autor destaca que, em casos genericamente compreendidos como de consentimento do lesado – hipótese de atletas que praticam esportes arriscados -, pode não haver propriamente lesão consentida, pois partem do pressuposto de que, embora haja o risco, nada irá acontecer em seu prejuízo. Esse comportamento estaria mais adequado à assunção do risco e à conduta a risco próprio. No que diz respeito ao consentimento do lesado, FRADA refere que, retirando concepção firmada na jurisprudência penal, a análise deve ser feita a partir da “teoria da direcção da vontade”, não se exigindo declaração formal, mas sim a vontade direccionada para o consentimento relacionado à heterolesão. Tratando-se de causas de exclusão, a partir de uma interpretação teleológica das normas que determinam a responsabilidade, embora não se trate de consentimento do lesado, a conduta a risco próprio e a assunção de riscos podem gerar diminuição ou afastamento da responsabilidade, pois cada um deve responder pelas consequências de seu agir. Segundo o autor, essa conclusão resulta do princípio da autorresponsabilidade ligado à autonomia

²⁵⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 23. Como exemplo de situação em que admitida a exclusão da ilicitude por consentimento do lesado, os autores referem a revogação de atos administrativos favoráveis ao lesado (artigo 132.º, n.º 2, do CPA).

²⁵⁹ “Artigo 340.º (Consentimento do lesado)

1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão.
2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.
3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”

²⁶⁰ “Artigo 217.º (Declaração expressa e declaração tácita)

1. A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.
2. O carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz.”

privada dos sujeitos, a partir do qual aquele que se expõe de forma voluntária e consciente a um risco não pode exigir indenização ao depois de sofrer um dano. Todavia, o ordenamento jurídico consagra algumas normas garantidoras de deveres de proteção, conferindo tutela especial e afastando a aplicação pura e simples do princípio da auto-responsabilidade, o que se verifica, por exemplo, com os consumidores. Assim, incide princípio que visa a assegurar igualdade material sobre o princípio da autodeterminação, pois nem todos estão em igualdade de condições, merecendo amparo e proteção e relativizando a possibilidade de “actuação a risco próprio”.²⁶¹

Como já salientado por diversas vezes ao longo da dissertação, no Brasil, tratando-se de responsabilidade civil extracontratual do Estado de natureza objetiva, ausente uma regulamentação legal que institua diferenciações conforme estejam em causa atos lícitos ou ilícitos geradores de danos a serem indenizados, as causas excludentes de ilicitude, embora resultem em afirmação de condutas sem contrariedade ao direito, não são excludentes de responsabilidade e não afastam, por si só, o dever de indenizar. Suas consequências jurídicas devem ser analisadas caso a caso, dependendo das circunstâncias de fato envolvidas.

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO E NELSON ROSENVALD discorrem sobre essa matéria, analisando e exemplificando possíveis situações envolvendo excludentes de ilicitude. Iniciando pela legítima defesa, os autores afirmam que um ato lícito, praticado em legítima defesa (artigo 188, inciso I, do CC), no âmbito civil, não gera o dever de indenizar se o próprio agressor sofrer um dano; todavia, se um terceiro é atingido, haverá de ser reparado esse dano (artigo 930, parágrafo único, do CC), podendo o agente eventualmente voltar-se contra o agressor por direito de regresso. Da mesma forma, a conduta resultante de estado de necessidade é lícita (artigo 188, inciso II, do CC), todavia não exclui a obrigação de indenizar os prejuízos que dela resultarem. Como exemplo, se um policial, dirigindo uma viatura, efetua uma manobra brusca para evitar um atropelamento de uma pessoa, mas acaba atropelando outro pedestre ou colidindo com um carro parado, gerará o dever de indenizar por parte do Estado, com direito de regresso contra o causador do fato inicial. Por outro lado, os autores recordam que se aplica às condutas dos agentes públicos em geral a teoria do abuso de direito, conduta ilícita (artigo 187 do CC) e causa de responsabilização do Estado, devendo o abuso ser avaliado inclusive na fixação da indenização devida. Em outra face dessa questão, o exercício regular de um direito é lícito

²⁶¹ FRADA, Manuel A. Carneiro – **Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 76-79.

(artigo 188, inciso I, do CC), configurando-se como excludente de ilicitude da conduta, mas não afasta possível responsabilização se a conduta atribuída ao ente público gerar danos.²⁶²

FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, na sequência, analisam o estrito cumprimento de dever legal, outra excludente de ilicitude, que igualmente não afasta a responsabilidade do Estado quando a conduta resultar em danos a particulares, sendo esse entendimento unânime na doutrina brasileira. Como exemplo, os autores relatam a situação em que, após roubo a um banco, os assaltantes trocam tiros com policiais e um dos tiros dos policiais acaba acertando um morador de rua. O Estado deverá indenizar o morador de rua atingido. Quanto a essa excludente, os autores salientam que o estrito cumprimento de dever legal por vezes é invocado para encobrir abusos por parte de agentes públicos, especialmente das forças policiais e de segurança em geral. A atuação dos agentes públicos, em qualquer situação, deve ser feita em consideração da proporcionalidade e da moderação. Transcrevemos trecho em que exposta essa importante observação feita quanto a tentativas de desvirtuamento dessa excludente de ilicitude:

O estrito cumprimento do dever legal é uma excludente de ilicitude, digamos assim, pouco simpática. É que ela é invocada, muitas vezes, para encobrir abusos – seja das forças armadas durante o período de exceção, seja da polícia de hoje. Obviamente, a excludente não se presta para encobrir esses detestáveis ilícitos.²⁶³

Assim, no Brasil, deve ser feita a distinção entre *causas excludentes de ilicitude* – estado de necessidade, legítima defesa e exercício regular de direito – de *causas excludentes de responsabilidade civil* – que se ligam ao rompimento do nexo causal. A exclusão da ilicitude, embora retire a contrariedade ao direito do ato ou omissão, não tem como consequência imediata e direta a exclusão da responsabilidade pela reparação de danos. Um dano causado no exercício de legítima defesa, embora não seja ilícito, pode gerar a obrigação de indenizar terceiros que tenham sido prejudicados.²⁶⁴

Feitas estas considerações acerca da exclusão da ilicitude no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado em Portugal e no Brasil, destacamos as notas dissonantes entre os ordenamentos, principalmente por conta do caráter objetivo geral da

²⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1024-1026.

²⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1026.

²⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 482.

responsabilidade no Brasil e da ausência de hipóteses legais de responsabilidade administrativa delitual, a exemplo do RRCEE em Portugal.

3.5 - Causas de exclusão da culpa

Na mesma linha do que registramos em relação à ilicitude em Portugal, considerando que a culpa ou sucedâneo é pressuposto unicamente da responsabilidade civil extracontratual do Estado por fatos ilícitos, as causas de sua exclusão somente podem incidir nas hipóteses de responsabilidade administrativa delitual.

Retomando o que restou consignado ao tratar especificamente do pressuposto “culpa” ou sucedâneo para a caracterização da responsabilidade civil administrativa por fatos ilícitos, em Portugal o RRCEE, em seu artigo 10.º, determina alguns requisitos de verificação e também estabelece algumas presunções legais. Essa disposição legal sobre o pressuposto “culpa”, quanto às presunções estabelecidas, resulta em tendência à objetivação de sua avaliação na relação entre os lesados e o ente público ao qual imputado o dano, nota distintiva da relação que possa vir a ser estabelecida entre a administração ou o lesado diante do agente que diretamente tenha causado o dano.

O elemento “culpa” estabelece um nexo de relação entre o fato ilícito e o agente causador do dano, no sentido de que ele poderia e deveria, de acordo com as circunstâncias concretas, ter agido de forma diversa. Assim, a primeira ideia desse requisito prende-se a uma noção de censura ou reprovabilidade da conduta do agente. De acordo com a análise do artigo 10.º do RRCEE feita por DIOGO FREITAS DO AMARAL, o legislador determinou um grau de exigência elevado e normatizado, baseado em *culpa em abstracto* e *culpa como conduta deficiente*. O autor salienta que deve ser assegurado aos cidadãos poder contar com condutas administrativas dos entes públicos caracterizadas por competência e zelo adequados às respectivas situações. Caso ocorram falhas, mesmo que involuntárias, resultando danos aos particulares, seu patrimônio deve ser recomposto, tendo por fundamento não necessariamente uma sanção ao agente ou ao ente público, mas sim uma noção de justiça comutativa.²⁶⁵

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem que o RRCEE não traz disposição específica sobre causas de exclusão da culpa,

²⁶⁵ AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo - Volume II**. p. 586.

todavia a sua consideração e aplicação resulta do ordenamento jurídico no qual inseridas as regras da responsabilidade civil extracontratual do Estado, especialmente da Constituição, dos princípios gerais na área da responsabilidade civil e penal e dos princípios da atividade administrativa em geral. As causas de exclusão da culpa ligam-se à conduta do agente causador do dano e, quando concretizadas, resultam no afastamento da censura jurídica ou juízo de reprovação sobre um comportamento que aparentemente era desconforme à ordem jurídica. Assim como discurremos acerca das dificuldades envolvidas na apuração da culpa ou sucedâneo no âmbito da responsabilidade civil, as causas de sua exclusão seguem a mesma linha de tormentosa verificação nos casos concretos. Os autores apontam duas causas relevantes de exclusão da culpa nos casos de responsabilidade administrativa por fatos ilícitos, que são o erro desculpável e o estado de necessidade desculpante. O erro desculpável ocorre quando o agente causador do dano possui uma falsa representação da realidade, seja por desconhecimento, seja pela suposição de algo inexistente, podendo levar à exclusão da culpa quando a conduta assim motivada não seja objeto de censura pela ordem jurídica. Como exemplo, o caso em que a administração tenha sido induzida em erro por atuação dolosa de um terceiro. O estado de necessidade desculpante, por sua vez, diz respeito a uma falsa ideia do agente sobre a existência dos requisitos de uma causa de justificação da ilicitude, o que pode levar à exclusão da culpa, mantida a ilicitude. Como exemplo, os autores descrevem a situação em que um médico deixa de realizar uma cirurgia em um paciente em risco de vida para realizar a intervenção em outro paciente que acredita estar na mesma situação de saúde, embora não haja o mesmo grau de risco na realidade.²⁶⁶

Na mesma linha de entendimento, RICARDO PEDRO acrescenta que a apuração de uma dessas causas de exclusão da culpa, conforme o caso concreto avaliado, pode levar à isenção de responsabilidade do servidor público quanto à reparação dos danos causados, mas não exclui a responsabilidade do ente público ao qual vinculado.²⁶⁷

PAULO OTERO, por sua vez, relaciona três causas de exclusão da culpa: o erro desculpável, o medo invencível e a desculpabilidade. O erro desculpável ocorre nos casos

²⁶⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Atividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 28-29.

²⁶⁷ PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 18. Nas palavras do autor: “Por fim, as causas liberatórias de responsabilidade podem incidir ainda sobre o requisito *culpa*, como sejam: (v) erro desculpável ou (vi) estado de necessidade desculpante. Porém, face ao carácter cada vez menos impressivo do requisito culpa, estas duas últimas causas de exclusão tornam-se menos relevantes, podendo implicar, em algumas situações, a apurar caso a caso, a irresponsabilidade do servidor público, mas não a do Estado (SOUSA e MATOS, *Responsabilidade*, 21 e ss).”

em que o agente ignora a existência do próprio dever; em que, embora conheça o dever, entende que a sua atuação está conforme; ou, ainda, embora saiba que seu agir não é o devido, acredita haver uma causa de justificação que não existe. A segunda causa apontada por OTERO é o medo invencível, de natureza essencial e não desculpável, que pode ser resultante de coação psicológica ou de outros fatores objetivos, como o estado de necessidade subjetivo. Por fim, a última causa é a desculpabilidade, quando a omissão no cumprimento do dever permite excluir a culpa do agente em razão de uma situação em razão da qual não se poderia, por razões ponderadas de justiça, exigir um comportamento diferente.²⁶⁸ Quanto ao estado de necessidade desculpante, antes descrito na lição de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, nota-se que se enquadra na descrição do erro desculpável feita por OTERO quando verificada uma causa de justificação que não existe.

Por fim, registramos que as causas de exclusão da culpa não possuem a mesma eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no Direito Administrativo, como no Direito Civil. A responsabilidade civil extracontratual do Estado está regida pela teoria do risco, não havendo previsão de responsabilidade administrativa delitual, como já afirmado ao longo desta dissertação. Ademais, mesmo no Direito Civil, não há virtude exoneratória de responsabilidade civil em razão de exclusão da culpabilidade, tal como descrito com relação ao erro desculpável ou ao estado de necessidade desculpante em Portugal. Nesse sentido, FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD afirmam que, como exemplo, a legítima defesa putativa – que consiste na crença equivocada, por parte do agente causador do dano, que existe uma situação de fato justificadora e excludente de ilicitude – não tem qualquer influência com relação à obrigação de reparação dos danos causados, somente tendo relevância para o Direito Penal. As circunstâncias em que cometido esse erro de avaliação podem, dependendo da situação de fato envolvida, gerar consequências jurídicas se atingirem o nexo de causalidade, total ou parcialmente, seja por culpa do próprio lesado ou de terceiro quando sejam responsáveis por criar as condições para o erro de avaliação do agente.²⁶⁹ Assim, mesmo para a responsabilidade pessoal do agente público causador do dano, não há causa de exclusão da responsabilidade baseada no pressuposto da culpa, embora, como referido, possa importar em considerações judiciais que levem ao afastamento ou redução da indenização se verificada culpa do lesado ou fato de terceiro.

²⁶⁸ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito – In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. p. 975-977.

²⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 184-185.

Feitas essas observações, passamos ao tema do rompimento do nexo de causalidade e das hipóteses de afastamento ou de redução da responsabilidade nessa área, agora já envolvendo um pressuposto que é comum para os casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado por fatos ilícitos e também pelo risco.

3.6 - Rompimento do nexo de causalidade

Em muitas situações o Estado é demandado a reparar danos que aparentemente teriam sido causados por sua ação, em razão do que estaria fundamentada a sua responsabilidade, tanto delitual, como pelo risco. Todavia, examinada concretamente a relação de causalidade, conclui-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa ou de fato que impedia o Estado de agir para evitar o dano, afastando o nexo de causalidade. Dessa forma, não configurada violação de dever do Estado ou ação de sua responsabilidade que tenha gerado o dano, seja por caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, não há concretização de hipótese de responsabilidade do Estado quanto à reparação.²⁷⁰ São causas que levam à pré-exclusão da responsabilidade, consoante exposição feita anteriormente.

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, verifica-se a ocorrência de causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado no Brasil em razão do rompimento do nexo causal entre o dano alegado e a ação do Estado. Nesses casos, do que é exemplo a culpa de terceiro, a ação do Estado não foi a causadora do dano que lhe é imputado ou a situação de risco que lhe é atribuída não existiu ou foi irrelevante para a ocorrência do dano. Por essa razão, o Estado não pode ser compelido a reparar os prejuízos sofridos pelo lesado em razão de não terem sido completados os pressupostos legais necessários à sua responsabilização.²⁷¹

ANTÔNIO DIAS GARCIA, em análise do contexto normativo em Portugal no âmbito da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, destaca que a determinação do nexo de causalidade adquire relevância ainda maior na medida em que os entes públicos, na maioria dos casos, não podem socorrer-se dos instrumentos próprios da

²⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 65-66.

²⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. p. 1056.

responsabilidade delitual, como a licitude do ato ou a ausência de culpa do agente, causas exoneratórias que mais importam para a avaliação da responsabilidade pessoal do agente.²⁷²

Por outro lado, há situações em que, embora afirmada a responsabilidade civil extracontratual do Estado, algumas outras causas concorrem para o dano, o que se verifica, por exemplo, com a culpa concorrente da vítima. Nessa hipótese, embora não rompido em sua integralidade o nexo causal, há uma concausa que pode minorar a responsabilidade do Estado, interferindo de forma importante na indenização a ser paga.

Ainda a título introdutório, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS referem que as três causas de exclusão ou modificação do nexo de causalidade - caso fortuito ou de força maior, culpa do lesado e responsabilidade de terceiro – são cumuláveis entre si, situação em que a proporção em que cada uma atuou para a causa do dano deve ser apurada, assim como o risco criado pelo Estado quando de responsabilidade administrativa fundada no risco.²⁷³

Abordaremos, a seguir, as principais figuras jurídicas que levam ao rompimento do nexo causal, causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, ou que atuam de forma concorrente para a determinação do valor da indenização, reduzindo-o em favor do Estado.

3.6.1 - Caso fortuito e força maior

A distinção conceitual de caso fortuito (do latim *fortuitus*) e de força maior (do latim *damnum fatale*) está longe de alcançar uniformidade na doutrina. No Brasil, as duas hipóteses recebem o mesmo tratamento legal no âmbito do Direito Civil, bem como muitos autores afirmam a similaridade conceitual.²⁷⁴

Diversa, todavia, é a valoração de força maior e de caso fortuito feita na França, onde somente a força maior tem a qualidade de possível exoneração, total ou parcial, em todos os sistemas de responsabilidade do Estado (delitual, culpa presumida ou pelo risco).

²⁷² GARCIA, António Dias – *In* QUADROS, Fausto (Coordenador) – **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. p. 213.

²⁷³ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 39-40.

²⁷⁴ BÜHRING, Marcia Andrea – **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. p. 156.

Força maior, segundo MICHEL PAILLET, é definida por critérios rigorosos de imprevisibilidade, inevitabilidade e exterioridade, por isso sendo difícil a sua admissão nos casos concretos. Verificada a ocorrência de força maior, sendo causa exclusiva do dano, ocorre a exoneração da responsabilidade. Todavia, caso o comportamento de um ente público tenha agravado as consequências decorrentes da força maior, poderá ser responsabilizado proporcionalmente aos danos que sua conduta causou. Assim, tal como sucede com a culpa da vítima, a exoneração de responsabilidade por força maior poderá ser total ou parcial.²⁷⁵

De outra parte, o caso fortuito, no sistema francês, embora tenha as características de imprevisibilidade e inevitabilidade, é interno ao serviço em que ocorre. Assim, a inevitabilidade decorre de um desconhecimento do defeito que gera o caso fortuito e que está internalizado no serviço público em que se verificou. O defeito já existia, mas não era conhecido, por isso a inevitabilidade não é absoluta. Por essa razão, o caso fortuito na França não é causa de exoneração na responsabilidade administrativa sem culpa, pelo risco. Nos casos de presunção de culpa, pode o Estado demandado produzir prova de ausência de culpa. Ademais, nas hipóteses em que é necessária a prova da culpa para a responsabilização, o caso fortuito comprovado pelo demandado pode excluir a responsabilidade.²⁷⁶

Na Espanha, no âmbito da responsabilidade civil administrativa, somente a força maior, por disposição legal e a ser provada pelo Estado, exclui o dever de indenizar, o mesmo não ocorrendo quanto ao caso fortuito. A distinção entre as duas figuras jurídicas vem da doutrina e da jurisprudência, que considera a força maior dotada das características de inevitabilidade e externalidade, podendo ser previsível ou não, ao passo que o caso fortuito, embora sem determinação da causa produtora do dano, tem a característica de interioridade. Segundo JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, são exemplos de força maior os incêndios causados por raios, maremotos e erupções vulcânicas.²⁷⁷

Feitas essas observações sobre o ordenamento francês e espanhol, cuja fundamentação doutrinária e jurisprudencial é enriquecedora quanto aos conceitos envolvidos e soluções adotadas, passaremos ao exame do tratamento jurídico da matéria conferido no Brasil e em Portugal.

No Brasil, entre os autores que estabelecem distinções conceituais entre caso fortuito e força maior especificamente na área da responsabilidade civil extracontratual do

²⁷⁵ PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. p. 95-97.

²⁷⁶ PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. p. 97-100.

²⁷⁷ PÉREZ, Jesús González – **Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas**. p. 468-473.

Estado, referimos MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem força maior é conceituada como o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, ocorrendo um evento de força maior, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.”²⁷⁸ Todavia, se estiver aliado ao motivo de força maior a omissão da Administração Pública na realização de um serviço, poderá o Estado ser responsabilizado, mas dependerá de comprovação da conduta omissiva relevante para o dano causado (responsabilidade por *faute du service*). Segundo a autora, o caso fortuito, diversamente, não poderia ser causa de exclusão da responsabilidade do Estado, pois sua ocorrência se liga a um ato humano ou falha da Administração, dando como exemplo o rompimento de uma adutora ou de um cabo elétrico que cause danos a terceiros.²⁷⁹ Nota-se que a autora sustenta posição doutrinária que se aproxima da doutrina francesa, afirmando os conceitos e propondo soluções adequadas a partir das características envolvidas.

De outro lado, no Brasil, diversos outros doutrinadores sustentam a impropriedade das distinções conceituais entre caso fortuito e força maior, sem uniformidade de critérios, e a sua irrelevância no cenário jurídico, sustentando não haver consequências práticas quanto aos seus efeitos. Nessa linha de pensamento, tratando da responsabilidade civil em geral, FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD afirmam que “tanto faz se evento lesivo foi produzido pela natureza ou pelo fato do príncipe, em qualquer dos casos o resultado será a exclusão da responsabilidade do agente, seja ele um devedor (na responsabilidade negocial) ou o ofensor (na responsabilidade extranegocial ou aquiliana).”²⁸⁰

PONTES DE MIRANDA leciona que a distinção entre caso fortuito e força maior só teria relevância se as regras jurídicas aplicáveis fossem diferentes para uma ou outra hipótese, quando seria necessária a determinação dos requisitos para a configuração de um ou outro instituto. Não se verificando essa distinção na legislação aplicável, segundo o autor, não há justificativa para que os juristas busquem atribuir significados sem base histórica e segurança doutrinária.²⁸¹

²⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 652.

²⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 652.

²⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 483.

²⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado – Tomo XXIII**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971. p. 79. Nas palavras do autor: “Em verdade, desde que há o elemento comum da inevitabilidade das consequências (e as consequências é que importam), força maior, de que pode resultar responsabilidade, é a força que impede, inevitavelmente, o adimplemento (maior, porque impede, no todo ou em

Seguindo na linha doutrinária que não considera relevante juridicamente a conceituação distinta de caso fortuito e força maior, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 393, não estabeleceu diferenças entre um e outro, determinando que ambas as figuras jurídicas constituem fato necessário cujos efeitos não podem ser evitados ou impedidos.²⁸²

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRO e GUSTAVO TEPEDINO, após discorrerem acerca de entendimentos doutrinários de caso fortuito e força maior, apresentam como requisitos de sua configuração a (i) necessariedade, no sentido de que leva obrigatoriamente ao evento danoso, e a (ii) inevitabilidade, no sentido de que seus efeitos não podem ser impedidos. Sustentam, ademais, que a imprevisibilidade não é requisito necessário, pois há eventos que, ainda que previsíveis, disparam com força indomável e irresistível.²⁸³

Na lição de FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, os elementos que identificam caso fortuito e força maior e que permitem conferir um tratamento unitário partem do conceito de que constituem um fato externo à conduta do agente, com caráter inevitável, ao qual se atribui a qualidade de causa necessária do evento danoso. Os dois atributos essenciais, desse modo, são a externalidade (fato não imputável ao agente, completamente extraordinário e estranho ao seu comportamento ou atividade) e a inevitabilidade (fato imponderável e atual, que aparece de modo avassalador e com efeitos irresistíveis, com impossibilidade absoluta de afastar a sua carga danosa).²⁸⁴ Os autores sustentam que, ao mesmo tempo em que o tratamento unitário do caso fortuito e força maior é cada vez mais aceito na doutrina, cresce a atenção para a característica da externalidade como necessária à configuração do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade, distinguindo-se dos fortuitos internos, quando a ação guarda relação com a atividade do ofensor e o dever de reparar o dano é mantido. Nessa linha de pensamento, exemplificando com a aplicação da teoria do risco prevista no artigo 927, parágrafo único, do CC brasileiro,²⁸⁵ os autores referem que quem usufrui habitualmente dos bônus de determinada atividade deve responder pelos efeitos danosos que ela venha a causar, ainda que sem culpa. Seria o caso, por exemplo, de uma

parte), e caso fortuito é o casus fortuitus cujas consequências não se podem evitar. Fica de força a força, a vis, cujas consequências se podem evitar, e o caso fortuito de consequências evitáveis.”

²⁸² “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

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

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 399.

²⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 483.

²⁸⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

empresa de ônibus, que presta o serviço de transporte coletivo, e um pneu estoura e causa um acidente. Ainda que não haja problemas anteriores com o pneu, a empresa responde em razão da causa estar vinculada ao risco da atividade. Esse é o chamado *fortuito interno*.²⁸⁶

Por outro lado, tratando-se de *fortuito externo*, em tratamento assemelhado ao fato de terceiro que será analisado na sequência, não se verifica o dever de indenizar. Seguindo no mesmo exemplo do transporte público, os danos desconexos ao transporte podem excluir a responsabilidade da empresa. A jurisprudência brasileira tem tratado como *fortuito externo* o caso de assaltos praticados contra ônibus com passageiros, o que igualmente poderia ser considerado fato de terceiro para afastar a responsabilidade.²⁸⁷

FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD salientam que o “o caso fortuito e o fato de terceiro podem, portanto, em certos casos, traduzir idêntica realidade, mudando apenas o ângulo de abordagem.” Os autores ainda mencionam que há uma tendência da jurisprudência brasileira em examinar de forma cada vez mais rigorosa excludentes relativas a casos fortuitos alegadas pelo Estado,²⁸⁸ como, por exemplo, no caso de chuvas que, pela intensidade e volume, causam danos, hipótese em que a manutenção do sistema de drenagem de águas entra em questão.²⁸⁹

Como exemplo de aresto jurisprudencial em que foi excluída a responsabilidade do Estado em razão de caso fortuito, apontamos o caso em que houve a interrupção do serviço de energia elétrica por longo tempo em razão de forte temporal que atingiu uma região, levando inclusive a autoridade municipal a decretar estado de emergência.

²⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1019-1020.

²⁸⁷ “Agravamento regimental - Responsabilidade do transportador - Fato de terceiro - Súmula 187/STF - Conjunto fático-probatório - Súmula 7/STJ - Decisão agravada mantida - Improvimento. I - O fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade transporte. Aplicação da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal. (...)” (STJ, AgRg no REsp nº 929.672, 3.ª Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, julgado em 13/05/2008, DJe 03/06/2008) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200700414266&dt_publicacao=03/06/2008

²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1020.

²⁸⁹ “Agravamento Regimental em Recurso Especial. Administrativo. Responsabilidade civil. Danos causados por entupimento na rede pluvial. Ausência de culpa e de nexo causal. Súmula nº 7/STJ. 1. Reconhecidas no acórdão impugnado, com amparo nos elementos de convicção dos autos, a omissão do Município e a consequente responsabilização pelos danos causados ao autor, por entupimento na rede pluvial, a alegação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita exame do acervo fático-probatório, vedado na instância excepcional. 2. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 7). 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp nº 1208096, 1.ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201001462020&dt_publicacao=02/02/2011

No julgado foi considerado que o serviço, dentro das condições existentes, foi restabelecido em prazo razoável.²⁹⁰

Considerados os autores brasileiros pesquisados, verificamos a falta de uniformidade em relação à caracterização de caso fortuito e força maior, não havendo distinção de tratamento legal no Código Civil para uma e outra hipótese.

Em Portugal, há diversas referências legislativas aos efeitos jurídicos da configuração de *caso fortuito* e de *força maior* em diferentes matérias. Nesse sentido, apontamos exemplificativamente os artigos 321.º, 505.º, 509.º e 1072.º do Código Civil, que tratam de hipóteses de força maior, bem como os artigos 616.º e 1462.º do mesmo Código, que referem situações de caso fortuito.

No âmbito jurisprudencial, igualmente há decisões em que consideradas hipóteses de caso fortuito e de força maior na análise de casos em que discutida responsabilidade civil extracontratual do Estado. Nesse sentido, colacionamos o julgado no Processo n.º 0566/08 pelo Supremo Tribunal Administrativo, em cujo texto, procurando distinguir situações de processos que o precediam, restou consignado que “um caso de força maior é todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora, previsível ou até prevenida, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências (Acs. do STJ de 9/1/1970-proc. n.º62941, de 10/12/85-proc. n.º73169, de 26/5/1988-proc. n.º75721, de 27/9/1994-Proc. n.º85089, de 10/2/2005-proc. n.º4B2192 e de 29/11/2005-proc. n.º05B3678). Na hipótese do caso de força maior fica prejudicado qualquer juízo de culpa sobre o potencial lesante, dado que em nada contribuiu para o evento.”²⁹¹

Importante referir a advertência feita por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que, ao analisar as hipóteses de caso fortuito ou força maior em Portugal, salientam que, apesar de não estar explicitado na lei, para que haja a exclusão ou modificação da responsabilidade administrativa pelo risco, é necessário que seja estranho ao funcionamento do serviço, com a característica da externalidade. Diversamente,

²⁹⁰ STF, ARE n.º 713.814, Relator Ministro Dias Toffoli, DJE n.º 219, divulgado em 06/11/2012 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=110283185&ext=.pdf>

²⁹¹ Processo n.º 0566/08, Pleno da Secção do CA, STA, Relator Juiz Conselheiro Pires Esteves, Acórdão de 14/01/2010, com o seguinte Sumário:

“I - A oposição de julgados pressupõe que, no domínio do mesmo quadro normativo e perante idêntica realidade factual, o acórdão recorrido e o acórdão fundamento perfilhem soluções opostas, expressas, quanto à mesma questão fundamental de direito.

II - Um caso de força maior é todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenida, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências.”

- [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

sendo o caso fortuito ou força maior inerente ao serviço, a responsabilidade pelo risco ficará a cargo do ente público.²⁹²

Nesse sentido, entendemos que, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, dentro das características expostas pela doutrina de imprevisibilidade, externalidade e inevitabilidade, rompe-se o nexo de causalidade que inicialmente e aparentemente imputava ao ente público a causa do evento lesivo. Com isso, configura-se causa de exclusão da responsabilidade, o que se verifica tanto em Portugal, como no Brasil. De outro lado, não havendo o requisito da externalidade, mesmo que seja imprevisível e inevitável o evento danoso, pode não ser afastada a responsabilidade administrativa pelo risco quando configurar falha do serviço.

Feitas estas considerações, passamos à análise da culpa do lesado ou fato do lesado como fator de exclusão total ou parcial da responsabilidade civil do Estado.

3.6.2 – Dano causado por fato do lesado: culpa exclusiva ou concorrente

O fato exclusivo do lesado ou culpa exclusiva da vítima constitui-se em mais uma causa de exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto delitual, como pelo risco, e ocorre a partir da inexistência ou rompimento do nexo causal entre o evento lesivo e a ação atribuída ao Estado. Se o Estado, através de seu agente, não provocou o dano alegado, tendo sido causado por fato de responsabilidade exclusiva da vítima, não pode o ente público ser responsabilizado.²⁹³

Com relação à expressão “culpa exclusiva da vítima” cabem algumas observações, igualmente aplicáveis ao fato de terceiro. A expressão “culpa” remete para o

²⁹² SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**. p. 40.

²⁹³ “Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima. - Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. 113.722-3-AgRg e RE 113.587). - No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE nº 120924, 1.ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25/05/1993, DJ de 27/08/1993) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207366>

nexo de imputação. Todavia, qualquer conduta do lesado que tenha gerado o dano com exclusividade é causa de exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com ou sem culpa que lhe possa ser atribuída, na medida em que quebra o nexo de causalidade. Sem nexo causal, não há o que indenizar ou reparar.

No plano normativo, o Código Civil brasileiro não trouxe disposição expressa acerca do fato exclusivo da vítima como excludente de responsabilidade, abordando a matéria no plano da indenização. Determina o artigo 945 do Código Civil brasileiro que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

A verificação da concorrência de culpa do lesado, segundo ressaltam FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, traz para o plano de responsabilidade objetiva do Estado a discussão de culpa. Há uma análise de “concorrências de culpas” como causas do evento danoso, mesmo que se esteja diante de hipótese de responsabilidade objetiva. Os autores exemplificam com a situação em que um veículo do Estado (ambulância ou outro) atropela um pedestre. Atribuída a responsabilidade ao Estado, estará configurada causa de sua exclusão ou não incidência se ficar provado que o pedestre jogou-se à frente do veículo com a intenção de cometer suicídio, fato esse que rompe o nexo causal. Salientam os autores que o fato da vítima ou culpa exclusiva da vítima não se presume, devendo o Estado alegar e comprovar a sua concretização.²⁹⁴

Todavia, ainda nesse exemplo de suicídio, os autores FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD destacam que em alguns casos não será excluída a responsabilidade do Estado, trazendo exemplos jurisprudenciais em que foi reconhecida falha da atuação no exercício da função administrativa que propiciou condições para que o suicídio ocorresse. É o caso, por exemplo, de suicídio de preso, em que o dever de proteção do Estado abrange inclusive a proteção da vítima contra ela mesma, sem falar contra terceiros, como veremos no item seguinte.²⁹⁵ Da mesma forma, um paciente que consegue fugir de um hospital

²⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1021.

²⁹⁵ “Processual civil. Administrativo. Suicídio. Detento. Cadeia pública. Prisão preventiva. Roubo. Responsabilidade objetiva do Estado. Dano material. Pretensão de reexame de provas. Súmula 7/STJ.

1. Trata-se de pedido de indenização por dano material e moral contra o Estado de São Paulo em decorrência de suposto suicídio de detento por autoenforcamento, ocorrido em cela da Delegacia de Investigações Gerais da cidade de Marília/SP. 2. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado pela morte de detento em delegacia, presídio ou cadeia pública é objetiva, pois é dever do Estado prestar vigilância e segurança aos presos sob sua custódia, portanto mostra-se equivocada a interpretação realizada pelo egrégio Tribunal bandeirante. 3. A melhor exegese da norma jurídica em comento é no sentido de que o nexo causal se estabelece entre o fato de o detento estar preso, sob proteção do Estado, e o seu subsequente falecimento. Não há necessidade de se inquirir sobre a existência de meios, pela Administração Pública, para

psiquiátrico público e que venha a se suicidar, gerará a responsabilidade civil do Estado.²⁹⁶ Nesses casos, mesmo que a vítima tenha atentado e retirado sua própria vida, o Estado falhou no dever de proteção que lhe incumbia, não se afastando o risco que fundamenta a sua responsabilidade em razão de sua conduta omissiva que propiciou condições ao resultado danoso.²⁹⁷

Em Portugal, o artigo 4.º do RRCEE trata especificamente da culpa do lesado como fator de exclusão ou redução da indenização requerida. Dispõe o artigo que, “quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.” Ainda deve ser referido que o Código Civil de Portugal, em seu artigo 570.º, traz a culpa do lesado em disposição de cunho geral, que igualmente pode gerar a exclusão ou redução da indenização.²⁹⁸

CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA salienta que o artigo 4.º do RRCEE traduz-se como princípio de “conculpabilidade” ou de “corresponsabilidade” em razão de um fato gerado ao próprio lesado, que contribui, de forma exclusiva ou concorrente, para a geração do dano ou para seu agravamento. Nesses casos, avaliada a situação concreta, o julgador pode excluir a responsabilidade (fato exclusivo da vítima) ou reduzir a indenização

evitar o ocorrido e, muito menos, se indagar sobre a negligência na custódia dos encarcerados. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.” (STJ, REsp nº 1671569, 2.ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017) - [Em linha]. [Consult. 26 Feb 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700981320&dt_publicacao=30/06/2017

²⁹⁶ “Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Morte de portador de deficiência mental internado em hospital psiquiátrico do Estado. 1. A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo 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 dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 7. Recurso especial provido.” (STJ, REsp nº 602.102, 2.ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/04/2004, DJ 21/02/2005) - [Em linha]. [Consult. 26 Feb 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301921932&dt_publicacao=21/02/2005

²⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 1021, nota 1763.

²⁹⁸ “Artigo 570.º (Culpa do lesado)

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.”

(fato concorrente da vítima). O autor ressalta que, em relação ao princípio geral do artigo 570.º do CC de Portugal, o artigo 4.º do RRCEE inova ao incluir, de forma expressa, entre os comportamentos culposos do lesado que poderão reduzir ou excluir a indenização, “a própria negligência processual do lesado por não ter buscado a via processual adequada para solucionar o ato lesivo”.²⁹⁹

Sobre a interpretação conferida ao artigo 4.º do RRCEE, na parte em que refere a conduta negligente do lesado por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do dano, CADILHA salienta que essa omissão do lesado interfere apenas na fixação da indenização, considerado como concorrência de culpas e utilizado para fixação do valor a ser pago como indenização, e não para exclusão da indenização.³⁰⁰

FILIPA GALVÃO destaca que a conduta de não utilização da via processual adequada à eliminação dos danos é colocada no artigo 4.º do RRCEE a título meramente exemplificativo, aplicando-se a mesma solução jurídica para outras condutas, ações ou omissões materiais que venham a contribuir para a produção ou agravamento do dano. Ademais, a autora discorre que cabe ao tribunal determinar se a conduta do lesado contribuiu de forma efetiva à causação ou agravamento do dano, avaliando o nexo de causalidade, e se a conduta do lesado é adequada e idônea para tanto, mediante um juízo hipotético.³⁰¹

Além do fato exclusivo ou culpa exclusiva do lesado, como já ressaltado, há a possibilidade de que a sua conduta configure uma concausa na geração do dano. É o que trata o artigo 570.º do Código Civil de Portugal quando prevê a possibilidade de redução da indenização, além do que dispõe o artigo 4.º do RRCEE.³⁰²

MARCELO MEIRELES LOBÃO salienta que a concorrência do ofendido com o Estado na causação do dano não pré-exclui a responsabilidade do Estado, mas sim pré-atenua ou reduz a obrigação de indenizar. Assim, a indenização a ser fixada pelo juiz deve

²⁹⁹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado**. p. 110 e 111.

³⁰⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado**. p. 112.

³⁰¹ GALVÃO, Filipa – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 107 e 108.

³⁰² Nesse sentido, como exemplo jurisprudencial, colacionamos o sumário do seguinte julgado do STA: “I - O estado irregular do piso de uma via municipal, com uma lombagem elevada em 15 cm, onde se encontrava uma tampa de saneamento, é causa adequada do embate da parte inferior de um veículo que ali circulava na referida tampa, partindo o cârter.

II - A circunstância da condutora do veículo ter continuado a circular sem atender à luz indicativa da perda de pressão de óleo que imediatamente acendeu, contribuiu para o agravamento dos danos sofridos nesse acidente (motor queimado).” (STA, Processo n.º 0301/07, 2.ª Subsecção do CA, Relator Juiz Conselheiro São Pedro, Acórdão de 05/06/2007) – [Em linha]. [Consult. 22 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

considerar a proporção da dimensão de eficácia do fato imputável ao Estado ou ente público como causa do dano.³⁰³

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO, em caso de culpa concorrente do lesado, entendem que a solução ideal passaria pela determinação matemática da culpa da vítima para o evento danoso. Sendo possível essa determinação diante da situação fática, cabe ao julgador estabelecer a proporcionalidade que cabe a cada um e, a partir disso, fixar a indenização. Não sendo possível determinar a proporção de cada um na causação do dano, os autores apontam para a solução de dividir por metade a indenização.³⁰⁴

Nesse sentido, há julgados do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal em que houve atribuição de percentual às condutas causadoras do dano, levando à redução parcial da indenização pleiteada. Transcrevemos os sumários dos julgamentos:

Sumário: I - Tendo todo o comportamento anterior da vítima sido causa adequada da necessidade de um agente da GNR ter a arma de fogo preparada para disparar, caso fosse necessário, não obstante o manuseamento incorrecto e culposos que este veio a fazer da arma, podemos dizer que a vítima contribui em termos de causalidade adequada em 20%, para a ocorrência do dano.

II - E tal ocorre, independentemente de atentas as funções e preparações a que necessariamente o soldado da GNR foi sujeito, lhe ser mais exigível uma actuação cuidada no sentido de evitar o dano.

III - Mas, tal há-de relevar não em sede de causalidade adequada mas antes na fixação das percentagens de culpa do lesado e de culpa do autor do dano.

(STA, Processo n.º 0484/17, 1.ª Secção, Relatora Juíza Conselheira Ana Paula Portela, Acórdão de 16/11/2017)³⁰⁵

Sumário: I - A presumível culpa por parte do lesado suscita sempre um problema de causalidade, podendo ganhar relevância quer como causa exclusiva, quer como causa concorrencial do dano e implicar, eventualmente, a exclusão do dever de indemnizar, de acordo com o disposto nomeadamente nos arts. 563º e 570º/2 do C. Civil.

II - Para a determinação da gravidade da culpa nos termos e para os efeitos do art.º 570º, n.º 1, do CPC, há que atender nas circunstâncias do caso, para o que também releva o que se encontra prescrito quanto aos deveres que cumprem a um agente de autoridade no que concerne ao uso de armas de fogo.

III - Numa situação em que um agente da GNR, em situação de normal fiscalização, depois de ter sido desobedecido ao sinal de paragem foi obrigado a saltar para o lado a fim de

³⁰³ LOBÃO, Marcelo Meirelles – **Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade**. p. 73.

³⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 393.

³⁰⁵ [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

evitar ser atropelado, e depois de haver feito um disparo para o ar veio a disparar seis tiros sobre o veículo automóvel com o propósito de obrigar o seu condutor a parar (em resultado do que este foi atingido e veio a falecer), entende-se como razoável concluir por uma repartição igualitária de culpas entre o agente da GNR e a vítima.

(...)

(STA, Processo nº 01176/05, 2.ª Subsecção do CA, Relator Juiz Conselheiro João Belchior, Acórdão de 16/05/2006)³⁰⁶

Em paralelo, registramos que o direito francês também confere qualidade exoneratória da responsabilidade do Estado quando verificada a culpa do lesado, indo além do mero afastamento da indenização previsto em Portugal e no Brasil. Essa causa de exoneração pode ocorrer em todos os sistemas de responsabilização previstos (culpa, presunção de culpa e risco). A culpa do lesado não significa qualquer fato, mas sim fato em que o lesado tenha agido com culpa. Ademais, o efeito de exoneração pode ser parcial ou total, dependendo das circunstâncias concretas envolvidas.³⁰⁷ Semelhante solução é prevista no ordenamento espanhol, em que, havendo culpa exclusiva da vítima, considera-se rompido o nexo de causalidade que em tese apontaria para o Estado, que fica exonerado de responsabilidade. Havendo participação do Estado e da vítima na produção do dano, a responsabilidade do Estado será proporcional, reduzindo a indenização na medida da culpa do lesado.³⁰⁸

Feitas estas considerações sobre o fato ou culpa do lesado, passamos para o tema do fato ou culpa de terceiro, que igualmente pode levar à exclusão total ou parcial da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

3.6.3 – Dano causado por fato de terceiro: culpa exclusiva ou concorrente

O fato de terceiro, também chamado culpa de terceiro,³⁰⁹ igualmente pode romper o nexo de causalidade entre uma ação atribuída ao Estado e o dano cuja reparação é

³⁰⁶ [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

³⁰⁷ PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. p. 93-95.

³⁰⁸ PÉREZ, Jesús González – **Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas**. p. 493.

³⁰⁹ Nas palavras de FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, a expressão “culpa de terceiro” não se mostra adequada, pois o comportamento do terceiro não precisa ser culposo para que exclua a responsabilidade daquele aparentemente responsável, bastando que a sua conduta seja a causa necessária para a ocorrência do dano, independentemente da aferição de sua licitude ou ilicitude. Acrescentam os autores que a culpa do terceiro só será determinante para a sua própria condenação nas hipóteses fundamentadas na responsabilidade subjetiva, sendo igualmente despidianda a averiguação de culpa quando a solução jurídica estiver baseada em

pretendida, constituindo em mais uma hipótese de exclusão da responsabilidade civil extracontratual, tanto delitual, como pelo risco. Como regra geral, trata-se de decorrência lógica da quebra do pressuposto de nexo de causalidade para a responsabilidade administrativa do Estado, que não poderia ser responsabilizado por ação ou omissão imputada a terceiro. Assim, dois elementos ressaltam para verificação dessa causa de exclusão, que são a identificação da existência do terceiro envolvido na relação de causalidade e qual a natureza e a extensão de sua ação.

Todavia, desde logo cabe salientar que, em Portugal, nos casos de responsabilidade administrativa pelo risco, o artigo 11.º, n.º 2, do RRCEE determina que, “quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso.” No Brasil, não há previsão legal similar.

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS consideram bastante questionável a solução adotada no RRCEE em Portugal, pois não se justifica a atribuição ao Estado da função de segurador ou garante da responsabilidade de pessoas que tenham causado danos e que não sejam titulares de órgãos ou agentes públicos, para tanto fazendo uso de recursos públicos. Quanto à caracterização do fato de terceiro, os autores lecionam que devem ser verificados os pressupostos da responsabilidade civil, que tanto poderá ser delitual, como pelo risco (desde que um risco diferente daquele que fundamenta a responsabilidade do Estado).³¹⁰

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, tratando da responsabilidade em geral, sustenta que o fato de terceiro só pode excluir a responsabilidade quando constituir causa estranha ao aparente responsável e demandado, rompendo o nexo de causalidade.³¹¹ Na sequência, o autor expõe os pressupostos de caracterização do fato de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade: a) causalidade do dano; b) ação que não possa ser imputada ao aparente responsável, e sim ao terceiro; c) qualidade do terceiro como qualquer pessoa estranha à pessoa da vítima ou do apontado responsável; d) possibilidade de individualização do terceiro, mesmo que não seja possível identificá-lo; e) ato de terceiro lícito ou ilícito.³¹²

responsabilidade objetiva. (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**, p. 494-495).

³¹⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro)**, p. 41.

³¹¹ DIAS, José de Aguiar – **Da Responsabilidade Civil - Volume 2**, 6.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p. 352.

³¹² DIAS, José de Aguiar – **Da Responsabilidade Civil - Volume 2**, p. 353-354.

Sobre a configuração de fato de terceiro como excludente de responsabilidade, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO afirmam que se trata de matéria tormentosa nos tribunais, não raro resultando em soluções contraditórias. Os autores apontam que há dois conceitos fundamentais a serem considerados na avaliação de excludente de responsabilidade, que são 1) quem deve ser considerado terceiro em matéria de responsabilidade civil e 2) qual a extensão e natureza do comportamento de um terceiro envolvido no evento danoso. O terceiro, cuja ação excluirá a responsabilidade do Estado, é qualquer outra pessoa que não seja a vítima e o agente do ente público a quem inicialmente atribuída a responsabilidade, cuja conduta tenha sido a causa do evento danoso em princípio imputado ao Estado ou ente público. Assim, altera-se a relação causal inicialmente formada e que apenas aparentemente ligava o dano a uma conduta do Estado.³¹³

Para que se verifique a exoneração da responsabilidade, é necessário que seja feita prova de um fato de terceiro individualizado e determinável, embora em alguns casos não seja possível a sua identificação nominal. FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD trabalham os conceitos envolvidos no comportamento de terceiro como causa exclusiva do dano e, por isso, com exoneração do aparente responsável, a partir de exemplos concretos em que haja alguns elementos de fato diferenciados. Nessa linha, os autores apresentam a hipótese de impossibilidade de identificação de um terceiro que seja apontado como o causador do dano. Nesse caso, sendo certo que o evento danoso foi causado exclusivamente por um terceiro (por exemplo, um acidente em que um veículo parado seja atingido por outro e, em razão dessa colisão, acabe impulsionado o automóvel parado para frente, causando um atropelamento de um pedestre), se esse terceiro causador do dano for uma pessoa individualizada, embora meramente determinável (por exemplo, tendo fugido do local, sem possibilidade de sua identificação posterior), não se mostra adequado que o motorista que estava em seu veículo, parado, seja responsabilizado pelos danos causados ao pedestre atropelado.³¹⁴ Distinguem os autores, na sequência, que, quando um fato externo ao comportamento do agente apontado como responsável e que seja caracterizado como inevitável produz um dano, não podendo esse resultado ser atribuído a uma pessoa (identificada ou não identificada), não poderá ser caracterizado como fato de terceiro, mas sim

³¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 394-395.

³¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 492. Salientam os autores: “Não nos parece justo que alguém possa ser responsabilizado quando o seu fato em nada impactou para o dano ou sequer houve ato voluntário de sua parte. Essa será a única forma de evitar a perversa responsabilização de um aparente responsável. É certo que para a vítima o desfecho será negativo, pois será extremamente dificultada a possibilidade de responsabilizar alguém.”

caso fortuito. Nesse caso, a exclusão da responsabilização dependerá de inevitabilidade dos seus efeitos, como tratado no item anterior.³¹⁵

Salientam FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD que não se pode confundir o fato de terceiro com estado de necessidade, que se trata de uma excludente de ilicitude verificada quando o agente, visando a preservar um bem maior, sacrifica um bem menor. Apresentam como exemplo a situação em que um caminhão desgovernado atravessa a faixa de direção e outro veículo, que vinha em sentido contrário, para evitar a colisão, avança sobre a calçada e destrói o portão de uma residência. No ordenamento jurídico brasileiro, embora sua ação seja lícita, o condutor do veículo, sendo demandado, deve indenizar os prejuízos causados ao proprietário do imóvel, tendo ação regressiva contra o motorista do caminhão. A distinção do fato de terceiro e do estado de necessidade reside no próprio comportamento do agente envolvido e indicado como responsável: no fato de terceiro, o agente aparentemente responsável não possui uma ação voluntária na causa de dano, mas somente um terceiro; no estado de necessidade, o agente tem uma conduta voluntária e determinada na causa do dano, a qual, embora seja lícita, não exclui a responsabilidade em razão de uma escolha do legislador a partir da ponderação dos valores envolvidos.³¹⁶

Outra temática a ser tratada com relação ao fato de terceiro, à semelhança do que ocorre com a culpa exclusiva da vítima, é que, para que se verifique a exclusão da responsabilidade civil extracontratual, o fato de terceiro deve ser caracterizado como causa única do evento danoso e decorrente de comportamento totalmente estranho àquele aparentemente responsável. Se o caso concreto demonstra que o fato de terceiro apenas parcialmente causou o dano, tendo contado com concorrência de atuação do agente ou do ente público, será o caso de repartição da responsabilidade e distribuição do ônus da reparação de acordo com a participação de cada um. Na prática, essa situação se verifica quando o comportamento do terceiro não se mostra suficiente e idôneo para, por si só, produzir o evento danoso, prendendo-se, de alguma maneira, à atuação anterior do agente.³¹⁷

³¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 492.

³¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 492-493. No exemplo apresentado, os autores referem a aplicação dos artigos 929 (“Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”) e 930 (“No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”).

³¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 493. Como exemplo, os autores descrevem a situação em que o agente poderia antever a ocorrência do fato de terceiro, com condições de atuar preventivamente. Caso se omita, o fato de

Quanto à caracterização do terceiro, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETTO e NELSON ROSENVALD afirmam que o termo “terceiro” deve ser compreendido a partir de uma interpretação restrita: é uma pessoa natural ou jurídica estranha ao agente aparentemente responsável e à vítima, com quem nenhum dos dois mantenha qualquer forma de vinculação ou que sofra influência, e que acaba por se interpor na relação aparentemente estabelecida entre eles, sendo essa interposição, sua atuação, a causa exclusiva do evento danoso.³¹⁸ Essa questão é importante porque, em razão de relação jurídica prévia, há casos de responsabilidade civil extracontratual por fato de outrem, com possibilidade de solidariedade entre ambos pela reparação dos danos. Exemplo disso é a responsabilidade do empregador ou comitente por atos de empregados, serviçais e prepostos no exercício ou em razão do trabalho que lhes competir.³¹⁹ Outro exemplo, agora no plano da responsabilidade contratual, diz respeito à situação estabelecida para o transportador por

terceiro não funcionará como causa excludente de sua responsabilidade. Há um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que aplicado esse entendimento:

“Recurso Especial. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Revisão. Fatos. Não-cabimento. Súmula 07/STJ. Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Nexa. Inação do Poder público. Dano. Culpa. Cabimento. (omissis) 2. No presente caso, o acórdão recorrido concluiu pela conduta omissiva do Estado, tendo em vista que a recorrida, professora da rede distrital de ensino, foi agredida física e moralmente, por um de seus alunos, dentro do estabelecimento educacional, quando a direção da escola, apesar de ciente das ameaças de morte, não diligenciou pelo afastamento imediato do estudante da sala de aula e pela segurança da professora ameaçada. 3. Destacou-se, à vista de provas colacionadas aos autos, que houve negligência quando da prestação do serviço público, já que se mostrava razoável, ao tempo dos fatos, um incremento na segurança dentro do estabelecimento escolar, diante de ameaças perpetradas pelo aluno, no dia anterior à agressão física. 4. O Tribunal de origem, diante do conjunto fático-probatório constante dos autos, providenciou a devida fundamentação dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil por omissão do Estado. Neste sentido, não obstante o dano ter sido igualmente causado por ato de terceiro (aluno), atestou-se nas instâncias ordinárias que existiam meios, a cargo do Estado, razoáveis e suficientes para impedir a causação do dano, não satisfatoriamente utilizados. 5. A decisão proferida pelo juízo a quo com base nas provas que lastreiam os autos é impassível de revisão, no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. 6. O Tribunal de origem aplicou de maneira eskorreita e fundamentada o regime da responsabilidade civil, em caso de omissão estatal, já que, uma vez demonstrados o nexa causal entre a inação do Poder Público e o dano configurado, e a culpa na má prestação do serviço público, surge a obrigação do Estado de reparar o dano. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.” (STJ, REsp n.º 1142245, 2.ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 05/10/2010, DJe 19/10/2010) - [Em linha] [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901005102&dt_publicacao=19/10/2010

³¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 493.

³¹⁹ “Artigo 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

acidente com passageiro, mesmo que causado por fato de terceiro, contra quem o transportador poderá ter ação regressiva.^{320 321}

Em comentários à culpa do lesado, MARCO CALDEIRA apresenta um julgado em que a causa de um evento danoso foi atribuído, em concorrência, à avó da vítima, menor de cinco anos, por culpa *in vigilando*, sendo então reduzida a indenização devida pela empresa responsável pela linha férrea aos pais, autores da ação, em razão do falecimento da criança.³²² Nesse caso, tendo em conta a doutrina tratada acerca desse tema, a situação poderia ser resolvida pela consideração da conduta da avó como fato de terceiro.

Sobre o fato de terceiro, interessante verificar a solução jurídica que a França confere a essa possível causa de exclusão da responsabilidade, havendo diferenças caso se trate de responsabilidade baseada na culpa ou quando não haja esse requisito. MICHEL PAILLET leciona que, havendo concorrência de culpas entre a Administração e um terceiro particular, a Administração responderá na proporção do seu papel na causa do dano perante os tribunais administrativos, devendo o lesado demandar contra o terceiro na justiça comum buscando também a sua responsabilização. Caso o dano tenha sido causado por vários entes públicos, o lesado poderá reclamar a reparação total do seu prejuízo perante um só dos entes que concorreram para o dano. Por outro lado, quando o evento danoso tiver sido causado pela cumulação da falta de um serviço e culpa pessoal de um agente público, o lesado pode exigir a reparação integral da Administração, que terá o direito de regresso contra o agente que concorreu para o dano. Ademais, nos casos de responsabilidade sem o requisito culpa, pelo risco, a Administração deve responder de forma integral pelos danos causados, podendo

³²⁰ Nesse sentido, deve ser referido o disposto no artigo 735 do Código Civil brasileiro (“A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”), cujo teor reproduz o que anteriormente já era jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, consoante edição da Súmula nº. 187: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

³²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 493 e 495.

³²² CALDEIRA, Marco – In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 328. Registrou o autor, apontando o caso jurisprudencial decidido com atribuição de culpa do lesado: “Do mesmo modo, a culpa do lesado também pode ser (e já foi) aplicada a situações de culpa *in vigilando*, como sucedeu no caso da “avó de um menor de 5 anos, no momento a seu cuidado, [que] o deix[ou] ir para as proximidades de uma linha férrea de alta velocidade, vindo o menor a ser colhido ali por uma composição” (cf. o recente Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de Novembro de 2016, processo n.º 02430/09.3BEPRT, www.dgsi.pt).” O sumário desse julgado no Supremo Tribunal Administrativo ficou assim registrado: “Não é de admitir recurso de revista excepcional de decisão que se mostra fundamentada e é juridicamente plausível quanto à repartição da culpa entre quem tinha o dever de vigiar uma criança de 5 anos, vítima de um acidente ferroviário que lhe causou a morte, e a entidade com o dever de reparar um muro de vedação da linha, cuja omissão foi determinante do acesso da criança ao local do acidente.” (STA, Processo n.º 0531/17, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro São Pedro, Acórdão de 18/05/2017) – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

exercer o direito de regresso contra o terceiro; nessa última hipótese, havendo algum impedimento legal para o exercício do direito de regresso, poderá a Administração invocar esse fato para buscar a exoneração total ou parcial da responsabilidade.³²³

Na Espanha, recordando que a responsabilidade do Estado é objetiva, sem análise de ilicitude ou culpa na conduta, se o terceiro for o único responsável pelo dano, há rompimento do nexo causal, exonerando a Administração. Todavia, se houver concorrência de culpas entre a Administração e um terceiro, mantém-se a responsabilidade administrativa, salvaguardando os interesses do lesado, com direito de regresso do Estado contra o concausador da lesão.³²⁴

Desse modo, expostas as causas de exclusão ou não incidência da responsabilidade civil extracontratual do Estado, relacionadas ao rompimento do nexo de causalidade ou à concorrência de causas, passamos à exposição de outras possibilidades de defesa do ente público, não ligadas propriamente aos elementos de configuração da responsabilidade, que são a prescrição e a renúncia ao direito à indenização.

3.7 – Prescrição

Em obra dedicada integralmente ao estudo da prescrição e da decadência ou caducidade, CÂMARA LEAL aponta quatro condições elementares da prescrição, que são: a existência de uma ação exercitável (*actio nata*), a inércia do titular da ação em exercitá-la, a manutenção dessa inércia por um determinado período de tempo (previsto em lei) e a ausência de fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso do prazo prescricional.³²⁵

A prescrição, segundo conceito clássico, é a perda da ação judicial, da possibilidade de defender e pleitear uma pretensão jurídica, em razão do transcurso do prazo legal previsto para a sua utilização. Sua distinção em relação à figura da decadência consiste em que, neste caso, ocorre a perda do próprio direito. Ademais, os prazos prescricionais podem ser suspensos ou interrompidos, o que não ocorre em relação à decadência.

³²³ PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa**. p. 100-102.

³²⁴ PÉREZ, Jesús González – **Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas**. p. 505-506.

³²⁵ LEAL, Antônio Luís da Câmara – **Da Prescrição e da Decadência**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982. p. 11.

RAQUEL CARVALHO conceitua a prescrição como o instrumento jurídico que decorre da consideração do tempo nas relações jurídicas, especialmente da influência do tempo no exercício de direitos. Nesse sentido, a autora preleciona que:

Por razões de certeza e segurança do Direito, o legislador estabelece prazos para o exercício de direitos, findos os quais as obrigações associadas a tais direitos deixam de ser juridicamente exigíveis, passando a ser apenas obrigações naturais. Pretende o legislador não premiar a inércia alongada do titular do direito, permitindo o exercício do mesmo a todo e infundável tempo, deixando pairar de forma pouco razoável e de modo indefinido, sobre o credor, a ameaça do exercício de um direito (MENEZES CORDEIRO justifica o prazo trienal a “importantes dimensões preventivas e retributivas”, *Tratado de Direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, 2010, p. 757). Por outro lado e associadamente, o decurso do tempo sem exigência do cumprimento da obrigação cria incerteza sobre a situação obrigacional dos envolvidos, pelo que a prescrição vem, por força de lei, pacificar aquela relação jurídica. A prescrição refere-se em regra a direitos subjetivos, normalmente direitos de crédito, como é o caso dos direitos à indemnização e de regresso.³²⁶

Nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ocorre a suspensão do prazo de prescrição quando a sua fluência é temporariamente paralisada em razão de um ato ou fato a que a lei atribui tal efeito. Cessada a causa de suspensão, o prazo volta a correr, contando-se o prazo anterior já transcorrido. A interrupção, por sua vez, faz com que o prazo anterior já fluído seja inutilizado, recomeçando a contagem a partir do ato ou fato a que a lei atribua tal força interruptiva. Os efeitos dessa interrupção quando se tratar de demandas contra o Poder público são diversos daqueles relativos às relações de direito privado no Brasil, como será explicitado a seguir.³²⁷

No Brasil, a prescrição para a propositura de ação de indenização contra o Estado possui regras específicas, que determinam a aplicação do prazo de cinco anos, consistentes no artigo 1.º do Decreto nº 20.910/1932³²⁸ e artigo 1.º-C da Lei n.º 9.494/1997.³²⁹ A interrupção da prescrição só pode ocorrer uma única vez (artigo 8.º do Decreto n.º

³²⁶ CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 114.

³²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1087.

³²⁸ “Artigo 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

³²⁹ “Artigo 1.º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.” (Incluído pela Medida provisória n.º 2.180-35, de 2001)

20.910/1932),³³⁰ reiniciando a sua contagem pela metade do tempo inicialmente previsto (artigo 9.º do Decreto n.º 20.910/1932).³³¹

Em relação à prescrição, a partir da edição e vigência do Código Civil de 2002 no Brasil (Lei n.º 10.406/2002), que reduziu para três anos o prazo geral para as pretensões de reparação civil (artigo 206, § 3.º, inciso V),³³² formou-se um aparente conflito normativo, tendo algumas decisões judiciais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, aplicado o entendimento de que a lei nova também se aplicaria às pretensões dirigidas contra o Poder público.³³³

Depois de uma oscilação na interpretação jurisprudencial, prevaleceu a solução, com entendimento firmado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que considerou o critério da especialidade da norma, fazendo prevalecer o prazo de cinco anos de prescrição para as ações indenizatórias dirigidas contra o Estado e seus entes.³³⁴

³³⁰ “Artigo 8.º. A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez.”

³³¹ “Artigo 9.º. A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo.”

³³² “Artigo 206. Prescreve: (*omissis*)

§ 3.º. Em três anos: (*omissis*)

V - a pretensão de reparação civil;”

³³³ “Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Prescrição. Decreto nº 20.910/32. Advento do Código Civil de 2002. Redução do prazo prescricional para três anos. 1. O legislador estatuiu a prescrição de cinco anos em benefício do Fisco e, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto nº 20.910/32. 2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002) prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. 3. Recurso especial provido.” (STJ, REsp n.º 1137354, 2.ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009) – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000199631&dt_publicacao=08/03/2013

³³⁴ “Administrativo. Recurso Especial representativo de controvérsia (artigo 543-c do cpc). Responsabilidade civil do Estado. Ação indenizatória. Prescrição. Prazo quinquenal (art. 1º do decreto 20.910/32) x prazo trienal (art. 206, § 3º, v, do cc). Prevalência da lei especial. Orientação pacificada no âmbito do STJ. Recurso Especial não provido.

1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. (...) A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (“A Fazenda Pública em Juízo”, 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90). 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que

ELODY NASSAR discorre acerca dos entendimentos divergentes quanto a essa matéria, os quais acabaram superados pelo argumento resultante da regra clássica de hermenêutica jurídica, segundo a qual a lei geral, o Código Civil, não revoga diplomas especiais. É o que resulta da aplicação do brocardo latino de *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.³³⁵

Sobre o tema da prescrição, outra matéria interessante diz respeito a determinadas ações de reparação de danos consideradas imprescritíveis, que são aquelas fundamentadas em fatos ocorridos durante a ditadura militar no Brasil, em decorrência de perseguição, tortura e prisão por motivação política.³³⁶ Esse entendimento foi igualmente objeto de decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça, considerando que os danos cuja reparação é buscada nesses casos feriram valores básicos do sistema jurídico brasileiro, atacando direitos fundamentais e o valor da dignidade da pessoa humana.³³⁷

regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. (...)”

(STJ, REsp n.º 1251993, 1.ª Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012) – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1203264&num_registro=201101008870&data=20121219&formato=PDF

³³⁵ NASSAR, Elody – **Prescrição na Administração Pública**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 298.

³³⁶ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 269.

³³⁷ “Processual Civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos morais. Regime militar. Perseguição e prisão por motivos políticos. Imprescritibilidade. Dignidade da pessoa humana. Inaplicabilidade do art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32. Esgotamento da via administrativa. Ofensa a dispositivos constitucionais. Responsabilidade civil do Estado. Danos morais. Indenização. Configuração, redução do quantum indenizatório e honorários. Matéria fático-probatória. Súmula n.º 07/STJ. 1. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento de danos morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do genitor dos ora autores, cujas consequências, alegam os requerentes, ocasionaram transtornos depressivos na vítima e dependência alcoólica, bem como discriminação no ambiente social dos autores e debilidade das condições financeiras. (...) 4. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 5. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 6. Consectariamente, não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 7. Outrossim, a Lei n.º 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem cominar prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil ou do Decreto n.º 20.910/95 no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. 8. À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 9. A dignidade humana violentada, *in casu*, posto ter decorrido, consoante noticiado pelos autores da demanda em sua exordial, de perseguição política imposta ao seu genitor, prisão durante o Regime Militar de exceção, revelando-se referidos atos como flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos, que segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. 10. A exigibilidade a qualquer tempo dos

Em obra anterior a esses julgados e à própria Constituição brasileira de 1988, CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES já sustentava que alguns direitos, embora titulados pelos indivíduos por determinada ordem jurídica, não poderiam ser considerados como simples direitos individuais. O autor salienta que alguns direitos são qualificados e diferenciados por também serem “parte integrante da estrutura básica do sistema jurídico como expressão do sistema social.”³³⁸ Por isso, esses direitos são permanentes, perpétuos e não perdem a sua eficácia. Se isso ocorre, a perda de eficácia, será porque a própria ordem jurídica assim determina para proteger algumas outras situações consideradas ainda mais fundamentais.³³⁹

Com base nesse entendimento, no Brasil, considerando a quebra de valor fundamental do sistema jurídico, representada por atos de perseguição, violência e tortura por motivos políticos durante a ditadura militar que vigorou desde 1964, comprometendo gravemente direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, a despeito dos prazos de prescrição de caráter geral previstos para as ações indenizatórias dirigidas ao Estado, essa espécie de ação reparatória contra a União (ente federal) passou a ostentar a qualidade da imprescritibilidade a partir da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.³⁴⁰

Quanto à fundamentação das decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça para afirmar a imprescritibilidade, os autores CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE BRAGA NETO e NELSON ROSENVALD fazem uma avaliação crítica, pois o valor abstrato da dignidade da pessoa humana e da consideração de dano a direitos de personalidade poderia sustentar o mesmo entendimento para diversas outras situações, gerando nefastas consequências para a segurança jurídica e pacificação social. Salientam os autores que a aplicação da tese da imprescritibilidade decorre juridicamente do valor das Convenções e Tratados firmados pelo Brasil e incorporados ao sistema jurídico nacional,

consecutórios às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1.º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. 11. Deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual. 12. A responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional (art. 186 do Código Civil) e à luz do art. 37 § 6º da CF/1988, resta inequívoca, bem como escoreita a imputação da indenização fixada a título de danos morais. (...)” (STJ, REsp n.º 959.904, 1.ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009) – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=857611&num_registro=200701350111&data=20090929&formato=PDF

³³⁸ GUIMARÃES, Carlos da Rocha – **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980. p. 124.

³³⁹ GUIMARÃES, Carlos da Rocha – **Prescrição e Decadência**. p. 124.

³⁴⁰ MELO, Marco Aurélio Bezerra de – **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. p. 456.

inclusive com força normativa superior às leis por conta do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁴¹ A respeito, a Declaração Universal da ONU e demais convenções específicas que visam a combater a tortura (Convenção contra a tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos), concluindo que a tese da imprescritibilidade da reparação de danos só pode ser afirmada nos casos em que a própria Constituição a prevê ou quando Tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro trouxerem fundamentos suficientes para tanto.³⁴²

Por outro lado, no Brasil, há a possibilidade de renúncia à prescrição por parte dos entes públicos, inclusive por aplicação da regra geral disposta no artigo 191 do Código Civil (“A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”).³⁴³

Ademais, desde a última reforma de direito processual civil, a matéria da prescrição pode ser conhecida de ofício no Brasil, por conta do que dispunha o artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil anterior (Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Essa regra também foi estabelecida no Código de Processo Civil hoje vigente (Lei n.º 13.105, de 16 de

³⁴¹ “Art. 5º. (*omissis*)

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 441-443.

³⁴³ Sobre o tema, colacionamos um julgado do Superior Tribunal de Justiça em que o Estado de Minas Gerais, através de uma lei, expressamente renunciou à prescrição, prevendo a concessão de indenização às vítimas ou sucessores legais, em decorrência do desabamento do pavilhão da Gameleira, ocorrido em 4 de fevereiro de 1971, tendo essa lei, em seu art. 3º, autorizado o Estado a “renunciar ao benefício legal da prescrição em eventuais litígios relativos ao desabamento do pavilhão da Gameleira” (STJ, REsp n.º 1122280, 1ª Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016). – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521469&num_registro=200802740674&data=20160628&formato=PDF

Na mesma linha de raciocínio, admitindo a renúncia à prescrição por parte da Administração Pública, há diversos julgados de outros tribunais brasileiros. Como exemplo, trazemos caso em que apreciada a matéria pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual destacamos o seguinte trecho da ementa de julgamento:

“1. A legislação estabelece que o prazo prescricional para a revisão de proventos de aposentadoria é de cinco anos, a contar do ato de concessão do benefício, nos termos do art. 1º do Decreto n.º 20.910/32. Todavia, havendo o reconhecimento do direito do servidor pela Administração Pública, após o decurso do lapso quinquenal, tem-se a renúncia à prescrição do fundo de direito, a ensejar o reinício da contagem do prazo prescricional em sua integralidade (art. 191 do Código Civil).” (TRF4, AC n.º 5011966-33.2018.4.04.7100, 4ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 06/12/2018) – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41544131503320202024208496035&evento=490&key=1c36eb14fdc843aeb329470c71e19a179305e51364e04fcc876f56a43f5a682d&hash=6295a4c7bcd71de7f5cbf9aabdf6da

março de 2015), conforme se verifica no teor dos artigos 332, § 1.º,³⁴⁴ e 487, inciso II, e parágrafo único.³⁴⁵

Em Portugal, o artigo 5.º do RRCEE dispõe sobre a prescrição do “direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado, das demais pessoas coletivas de direito público e dos titulares dos respetivos órgãos, funcionários e agentes”, bem como do direito de regresso, remetendo a matéria para o disposto no artigo 498.º do Código Civil e para as regras do mesmo Código que regulam a suspensão e a interrupção da prescrição.

O RRCEE utilizou a técnica legislativa da remissão direta, deixando expresso a aplicação do CC português quanto ao artigo 498.º e às causas de suspensão e de interrupção. Dessa forma, conforme leciona RAQUEL CARVALHO, não estão incluídas na remissão, não sendo aplicáveis aos casos de responsabilidade civil extracontratual do Estado, as demais disposições do Código Civil que regulem outras matérias envolvidas na prescrição, devendo ser buscada a disciplina no domínio do direito público. Segundo a autora, não estão incluídas na remissão “os artigos 300.º (inderrogabilidade do regime da prescrição), 301.º (a quem aproveita a prescrição), 302.º (renúncia da prescrição), 303.º (invocação da prescrição), 304.º (efeitos da prescrição), 305.º (oponibilidade da prescrição por terceiro), 306.º (início do curso da prescrição).”³⁴⁶

Quanto ao prazo de prescrição, por força da aplicação do artigo 5.º do RRCEE em combinação com o artigo 498.º, números 1 e 2, do Código Civil, está determinada a extensão de três anos, envolvendo tanto o direito a pleitear indenização, como o direito de regresso. Contudo, com base no disposto no n.º 3 do mesmo artigo, “se o facto ilícito constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, é este o prazo aplicável.” Essa disposição procura uniformizar o tratamento conferido a um mesmo fato que, simultaneamente, constitua fundamento de pedido de indenização e configure um crime, quando poderia o agente vir a ser responsabilizado em uma esfera (criminal) e estar

³⁴⁴ “Artigo 332. (...) § 1.º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”

³⁴⁵ “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; (...)

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1.º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.”

³⁴⁶ CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 114.

impedida a via indenizatória civil por conta do decurso do tempo.³⁴⁷ Por isso, o legislador optou por uniformizar os prazos sempre que se verificar essa situação.

Há algumas situações específicas que surgem a partir dos fatos concretos levados a julgamento nos tribunais quando um mesmo fato envolver a possibilidade de responsabilidade civil e criminal, que são relatadas por RAQUEL CARVALHO com apontamento de julgados. A primeira situação diz respeito a uma possibilidade de invocação do prazo mais longo, relativo ao tipo penal, independentemente da existência de um procedimento criminal. Nesse caso, a jurisprudência administrativa consagra o entendimento de que “a aplicação do prazo de prescrição previsto na lei penal não depende do efetivo exercício de procedimento criminal, apenas exigindo que a conduta ilícita constitua crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo [Acórdão do TCA (N) de 17/06/2011, Proc. n.º 1119/09.8 BEBRG]”.³⁴⁸ De outra parte, a decisão efetiva do prazo prescricional aplicável pode depender de instrução do processo quando as partes divergirem acerca do prazo aplicável, não havendo certeza inicialmente sobre se o fato que fundamenta o pedido indenizatório configura também um ilícito penal. Nessa linha de entendimento, a autora refere o “Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 25/11/2010, no Proc. n.º 6090/10”.³⁴⁹

Por outro lado, RUI PINTO leciona que esse benefício de um prazo de prescrição mais extenso quando se tratar de um ilícito penal também se aplica quando se estiver diante de responsabilidade solidária. Desse modo, se apenas um dos responsáveis responder criminalmente e civilmente pelo mesmo fato, o responsável solidário, que pode ser uma pessoa de direito público, fica submetido ao mesmo prazo estendido, com o que não se desvirtua a regra da solidariedade e não prejudica a situação do lesado.³⁵⁰

Quanto ao início do curso do prazo prescricional, o artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil português determina que deve ser contado a partir “da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete”, embora não seja necessário que conheça a integralidade dos danos, os quais poderão ser objeto de liquidação da sentença que venha a ser proferida em seu favor. Todavia, a parte final do n.º 1 do artigo 498 do CC português fixa um

³⁴⁷ CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 116.

³⁴⁸ CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 117.

³⁴⁹ CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 117.

³⁵⁰ PINTO, Rui – *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 361.

período de tempo máximo para que esse conhecimento venha a se concretizar, que é o prazo ordinário de prescrição de vinte anos, previsto no artigo 309.º do CC.³⁵¹

Outra questão a ser ressaltada, com diferença substancial do ordenamento brasileiro, é que em Portugal não se admite a renúncia à prescrição e ao direito de regresso. Tal decorre não só do fato de não haver remissão específica pelo artigo 5.º do RRCEE à regra de renúncia à prescrição prevista no CC (artigo 302.º), mas também pela característica de que não se caracterizam como direitos disponíveis, além do que a lei não permite “a possibilidade de desoneração do encargo de exercer os deveres legais.”³⁵² RAQUEL CARVALHO, trazendo ensinamentos da doutrina administrativista, salienta que as relações de direito público são estabelecidas com base no imperativo da prossecução do interesse público, inviabilizando a disponibilidade do exercício dos deveres legais por parte do administrador público. Ademais, salienta o disposto no artigo 8.º do RRCEE, que estabelece a obrigação de exercício do direito de regresso.³⁵³

Por fim, quanto ao tema da prescrição, em outra nota de tratamento jurídico distinto do Brasil, a prescrição não pode ser conhecida de ofício pelos tribunais, devendo ser alegada e provada em juízo por aquele a quem aproveita ou por seu representante, conforme disposto no artigo 303.º do CC português (“O tribunal não pode suprir, de ofício, a prescrição; esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público.”)

Feitas estas observações e apresentada a prescrição como uma forma de exceção peremptória de defesa por parte do Estado³⁵⁴ ou entes públicos demandados em ações de responsabilidade civil extracontratual, com possibilidade de conhecimento de ofício no Brasil, passamos para a exposição da última causa de extinção do direito à indenização a ser desenvolvida neste trabalho.

³⁵¹ PINTO, Rui – *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. p. 355.

³⁵² CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 133.

³⁵³ CARVALHO, Raquel - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. p. 114.

³⁵⁴ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Anotado**. p. 121.

3.8 – Renúncia ao direito à indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual do Estado

Embora não se trate de excludente específica da matéria de responsabilidade civil, tratando de causas que podem levar ao impedimento e exclusão da obrigação do Estado ou ente público de indenizar, deve ser tratada a hipótese de renúncia da vítima ao recebimento de reparação ou compensação pecuniária pelo evento danoso sofrido. Nesse caso, são ultrapassadas as fases de apuração dos pressupostos de configuração da responsabilidade civil do Estado, sendo certa a existência do dano e o nexo de causalidade entre a ação do ente público e o fato lesivo causado. Todavia, à semelhança do que ocorre com a prescrição, pode ser verificada a existência de um ato jurídico que seja impeditivo da exigibilidade da indenização, no caso, a renúncia ao direito que tenha sido regularmente feita pelo lesado.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e GUSTAVO TEPEDINO lecionam que a renúncia se constitui em modalidade de extinção subjetiva de um direito através de um ato unilateral e independente de suas consequências. Distingue-se a renúncia abdicativa (sem favorecer qualquer terceiro) de translativa (que envolve cessão de direito). Com a renúncia, na modalidade abdicativa propriamente dita, ocorre o desaparecimento do direito para o seu titular, sem criação de relação jurídica para outra pessoa, embora seja certo que haja uma repercussão na esfera patrimonial daquele que seria obrigado a indenizar. Ademais, a renúncia envolve um direito privado e patrimonial de seu titular, pressupondo sua capacidade jurídica e vontade inequívoca e sem vícios, além de não depender da aceitação daquele em favor de quem é feita a renúncia. Ainda, a renúncia é irrevogável e, uma vez perfectibilizada, descabe ao renunciante ou aos seus herdeiros pleitear a indenização que já não lhes é devida. Por fim, a renúncia não é válida com relação a eventuais direitos na hipótese de vir a sofrer um dano, somente podendo ser feita em relação a um direito já existente.³⁵⁵

Sobre o tema da renúncia, o Superior Tribunal de Justiça julgou um caso em que não houve propriamente uma renúncia por ato unilateral, mas sim um acordo extrajudicial firmado entre as partes previamente à ação judicial em que pretendido o pagamento de indenização por danos materiais e morais em decorrência de rompimento de barragem, que inundou e alagou uma residência. Nesse julgado, a defesa apresentada pelo Estado não foi

³⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil**. p. 401-402.

acolhida, pois não foi comprovada pelo Estado a existência de renúncia ao direito de indenização da vítima ou quitação plena da reparação do dano sofrido.³⁵⁶

Anota-se, a partir deste julgado, a característica de que, tratando-se de responsabilidade do Estado, o ônus da prova da exclusão do dever de indenizar cabe ao próprio Estado, sendo causa extintiva de um direito alegado pelo lesado.

³⁵⁶ AgRg no AREsp n.º 703.500, 2.ª Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 13/10/2015, DJe 23/10/2015 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1451901&num_registro=201501011307&data=20151023&formato=PDF

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, diferentes questões gerais envolvidas na responsabilidade civil extracontratual do Estado foram pesquisadas, iniciando pela análise do tema em perspectiva histórico-evolutiva, vinculada ao surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito e dos direitos fundamentais. São questões intrinsecamente ligadas e que devem ser conhecidas para a compreensão histórica e adequada hermenêutica da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função administrativa na atualidade, tanto em Portugal, como no Brasil.

O primeiro capítulo, dessa forma, buscou demonstrar historicamente que a responsabilização civil extracontratual do Estado, tanto por ações, como por omissões, foi uma conquista construída em paralelo e conjuntamente com o Estado de Direito, tanto em Portugal, como no Brasil. Em ambos os Países, as Constituições vigentes dedicaram-se à afirmação de direitos fundamentais e, nessa toada, à responsabilização do Estado por danos causados a particulares. Trata-se de princípio de proteção das pessoas, físicas ou jurídicas, diante do exercício das atribuições dos entes públicos enquanto poder estatal e dos danos que podem ser causados nessa atividade, configurando, ao mesmo tempo, uma garantia institucional e um direito fundamental.

Registramos que o princípio da responsabilidade civil do Estado nem sempre esteve presente ao longo da história, pois havia o entendimento de que os entes estatais, dotados de soberania, não atuavam de forma a prejudicar os cidadãos. Assim, a ausência de responsabilidade dos entes públicos por danos que causassem aos particulares não se mostrava historicamente e ideologicamente desarrazoada, pois conectada inicialmente ao absolutismo real e ao dogma de inexistência ou impossibilidade de erro e, mais tarde, como decorrência do princípio de atuação do Estado sempre voltada à realização do interesse público. Somou-se a essa ideia a concepção de que o princípio da separação de poderes não permitiria ao Judiciário intervir nessa seara, impondo ônus aos demais poderes. Todavia, a evolução do próprio Estado de Direito, até chegar aos textos constitucionais hoje vigentes em Portugal e no Brasil, demonstrou a superação dessa compreensão histórica, pois o ordenamento jurídico é oponível a todos, inclusive aos entes públicos.

Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e do rol de direitos fundamentais passou a exigir uma atuação vasta e diversificada dos entes públicos, levando a possibilidades igualmente ampliadas de geração de danos a direito de particulares, com isso

expandindo-se as hipóteses de responsabilização civil extracontratual do Estado. Nesse sentido, coloca-se o desafio de um ponto de equilíbrio diante da finitude e escassez de recursos públicos, com afirmação do direito fundamental à responsabilização do Estado por danos causados, sopesado, assim como outras prestações a cargo dos entes públicos, por uma “reserva de possibilidade social”.³⁵⁷

Ainda no primeiro capítulo, procuramos afirmar o conceito da responsabilidade civil extracontratual do Estado como a obrigação de reparar economicamente os eventos danosos que atinjam a esfera jurídica garantida de outrem e que sejam imputáveis ao ente público por atos e omissões, ilícitos ou lícitos, materiais ou jurídicos.³⁵⁸ Ademais, traçamos a distinção de outras hipóteses jurídicas que imputam ao Poder Público o dever de indenizar, do que é exemplo a *indenização pelo sacrifício de direito* em caso de desapropriação ou expropriação.³⁵⁹ Observamos, ainda, que a posição jurídica do Estado, com atuação necessariamente legitimada pelo ordenamento jurídico, por sua multiplicidade de deveres e tarefas a serem desempenhadas no interesse de todos, deve ser distinta dos particulares, com regras próprias para sua responsabilização.³⁶⁰

No plano histórico-evolutivo da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com vinculação ao desenvolvimento e expansão do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, expusemos as teorias que foram sucessivamente construídas, a começar pela *teoria da irresponsabilidade do Estado*, em que não havia formas de tutela de direitos particulares lesados por atos do poder público, passando pela fundamentação da responsabilidade do Estado em *teorias civilistas* ou da responsabilidade pela culpa, até chegar às *teorias publicistas*, com as vertentes da *teoria da culpa do serviço* (também denominada de *culpa administrativa* ou *do acidente administrativo*) e *teoria do risco*, contemplando possibilidade de responsabilidade de natureza objetiva.

No segundo capítulo passamos ao estudo dos quadros normativos em Portugal e no Brasil, bem como dos pressupostos de configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Em Portugal, salientamos que, à semelhança dos demais países europeus, por longo tempo vingou a ideia da ausência de mecanismos efetivos de responsabilidade do Estado, apenas sendo possível demanda contra seus funcionários ou

³⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. p. 61.

³⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. 33.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 1025.

³⁵⁹ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 259.

³⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. p. 1.031

agentes pelos erros e abusos que fossem cometidos. Após algumas modificações legislativas, sucessivamente ampliando as hipóteses, o ordenamento jurídico de Portugal modificou-se expressivamente com a Constituição de 1976, que consagrou, especialmente em seu art. 22.º, princípio geral de responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas, consolidando a linha da autonomia publicista e possibilitando a criação de outras regras para a responsabilidade civil do Estado.³⁶¹ No mesmo sentido, Portugal também recebeu a influência da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),³⁶² da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH).³⁶³

Todavia, destacamos que o Tribunal Constitucional não reconheceu a qualidade de aplicação direta e imediata ao artigo 22.º da CRP. Somente em 2007, a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, instituiu o novo Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, atualmente em vigor, no qual, além da responsabilidade por atos ligados a funções jurisdicionais (artigo 12.º) e político-legislativas (artigo 15.º), são previstas regras para três subespécies de responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa: i) responsabilidade por fato ilícito, baseada na culpa (leve, grave e dolo, além de culpa anônima e culpa coletiva - artigos 7.º a 10.º); ii) responsabilidade pelo risco, de caráter objetivo (artigo 11.º); iii) indenização pelo sacrifício, de caráter objetivo por fatos lícitos (artigo 16.º).

No Brasil, após discorrermos acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado nas diferentes Constituições que se sucederam e a constatação doutrinária de que a teoria da irresponsabilidade do Estado nunca chegou a ser plenamente considerada pela doutrina e pela jurisprudência,³⁶⁴ salientamos que o Código Civil de 1916 trouxe disposição expressa sobre a responsabilidade do Estado que, por sua redação ambígua, gerou diferentes interpretações sobre a natureza subjetiva da responsabilidade, que prevaleceu, ou objetiva, já no campo de aplicação da teoria publicista do risco.³⁶⁵ Após descrição das sucessivas Constituições, com inclusão de regra sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado a partir da Constituição de 1946, chegou-se ao regime vigente. A Constituição brasileira de 1988 consagrou, em seu artigo 37, § 6.º, a responsabilidade civil extracontratual do Estado em moldes gerais, sem restrição de matéria, de caráter objetivo, bem como a responsabilidade

³⁶¹ VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 31-33.

³⁶² PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 12.

³⁶³ PEDRO, Ricardo - **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 12-13.

³⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. p. 648.

³⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. p. 245.

subjetiva dos servidores públicos. Registramos que o novo Código Civil, de 2002, trouxe disposição menos abrangente que a da Constituição de 1988, com o que o artigo 37, § 6.º, da CRFB de 1988 é o fundamento utilizado em todos os julgados para decidir sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, norma autoaplicável e de eficácia plena. Salientamos, neste quadro normativo vigente e em diferença substancial de Portugal, que até o momento o Brasil não possui lei específica para tratar da matéria.

Ressaltamos, dessa forma, que, não obstante a semelhança de redação do artigo 37, § 6.º, da CRFB e do artigo 22.º da CRP, a sua interpretação afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, pela jurisprudência e doutrina brasileiras, conferindo eficácia plena e aplicação direta, diverge substancialmente do entendimento acerca do artigo 22.º da CRP que fixou o Tribunal Constitucional de Portugal.³⁶⁶ Nesse sentido, destacamos a importância elevada da jurisprudência no Brasil, que traça os contornos do próprio direito na área da responsabilidade civil extracontratual do Estado, como forma de sanar o vácuo legislativo infraconstitucional e garantir efetividade ao artigo 37, § 6.º, da Constituição de 1988. Identificamos aqui uma importante distinção entre Portugal e o Brasil.

Por outro lado, apontamos a existência de um relevante dissenso doutrinário e jurisprudencial no Brasil acerca da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil extracontratual do Estado quando se tratar de reparação de dano causado por omissão do ente estatal. Há julgados, aplicando a mesma disposição constitucional como fundamento, que apresentam diferentes interpretações baseadas em estudos doutrinários, ora considerando objetiva a responsabilidade, ora subjetiva, ainda não havendo decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal quanto a essa matéria.

Feita a exposição acerca do quadro normativo em Portugal e no Brasil, passamos à análise dos pressupostos de caracterização da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa. Os pressupostos comuns à responsabilidade por fatos lícitos e ilícitos são o dano, a ação ou omissão qualificada juridicamente e imputável a ente público e nexo de causalidade. Ademais, na hipótese de responsabilidade delitual ou por fatos ilícitos, somam-se mais dois requisitos: ilicitude e culpa ou sucedâneo. Salientamos que o ordenamento jurídico brasileiro não distingue essas duas modalidades, adotando a responsabilidade objetiva de forma indistinta para fatos lícitos ou ilícitos, no que se difere de Portugal. Por fim, como requisito de índole negativa, descrevemos

³⁶⁶ A esse respeito, verificar comentários e conteúdo da nota de rodapé n.º 82 desta dissertação. VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. p. 41.

a inexistência de causas excludentes da responsabilidade, com atuação e incidência sobre os pressupostos da responsabilidade, do que são exemplos as hipóteses de força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiro.

Sobre a teoria de determinação causal, apontamos que a jurisprudência majoritária no Brasil adota a chamada de *teoria dos danos diretos e imediatos* ou *teoria da causa próxima* ou *teoria da interrupção do nexo causal*, o que também ocorre na redação do artigo 403 do Código Civil Brasileiro. Assim, a afirmação da responsabilidade se dá quando a ação produziu de modo direto e imediato a lesão causada àqueles que reclamam a reparação, com proximidade decorrente de sua relevância na ocorrência do dano ou pela cronologia, dependendo da avaliação do caso concreto.³⁶⁷ Em Portugal, por sua vez, de acordo com o disposto no artigo 563.º do CC, é adotada a *teoria da causalidade adequada na formulação negativa*.³⁶⁸

Já na terceira parte da dissertação, dedicada propriamente às causas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado pelo exercício da função administrativa, bem como de impedimento ao exercício do direito à indenização, expusemos as observações feitas por PAULO OTERO, que chama atenção para a posição contramajoritária em que se encontra o estudo de causas excludentes de responsabilidade civil administrativa,³⁶⁹ pois a evolução do Estado do Direito, superando longo período em que afirmada a irresponsabilidade, tornou incontestes o princípio da responsabilidade civil extracontratual dos entes públicos, tanto como garantia institucional, base do ordenamento jurídico, quanto como direito fundamental. Nessa linha, buscamos identificar os valores que fundamentam a aplicação de causas excludentes de responsabilidade do Estado, ligados ao princípio da igualdade de todos que estão submetidos à mesma ordem jurídica e ao princípio da justa repartição dos encargos públicos, considerando os recursos necessários à satisfação das indenizações devidas que devem ser suportados por todos. Trata-se, ademais, de um princípio de justiça que interessa a todos, com indenização adequada à reparação dos prejuízos efetivamente causados por ação ou omissão do Estado.

Na sequência da exposição, afirmamos que a maior ou menor relevância atribuída por um ordenamento jurídico à previsão e aplicação de causas de exclusão da responsabilidade do Estado vincula-se aos valores que predominam no País. Assim, um

³⁶⁷ MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. p. 267-268.

³⁶⁸ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 18.

³⁶⁹ OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérulo Correia – Volume II**. p. 967.

Estado com posição ideológica mais garantística dos direitos dos cidadãos, terá menos espaço jurídico e atribuirá menor eficácia a causas excludentes de responsabilidade do Estado. De outra parte, nos espaços em que seja dominante uma ideologia pró-Estado, maior importância e aplicação de causas de exclusão da responsabilidade civil administrativa. Nessa linha, trouxe o exemplo do ordenamento jurídico da Espanha, no qual a feição garantística do Estado na área da responsabilidade civil dos entes públicos é ampla, com predomínio da responsabilidade objetiva e reduzido espaço a causas de exclusão, inclusive em comparação com França, Portugal e Brasil.

Ainda no plano introdutório das causas excludentes da responsabilidade, apresentamos a conceituação doutrinária de *pré-exclusão* da possibilidade de responsabilização quando os pressupostos necessários à sua afirmação não se realizem, sequer chegando ao plano da existência, tomando como exemplo um dano que, inicialmente imputado a uma omissão do Estado, tenha sido causado por força maior.³⁷⁰ Havendo causa concorrente ou concausa relevante, como a combinação da atuação do Estado com a culpa do ofendido, tecnicamente estaria configurado um fator *pré-atenuante* da responsabilidade.³⁷¹ Outros autores ainda fazem essa importante distinção técnica, todavia decidimos pelo uso, neste estudo, da terminologia mais comum na doutrina e na jurisprudência acerca da matéria, que são as causas de exclusão, sem deixar de valorar os conceitos de causas de pré-exclusão ou de pressupostos negativos³⁷² como metodologia de aplicação das excludentes nos casos concretos.

Quanto ao ônus da prova, afirmamos que a prova das causas excludentes de responsabilidade, que favorecem a defesa do Estado como demandado, como regra geral, constitui ônus do ente público, o que se verifica em Portugal e no Brasil. Cabe ao lesado a prova dos pressupostos positivos da responsabilidade civil do Estado. Ademais, é admitida a consideração de presunções legais, a exemplo do disposto no artigo 10.º, n.º 2, do RRCEE, que estabelece presunção de culpa leve quando praticado ato ilícito, gerando a inversão do ônus da prova.

Seguindo nessas premissas teóricas, buscamos analisar os casos em que as alegações de danos não seriam suficientes a configurar um evento que merecesse reparação

³⁷⁰ ALVES, Vilson Rodrigues – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário** – Tomo I. p. 139-140.

³⁷¹ LOBÃO, Marcelo Meirelles – **Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade**. p. 70.

³⁷² OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública por Facto Ilícito. In MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérulo Correia** – Volume II. p. 965.

por parte do ente público, distinguindo, como exemplo, danos morais indenizáveis em relação a meros dissabores ou incômodos, com prejuízo irrelevante, afirmando-se que essa avaliação é feita em Portugal e no Brasil. Ademais, apontamos a superação do conceito de *danos anormais* em Portugal para justificar a indenização decorrente da responsabilidade civil extracontratual do Estado em geral, ficando o conceito restrito à hipótese da chamada *indenização pelo sacrifício*. Concluímos a análise da qualificação do dano indenizável quando ultrapassada a barreira dos danos meramente possíveis ou eventuais e, no caso de danos não patrimoniais, dos meros dissabores ou transtornos normais da vida em sociedade.

Com relação ao segundo elemento necessário à afirmação da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, passamos ao estudo da ação causadora do dano, que deve ser qualificada pela vinculação ao Estado, respondendo quando seus agentes estiverem no exercício das suas funções e atuarem por causa desse exercício. As situações distintas exigem um esforço interpretativo que é bastante enriquecido pela doutrina e jurisprudência, tanto em Portugal, como no Brasil.

Em Portugal exclui-se a responsabilidade do Estado quando os danos tiverem sido causados por titulares de órgãos, funcionários e agentes fora do exercício das funções ou, embora no exercício das funções, não por causa desse exercício, por isso qualificando-se como atos pessoais dos seus autores materiais.³⁷³ Ademais, embora ainda vigente o regime previsto no artigo 501.º do Código Civil português para os “atos de gestão privada”, a distinção dos “atos de gestão pública” é vista com algumas reservas, especialmente pela dificuldade de diferenciação em muitas situações ou, ainda, por não haver referência expressa a esses dois diferentes regimes ou, por fim, pela sua possível inadequação diante do artigo 22.º da CRP.³⁷⁴

Nessa matéria, salientamos que no Brasil não se aplica o regime previsto no artigo 37, § 6.º, da CRFB, da responsabilidade civil extracontratual do Estado, e sim as regras gerais de responsabilidade, quando os atos são praticados por pessoas jurídicas nas quais há participação do Estado brasileiro, todavia não prestam serviços públicos e dedicam-se à exploração de atividades econômicas em geral, em condições de igualdade com particulares.

Considerando os pressupostos específicos da responsabilidade administrativa delitual, prevista nos artigos 7.º a 10.º do RRCEE, sem modalidade similar no Brasil, abordamos as causas de justificação ou exclusão da ilicitude, que dizem respeito ao

³⁷³ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas** – Anotado. p. 141 e 142.

³⁷⁴ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 15.

cumprimento de um dever jurídico, ao exercício regular de uma permissão conferida pela lei (do que são exemplos a legítima defesa e o estado de necessidade) e ao consentimento do lesado, quando cabível.

Por outro lado, também relacionadas à responsabilidade administrativa delitual, as causas de exclusão da culpa do agente igualmente foram objeto de exposição, situação que pode levar ao afastamento da censura à conduta pessoal do agente, embora não exclua a possibilidade de responsabilização do Estado em hipótese de responsabilidade pelo risco. É o que ocorre com o erro desculpável, que leva a uma ação baseada em falsa representação da realidade, e com o estado de necessidade desculpante.

Seguindo na exposição, chegamos às hipóteses em que verificamos causas que rompem o nexo de causalidade inicialmente e aparentemente configurado, afastando a responsabilidade civil do Estado, inclusive quando fundamentada no risco, além da modalidade delitual. Há ainda hipóteses de concorrência de causas, levando à diminuição da indenização que venha a ser devida. Por fim, há ainda causas que, embora não afetem a concretização de hipóteses de responsabilização, afastam a obrigação do Estado quanto ao pagamento da indenização.

As primeiras causas de exclusão do nexo causal analisadas foram a força maior e o caso fortuito, em relação às quais afirmamos que parte dos autores brasileiros, inclusive apoiada na previsão existente no Código Civil brasileiro, afirma a irrelevância de distinção conceitual dessas figuras jurídicas, que não possuem uniformidade de critérios na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Todavia, relatamos que a França e a Espanha possuem normas que distinguem os efeitos das duas figuras jurídicas, tendo a força maior os atributos de imprevisibilidade, inevitabilidade e externalidade, podendo levar à exclusão total ou parcial da responsabilidade. O caso fortuito, embora possa ter as características da imprevisibilidade e da inevitabilidade, é interno ao serviço em que ocorre, por isso não sendo causa de exoneração da responsabilidade nos dois países.

Em Portugal, a força maior e o caso fortuito podem ser causas de exclusão da responsabilidade, total ou parcial, dependendo da configuração das características da imprevisibilidade, da inevitabilidade e da externalidade em relação ao serviço ligado ao dano ocorrido. Caso haja relação ao serviço público, permanecerá a responsabilidade pelo risco, total ou parcial. No Brasil, não obstante a ausência de uniformidade conceitual na doutrina e na jurisprudência, sem a afirmação de distinção entre caso fortuito e força maior no ordenamento, as soluções tendem a ser assemelhadas a Portugal.

De outra parte, o chamado fato exclusivo do lesado ou culpa exclusiva da vítima apresenta-se como mais uma causa de exclusão da responsabilidade civil extracontratual do Estado, fazendo com que não exista o nexo causal entre o evento lesivo e a ação atribuída ao Estado. Todavia, o Código Civil brasileiro não trouxe disposição expressa acerca do fato exclusivo da vítima como excludente de responsabilidade, apenas determinando a sua influência no plano da indenização (artigo 945 do CC). Em Portugal, o artigo 4.º do RRCEE trata de forma específica da culpa do lesado, igualmente como fator de exclusão ou redução da indenização requerida, acrescentando-se que a referência feita nesse dispositivo à expressão “não utilização da via processual adequada à eliminação dos danos” trata-se de mera hipótese exemplificativa. Do mesmo modo, o Código Civil de Portugal, em seu artigo 570.º, traz a culpa do lesado em disposição de cunho geral, que igualmente pode gerar a exclusão ou redução da indenização.

Na mesma linha, no Brasil, o fato de terceiro, também chamado culpa de terceiro, gera o rompimento do nexo de causalidade entre uma ação atribuída ao Estado e o dano cuja reparação é pretendida, levando à exclusão da responsabilidade civil extracontratual do ente público demandado. Nesse caso, deve ser identificada a existência de um terceiro envolvido na relação de causalidade, bem como a natureza e a extensão de sua ação, mesmo que a pessoa não seja identificada, a fim de que seja avaliado o rompimento ou não do nexo de causalidade inicialmente apontado com a atuação do Estado. Salientamos que, caso um fato inevitável e externo à conduta do agente produza um dano, sem possibilidade de atribuição a uma pessoa, identificada ou não, caracterizar-se-á situação de caso fortuito, e não fato de terceiro.³⁷⁵

Em Portugal, no entanto, o tema do “fato de terceiro” recebe solução jurídica diversa. O artigo 11.º, n.º 2, do RRCEE determina que, em caso de responsabilidade administrativa pelo risco, havendo um fato culposo de terceiro que tenha concorrido para a ocorrência ou agravamento dos danos, há responsabilidade solidária dos entes públicos envolvidos, que poderão exercer direito de regresso contra o terceiro. Assim, o Estado recebe uma atribuição de garante da responsabilidade de terceiro.

Passando para as causas de impedimento da obrigação de indenizar, mesmo que configurada a responsabilidade, de início dedicamos o estudo à matéria da prescrição. Discorreremos acerca dos prazos de prescrição em Portugal e no Brasil, que diferem não só quanto à regra geral de extensão (cinco anos no Brasil e três anos em Portugal), mas também

³⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 492.

quanto ao seu termo inicial e causas de suspensão e interrupção. Em Portugal, outra distinção a ser feita diz respeito ao tratamento legal distinto quando o mesmo fato constituir um ilícito penal, situação em que a prescrição se regula pelo prazo aplicável pelo Direito Penal se for mais extenso.

Apontamos que no Brasil há ações consideradas imprescritíveis, concernentes à reparação de danos ocorridos durante a ditadura militar, em decorrência de perseguição, tortura e prisão por motivação política. Esse entendimento resultou de decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça, com o fundamento de que os eventos lesivos dessa ordem violaram valores básicos do sistema jurídico brasileiro, atacando direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Outra distinção a ser feita entre o quadro normativo de Brasil e Portugal diz respeito à possibilidade de renúncia à prescrição por parte dos entes públicos, inclusive por aplicação da regra geral disposta no artigo 191 do Código Civil. Em Portugal, considerando que o artigo 5.º do RRCEE utilizou a técnica da remissão direta aos dispositivos do CC que tão só regulam o prazo e as causas de interrupção e prescrição, sem referência aos outros temas, bem como por se tratar de direitos indisponíveis, não é admitida a renúncia a prescrição e ao direito de regresso. Ainda, no Brasil, a partir da reforma processual civil de 2006, a prescrição pode ser conhecida de ofício. Diversamente, em Portugal, não é admitida essa possibilidade, devendo ser alegada a prescrição pela parte a quem aproveita.

Por fim, o último impeditivo sobre o qual nos debruçamos neste estudo diz respeito à hipótese de renúncia do lesado ao recebimento de reparação ou compensação pecuniária pelo dano sofrido. Trata-se de modalidade de extinção subjetiva de um direito através de um ato que o faz desaparecer para o seu titular, envolvendo uma questão privada e patrimonial de seu titular, tendo por pressuposto a capacidade jurídica e a vontade inequívoca e sem vícios. O ato de renúncia possui característica de irrevogabilidade, todavia só tendo validade em relação a um direito já existente, e não a direitos eventuais e incertos. Ademais, o ônus da prova da exclusão do dever de indenizar cabe ao Estado, pois se trata de causa extintiva de um direito alegado pelo lesado.

Em apertada síntese, procuramos reunir o resultado da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada na área da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo exercício da função administrativa, com especial ênfase para os seus pressupostos, para as causas de sua exclusão e de atenuação, bem como as situações jurídicas impeditivas do pagamento da indenização. Buscamos realizar um estudo em paralelo entre os ordenamentos de Portugal e do Brasil, bem como da França e da Espanha em relação a algumas causas de

exoneração da responsabilidade do Estado, o que afirmamos que enriqueceu sobremaneira o conhecimento colhido durante a realização do trabalho. Embora com alguns pontos comuns, as realidades normativas e de jurisprudência são muito distintas, a começar pela grande diferença que decorre da ausência de um diploma legal que discipline a matéria no Brasil.

Reafirmamos, ao final deste trabalho, a atualidade e constante evolução do tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado em todas as suas feições, envolvendo a função administrativa, legislativa e judiciária. Seus fundamentos estão conectados umbilicalmente com o Estado de Direito, com limitação e responsabilidade no exercício das atribuições públicas, bem como com a realização dos princípios da legalidade e da igualdade na distribuição dos encargos públicos.³⁷⁶

Com o Estado cada vez mais exigido por prestações ligadas especialmente à realização de direitos fundamentais, aliado ao dinamismo da vida moderna (uma sociedade multifacetada e plural), novas situações fáticas complexas e questões jurídicas vão sendo postas para solução. Desse modo, o campo da responsabilidade civil do Estado possui fundamental importância no século XXI, estruturando-se, sem prejuízo de outros princípios, a partir da afirmação, de um lado, da primazia do interesse do lesado, portador de direito fundamental, restaurando adequadamente a situação abalada pelo dano, e, de outro, da solidariedade social, distribuindo equitativamente por todo o corpo social o prejuízo causado, sem desconsiderar a finitude dos recursos públicos necessários para todas as finalidades estatais.³⁷⁷

Ao final, registramos que, sobretudo considerando essa multiplicidade de situações fáticas e de questões jurídicas que se apresentam rotineiramente quanto à responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto em Portugal, como no Brasil, certamente não temos a pretensão de ter esgotado os temas tratados, especialmente as causas de exclusão. Todavia, respeitando os limites e a finalidade desta dissertação, procuramos apresentar os aspectos que avaliamos mais relevantes para uma compreensão adequada do objetivo proposto.

³⁷⁶ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores) – **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 984.

³⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. p. 995-997.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de – *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 978-972-54-0384-6.

ALVES, Vilson Rodrigues – **Responsabilidade Civil do Estado por Atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – Tomo I**. Campinas: Bookseller, 2001. ISBN 85-7468-104-0.

ALVIM, Agostinho – **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMARAL, Diogo Freitas do – **Curso de Direito Administrativo - Volume II**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6496-3.

AMORIM, Camila Silva de – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal. Um exemplo a ser seguido. *In* **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional – Ano 3 – N.º 11**. Belo Horizonte: Fórum, janeiro/março 2003. ISSN 1516-3210.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos. *In* **Revista de Legislação e de Jurisprudência - Ano 137.º - N.º 3951**. Coimbra: Coimbra Editora, julho-agosto de 2008.

_____ - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4669-3.

BÜHRING, Marcia Andrea – **Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. ISBN 85-7647-028-4.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1931-9.

CAETANO, Marcello – **Manual de Direito Administrativo – Vol. I**. 10ª ed. rev. e actualiz. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-0287-3.

CAHALI, Yussef Said – **Responsabilidade Civil do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5254-0.

CALDEIRA, Marco – *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6.

CAMPOS, Gabriel de Britto – Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado. *In* **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 11, n.º 126, p. 43-57, ago/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. Depósito legal n.º 72675/93.

_____ - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CARVALHO, Raquel – *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 978-972-54-0384-6.

CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5637-6.

CORDEIRO, Karine da Silva - **Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. ISBN 978-85-7348-800-5.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – **Direito das Obrigações**. 12.^a ed. rev. e actualiz. - 4.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4033-2.

DIAS, José de Aguiar – **Da Responsabilidade Civil - Volume 2**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

EGÍDIO, Mariana Melo – *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1408-1.

FERREIRA, Daniel – Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias. *In* GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coordenadores) – **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 85-7674-513-5.

FRADA, Manuel A. Carneiro da – **Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso**. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2758-6.

GALVÃO, Filipa – Artigo 1.º - Âmbito de Aplicação. *In* MEDEIROS, Rui (Organizador). **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 978-972-54-0384-6.

GARCIA, António Dias – *In* QUADROS, Fausto (Coordenador) – **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. Depósito legal 205858/04.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *In* CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores) – **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN 978-85-53172-64-1.

GOMES, Carla Amado – A responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro. *In* **Revista Julgar** – N.º 5. Lisboa: Almedina, 2008.

– Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *In* **Revista do Centro de Estudos Judiciários** - 2014 – II. p. 203-244.

GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis – Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas. *In* **Revista de Direito Público e Regulação** nº 5. Coimbra: Março de 2010. ISSN 1647-2306.

GONZÁLEZ, José Alberto – **Direito da Responsabilidade Civil**. Lisboa: Quid Juris, 2017. ISBN 978-072-724-774-5.

GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello – Hipóteses de Não Incidência de Responsabilidade Civil do Estado. *In* GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coordenadores) – **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. ISBN 85-7674-513-5.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha – **Prescrição e Decadência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

LEAL, Antônio Luís da Câmara – **Da Prescrição e da Decadência**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

LOBÃO, Marcelo Meirelles – **Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-858-9.

MACHETE, Pedro – Indemnização pelo Sacrifício. *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) - **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 978-972-54-0384-6.

MAFFINI, Rafael - **Elementos de Direito Administrativo – Atualizado até a Lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. ISBN 978-85-69538-52-3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel – **Curso de Processo Civil – Volume 2 – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. 5ª ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-273-6.

MEDAUAR, Odete - **Direito Administrativo Moderno**. 16.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 978-85-203-4279-4.

MEDEIROS, Rui - *In* MEDEIROS, Rui (Organizador) – **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 978-972-54-0384-6.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel – **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. ISBN 978-85-7420-999-9.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de - **Curso de Direito Administrativo**. 33.^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. ISBN 978-85-392-0347-5.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de - **Princípios Gerais de Direito Administrativo – Volume 2**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de – **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8330-7.

MESQUITA, Maria José Rangel de – Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública. *In* QUADROS, Fausto de (Organizador). **Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública**. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2004. Depósito legal 205858/04.

– **O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3760-8.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de – **Tratado de Direito Privado – Tomo XXIII**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º**. 2.^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1822-0.

NASSAR, Elody – **Prescrição na Administração Pública**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07200-8.

NOVAIS, Jorge Reis - **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1254-4.

– **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

OTERO, Paulo – Causas de Exclusão da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública. *In* MIRANDA, Jorge (Coordenador) – **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume II**. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. ISSN 0870-3116.

– **Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade Constitucional.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4149-0.

– **Direito Constitucional Português – Volume II – Organização do Poder Político.** Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4185-8.

– Direito fundamental à responsabilidade civil dos poderes públicos e a crise financeira: esboço de uma metódica ponderativa de restrição. *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência.** Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6.

PAILLET, Michel; BALLESTEROS, Jesús María Carrillo (Tradutor) – **La Responsabilidad Administrativa.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. ISBN 958-616-531-0.

PARADA, Ramón – **Derecho Administrativo I – Parte general.** 12.^a ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000. ISBN 84-7248-812-8.

PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado.** Lisboa: AAFDL Editora, 2016. ISBN 978-972-629-062-9

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (Atualizador) – **Responsabilidade Civil.** 10.^a ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. ISBN 978-85-62490-86-6.

PÉREZ, Jesús González – **Responsabilidad Patrimonial de Las Administraciones Públicas.** 8.^a ed. Navarra: Thomson Reuters, 2016. ISBN 978-84-9099-847-2.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – **Direito Administrativo.** 23.^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5810-3.

PINTO, Rui – *In* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coordenadores) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e**

demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6.

RIZZARDO, Arnaldo – **Responsabilidade Civil.** 8.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8588-2.

SANTOS NETO, João Antunes dos – A Responsabilidade Pública no Direito Brasileiro e no Direito Estrangeiro - *In Revista de Direito Administrativo – RDA 239.* Rio de Janeiro: Renovar/Fundação Getúlio Vargas, janeiro/março 2005, p 255-298. ISSN 0034-8007.

SARLET, Ingo Wolfgang - **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. ISBN 85-7348-456-X.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário – Uma Proposta de Compreensão.** 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. ISBN 978-85-7348-873-9.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de – **Direito Administrativo Geral – Tomo III – Actividade administrativa. Responsabilidade civil administrativa (de acordo com o novo Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro).** Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008. ISBN 978-972-20-3629-0.

TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil: Volume único.** 8.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. ISBN 978-85-309-7796-2.

VARELA, João de Matos Antunes – **Das Obrigações em Geral – Vol. I.** 10.^a ed. rev. e actualiz. – 13.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-1389-3.

VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos – Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. *In MEDEIROS, Rui (Organizador).* **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013. ISBN 978-972-54-0384-6.

Jurisprudência

Portugal – Supremo Tribunal Administrativo

Processo n.º 030582, 1.ª Subsecção do Contencioso Administrativo, Relator Juiz Conselheiro Correia de Lima, Acórdão de 19/06/1992 - [Em linha]. [Consult. 24 Nov 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0127/03, 2.ª Subsecção do CA, Relator Juiz Conselheiro Alberto Augusto Oliveira, Acórdão de 31/05/2005 - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 01176/05, 2.ª Subsecção do CA, Relator Juiz Conselheiro João Belchior, Acórdão de 16/05/2006 - [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0301/07, 2.ª Subsecção do CA, Relator Juiz Conselheiro São Pedro, Acórdão de 05/06/2007 – [Em linha]. [Consult. 22 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0566/08, Pleno da Secção do CA, STA, Relator Juiz Conselheiro Pires Esteves, Acórdão de 14/01/2010 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 01504/13, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro São Pedro, Acórdão de 15/05/2014 - [Em linha]. [Consult. 24 Nov 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0531/17, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro São Pedro, Acórdão de 18/05/2017 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0484/17, 1.ª Secção, Relatora Juíza Conselheira Ana Paula Portela, Acórdão de 16/11/2017 [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0446/16, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Carlos Carvalho, Acórdão de 08/03/2018 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0644/11, 1.ª Secção, Relatora Juíza Conselheira Teresa de Sousa, Acórdão de 15/03/2018 - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Processo n.º 0482/17, 1.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Fonseca da Paz, Acórdão de 05/07/2018 - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Portugal – Supremo Tribunal de Justiça

Processo n.º 318/05.6TVPRT.P1.S1, 2.ª Secção, Relator Juiz Conselheiro Tomé Gomes, Acórdão de 24/05/2018 - [Em linha]. [Consult. 25 Fev 2020]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Portugal – Tribunal Central Administrativo Sul

Processo n.º 433/07, CA, Relator Juiz Desembargador Pedro Nuno Figueiredo, Acórdão de 16/01/2020 - [Em linha]. [Consult. 29 Jan 2020]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Portugal – Tribunal Central Administrativo Norte

Processo n.º 00346/11.BECBR, 1.ª Secção do Contencioso Administrativo, Relator Juiz Desembargador Luís Migueis Garcia, Acórdão de 15/11/2019 - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020]. Disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt>

Brasil – Supremo Tribunal Federal

RE n.º 130764, 1.ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 12/05/1992, DJ de 07/08/1992 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>

RE n.º 120924, 1.ª Turma, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 25/05/1993, DJ de 27/08/1993 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207366>

RE n.º 160401, 2.ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 20/04/1999, DJ de 04/06/1999 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213419>

RE n.º 387014 AgR, 2.ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 08/06/2004, DJ 25/06/2004 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358507>

RE n.º 363423, 1.ª Turma, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 16/11/2004, DJe-047 de 14/03/2008 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515169>

RE n.º 495740 AgR, 2.ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 15/04/2008, DJe-152 de 13/08/2009 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600790>

RE n.º 213525 AgR, 2.ª Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 09/12/2008, DJe-025 de 06/02/2009 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573811>

ARE n.º 713.814/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, Decisão monocrática, DJE n.º 219, divulgado em 06/11/2012 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=110283185&ext=.pdf>

Brasil – Superior Tribunal de Justiça

REsp n.º 12.840/RJ, 4.ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 22/02/1994, DJ 28/03/1994 - [Em linha]. [Consult. 12 Dez 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100148164&dt_publicacao=28/03/1994

REsp n.º 602.102, 2.ª Turma, Relator Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/04/2004, DJ 21/02/2005 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301921932&dt_publicacao=21/02/2005

REsp n.º 959.904, 1.ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=857611&num_registro=200701350111&data=20090929&formato=PDF

REsp n.º 963.353, 2.ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, Acórdão de 20/08/2009 - [Em linha]. [Consult. 28 Jan 2020] Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701448582&dt_publicacao=27/08/2009

REsp n.º 1137354, 2.ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000199631&dt_publicacao=08/03/2013

REsp n.º 1142245, 2.ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 05/10/2010, DJe 19/10/2010 - [Em linha] [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901005102&dt_publicacao=19/10/2010

AgRg no REsp n.º 1208096, 1.ª Turma, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001462020&dt_publicacao=02/02/2011

AgRg no AREsp n.º 4.684, 1.ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100573496&dt_publicacao=17/04/2012

REsp n.º 1251993, 1.ª Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1203264&num_registro=201101008870&data=20121219&formato=PDF

AgRg no AREsp n.º 703.500, 2.ª Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 13/10/2015, DJe 23/10/2015 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1451901&num_registro=201501011307&data=20151023&formato=PDF

REsp n.º 1122280, 1ª Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521469&num_registro=200802740674&data=20160628&formato=PDF

REsp n.º 1671569, 2.ª Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017 - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700981320&dt_publicacao=30/06/2017

AgInt no AgInt no REsp n.º 1631507, 2.ª Turma, Relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018) - [Em linha]. [Consult. 26 Fev 2019]. Disponível na Internet: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1631507&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

Brasil – Tribunal Regional Federal da 4ª Região

AC n.º 5011966-33.2018.4.04.7100, 4.ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 06/12/2018 – [Em linha]. [Consult. 21 Fev 2019]. Disponível na Internet: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=415441315033202024208496035&evento=490&key=0e1b6526e95286acec9aa7cd14e85cc32158bda248e2dba60c0ec3bff40d36c0&hash=eae19e1c6a1ead04fc9808f137bb93ae