
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, UM PARALELO ENTRE BRASIL E ITÁLIA

*THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE, A PARALLEL BETWEEN BRAZIL
AND ITALY*

Sandra Sordi

Advogada da União

Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade civil do Estado brasileiro; 1.1 Conceito de responsabilidade civil estatal; 1.2 Evolução das teorias da responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro; 1.3 A Legislação sobre responsabilidade civil da Administração no direito brasileiro; 1.4 Requisitos configuradores da Responsabilidade Objetiva do Estado; 1.5 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal; 2 Reconhecimento da responsabilidade da Administração Pública sob o enfoque da evolução jurisprudencial italiana; 2.1 Natureza da Responsabilidade da Administração Pública na Itália; 2.1.1 Tese da Responsabilidade Extracontratual; 2.1.2 Tese da Responsabilidade Contratual do Contrato Social Qualificado; 2.1.3 Tese da Responsabilidade *sui generis*;

2.2 Elementos caracterizadores da Responsabilidade da Administração Pública; 2.3 Síntese da Responsabilidade da Administração Pública na Itália; 2.4 O ressarcimento pelo equivalente; 2.5 Ressarcimento de forma específica; 2.6 Ressarcimento por *danno erariale*; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O objetivo deste estudo é comparar em linhas gerais o tratamento dado nos sistemas jurídicos brasileiro e italiano à temática da responsabilidade extracontratual do Estado. Dentre as peculiaridades de cada sistema jurídico, surge como ponto fulcral de divergência a necessidade imposta pelo direito italiano, para que se caracterize a responsabilidade da Administração Pública, que o particular lesionado prove que o evento danoso decorreu de culpa “lato sensu” da Administração Pública, sendo que no direito pátrio vigora a tese da responsabilidade objetiva pela Teoria do Risco Administrativo. Ademais, trata da responsabilização do agente público, explanando a teoria da responsabilidade por *danno erariale* e das formas de ressarcimento do dano sofrido pelo particular.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Extracontratual do Estado. Responsabilidade do Agente Público. Responsabilidade por *Danno Erariale*. Ressarcimento do Dano Injusto Sofrido pelo Particular.

ABSTRACT: The purpose of this study is to compare in general terms the treatment given to the thematic of the Extracontractual Liability of the state between the Brazilian and the Italian juridical systems. Among the peculiarities of each juridical system, a determining point of divergence comes to sight that is, the necessity imposed by the Italian Law in order to characterize the liability of the public administration; the private individual must prove that the personal injury occurred on account of the public Administration negligent culpa “lato sensu”, taking also into consideration the fact that in the Italian Law there is the thesis of the objective liability by the Theory of the Administrative Risk. Furthermore, it deals with ascribing responsibility to the public servant by defining the Theory of liability for *danno erariale* and of the ways of indemnification to the private individual who was victimized by a personal injury.

KEYWORDS: Extracontractual Liability of the State, Ascribing Responsibility to the Public Servant, Liability for “*Danno Erariale*”, Indemnification of the Unjust Private Injury to the Private Individual.

INTRODUÇÃO

A temática a ser tratada restringe-se a responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos, traçando um paralelo entre os sistemas jurídicos brasileiro e italiano.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

De início, cabe pontuar que contrariamente ao direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito, no direito administrativo, ela pode decorrer de comportamentos que embora lícitos, causem a determinadas pessoas ônus maior que o imposto aos demais membros da coletividade.

Como preleciona José Alfredo de Oliveira Baracho:

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, por comportamentos administrativos, origina-se da teoria da responsabilidade pública, com destaque para a conduta ensejadora da obrigação de reparabilidade, por danos causados por ação do Estado, por via de ação ou omissão. O dever público de indenizar depende de certas condições: a correspondência da lesão a um direito da vítima, devendo o evento implicar prejuízo econômico e jurídico, material ou moral.¹

1.2 EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução das teorias da responsabilidade civil estatal se sucedeu da seguinte maneira:

a) Irresponsabilidade do Estado

Durante à época dos Estados Absolutistas vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, que sendo soberano, não podia causar males. Daí se afirmar na França: “Le roi ne peut mal faire”, ou na Inglaterra: “The king do no wrong”.

¹ Apud MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*, p. 230.

Na prática, havia uma separação entre os agentes estatais e o Estado, de maneira que na melhor das hipóteses, se o particular lesado quisesse alguma reparação pelo prejuízo injustamente suportado, teria de exercer seus direitos diretamente em face do agente público.

Posteriormente, a construção pretoriana passou a reconhecer a responsabilidade do Estado, ainda que à margem de textos legislativos.

- e) *Teoria da Responsabilidade com culpa* (ou seja, deve ter culpa, com base em uma concepção civilista). Só haveria indenização caso o ato lesivo fosse ato de gestão, entendidos como tais, os atos praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, visando a consecução e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.

Exclui-se assim da responsabilização os danos decorrentes de atos de império, definidos como sendo aqueles praticados pela Administração com todas as prerrogativas de autoridade, decorrentes de um direito exorbitante imposto coercitivamente ao particular.

Desta feita, apartava-se a pessoa do Rei, insuscetível de erro, da pessoa do Estado, através de seus agentes, que praticavam atos de gestão.

- c) *Teoria da culpa administrativa (culpa anônima ou falta do serviço)* – Esta teoria não mais separa atos de império dos atos de gestão. Também chamada de teoria da culpa do serviço público, procura desvincular a responsabilidade do Estado da noção de culpa do agente público, vindo a considerar a culpa do serviço público, quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado, caracterizando assim, a “faute du service”, incidindo a responsabilidade do Estado, independentemente da aferição de culpa do agente público.
- d) *Teoria do risco administrativo*. Dispensa a verificação do fator culpa. Pode acionar diretamente o Estado, que responderá sempre que demonstrado o nexo de causalidade entre o ato do seu agente e o dano injustamente sofrido pelo particular.

Esta teoria funda-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, donde, para compensar essa desigualdade individual, pelo princípio da igualdade, surgirá a obrigação equitativa de todos os outros componentes

da coletividade de indenizar, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

Como bem preleciona José Afonso da Silva:

Advirta-se, contudo, que a teoria do *risco administrativo*, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o *risco administrativo* não se confunde com o *risco integral*. O *risco administrativo* não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova de culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.²

Na Teoria do Risco Administrativo permite-se afastar a responsabilidade estatal nos casos de exclusões do nexu causal, por fato exclusivo da vítima, caso fortuito e força maior, fato exclusivo de terceiro, ex: surfista ferroviário, chuvas torrenciais causadoras de enchentes, etc.

e) Teoria do Risco Integral

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco, onde o Estado deve indenizar em qualquer situação. Sustenta a indenização mesmo na culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Esta teoria foi abandonada na prática por levar a abusos e injustiça social, subsistindo apenas de maneira excepcionalíssima, por exemplo, para receber a indenização do DPVAT – seguro de acidente de carro que é pago, independentemente da culpa do acidentado.

1.3 A LEGISLAÇÃO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil estatal, no ordenamento brasileiro, está positivada no art.5, incisos V e X da Carta Magna:

Art. 5º caput – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30. ed. p. 632.

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No capítulo da Administração Pública da Constituição Federal Brasileira está prevista a responsabilidade civil objetiva em seu art. 37, § 6º:

Art. 37 ‘caput’ A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” e, também, ao seguinte: [...] § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ressalte-se que o termo agente mencionado no referido inciso 6º do artigo 37 da Constituição Federal deve ser interpretado em sentido amplo, segundo a teoria do riscos, considerando não apenas o servidor, que envolve a relação de trabalho, mas como também membros dos poderes da República, servidores, agentes sem vínculo típico de trabalho, agente colaboradores sem remuneração, etc. O Estado somente será responsável se o seu preposto estiver no exercício das funções ou esteja se conduzindo a pretexto de exercê-la. As pessoas jurídicas responsáveis poderão ser: União, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas, agentes políticos e pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

No âmbito das legislações infraconstitucionais, o Código Civil de 2002 traz em seu art.186 a regra geral da responsabilidade Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Já o art.188 do Código Civil brasileiro descreve atos que não constituem categoria de ato ilícito, afastando, assim, a responsabilidade civil.

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.

O Código Civil pátrio prevê em seu art. 927, parágrafo único, que independente de culpa, haverá obrigação de reparar o dano quando a atividade desenvolvida pelo agente causador do dano, pela sua própria natureza, causar risco para os direitos de outrem. Reza referido artigo:

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.

Insta alertar que o artigo 927 do código civil pátrio constitui-se numa cláusula geral de responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único. Em inovação importantíssima, podemos dizer que o ordenamento brasileiro, atualmente, vive um sistema dualista de responsabilidade civil em que coexistem o sistema subjetivo e objetivo através de suas cláusulas gerais (art. 186 e 927, parágrafo único do CC).

Exemplo de atividade que expõe a risco, na conformidade do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil é a atividade nuclear, dado a enormidade dos riscos decorrentes de sua exploração, também foi adotada a teoria do risco integral. A Constituição em seu art. 21, XXIII, “d” determina que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. Todavia, o art. 8º da Lei 6.453/77 exclui a responsabilidade do operador pelo dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

Conclui-se da análise da legislação pátria em vigor que a regra geral para que se configure a responsabilidade civil estatal nas ações comissivas do Estado é desnecessário provar culpa do agente ou do serviço público.

1.4 REQUISITOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Com relação aos requisitos para o dever de ressarcimento do Estado, são eles:

- 1) O responsável pelo ato danoso deve se revestir da qualidade de agente da administração pública, termo este, que abrange não só os servidores públicos, pessoas jurídico-políticas, como também as autarquias, as fundações as empresas

públicas e as sociedades de economia mista e, ainda, empresas permissionárias e concessionárias de serviço público.

- 2) Dano – a existência do dano correspondente a uma lesão de direito da vítima, certo e injusto. O dano poderá ser: emergente; lucro cessante; moral ou perda de uma chance.
- 3) Nexo de causalidade – é preciso que haja nexos de causalidade entre ato comissivo da Administração e o dano causado.

1.5 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Para sua defesa em juízo, o Estado poderá alegar: inexistência do fato administrativo, inexistência do dano, ausência do nexo causal, lesado foi o único causador do dano ou ao menos contribuiu de alguma forma para que o dano tivesse surgido (art. 945 CC), fatos imprevisíveis (caso fortuito ou força maior)

Observe-se contudo, que a ocorrência de força maior, somada à omissão da Administração, ensejará a responsabilização, como na hipótese de inundação provocada por tempestade e pela falta de limpeza das galerias pluviais (teoria da culpa do serviço público-*faute du service*).

Com relação a culpa da vítima é necessário se diferenciar se a mesma foi exclusiva ou concorrente. Se exclusiva, elide a responsabilidade do Estado, se concorrente, a atenua.

2 RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ENFOQUE DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ITALIANA

Na Itália, numa fase inicial a jurisprudência se posicionava de maneira bastante restritiva a respeito da tutela ressarcitória dos prejuízos decorrentes da lesão de interesses legítimos.

Eram dois os argumentos que sustentavam esse posicionamento mais restritivo, um deles de ordem substancial e outro de ordem processual. No plano substancial a jurisprudência identificava o dano injusto como a lesão a um direito subjetivo.

Sob o enfoque processual, a estrutura bifásica do sistema italiano de justiça administrativa era refratária a qualquer possibilidade de reconhecimento de responsabilidade da Administração Pública,

uma vez que o Juiz Ordinário, munido do poder de condenar ao ressarcimento do dano era privado de jurisdição perante uma demanda ressarcitória que tivesse por objeto o dano decorrente de lesão a um interesse legítimo de particular, por outro giro, o juiz administrativo podia conhecer dessa lesão a um interesse legítimo, mas era desprovido do poder de condenar ao ressarcimento do dano.

Ocorre, que uma radical inversão no enfoque da ressarcibilidade dos interesses legítimos ocorreu com a publicação da sentença nº 500 de 1999, com a qual a Corte de Cassação (2ª Instância da Justiça administrativa) esposou a tese segundo a qual o artigo 2043 do código civil italiano resume uma cláusula geral primária que atribui o direito ao ressarcimento do dano cada vez que ocorrer um dano injusto, reconhecendo de tal modo a falta de fundamento da tese que pretende limitar o ressarcimento apenas para as situações em que ocorrer lesão a um direito subjetivo, mas pelo contrário o dano deve ser ressarcido quando houver injusta lesão a qualquer interesse protegido pelo ordenamento, entretanto, este posicionamento não significa a ressarcibilidade indiscriminada de qualquer interesse legítimo, uma vez que para se ter direito a ressarcibilidade torna-se necessária a ocorrência concomitante dos requisitos objetivo e subjetivo do ilícito.

2.1 NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ITÁLIA

A natureza jurídica da responsabilidade da Administração Pública sempre foi objeto de debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Numa visão sintética, podemos dizer que no curso do tempo a responsabilidade da Administração Pública submeteu-se alternadamente aos seguintes paradigmas:

- Responsabilidade extracontratual;
- Responsabilidade contratual pelo inadimplemento da obrigação nascendo de um contrato social qualificado;
- Responsabilidade pré-contratual;
- Responsabilidade *sui generis*.

2.1.1 TESE DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL (AQUILIANA)

A primeira posição da jurisprudência a respeito da natureza jurídica da Administração Pública é aquela que a classifica como responsabilidade aquiliana com fundamento no artigo 2043 do código civil italiano, que reza:

“Art.2043. Risarcimento per fatto illecito.

Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.”³

Trata-se da tese abraçada pela sessão de cassação com a sentença n° 500 de 1999.

Nesse julgamento a sessão unida superou anterior orientação que identificava injustiça do dano com a mera lesão aos direitos subjetivos e definiu interesse legítimo com a posição de vantagem reservada a um sujeito em relação a um bem da vida objeto de um procedimento administrativo e consistente na atribuição a tal sujeito do poder de influenciar no correto exercício de poder, de modo a possibilitar a realização do interesse decorrente do bem.

Segue o histórico princípio estatuído pela Sessão Unida da Corte de Cassação com a sentença n. 500 depositada em 22 de julho de 2000.⁴

Risarcibilità dell’interesse legittimo: la storica sentenza delle Sezioni Unite

Cassazione civile , SS.UU., sentenza 22.07.1999 n° 500

La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l’attività illegittima della

3 “Qualquer fato doloso ou culposo que ocasiona a outrem um dano injusto, obriga aquele que praticou o fato a ressarcir o dano.” (tradução livre)

4 Sentenza n °. 500 de 22 de julho de 1999. (Altalex, 2 marzo 2000) in www.Altalex.com/index.php?idnot=364

P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

A sentença 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação fixou como requisitos da responsabilidade da Administração Pública:

- Ocorrência de evento danoso
- Estabelecer se o dano se qualifica como dano injusto, em relação à sua incidência sobre um interesse relevante do ordenamento. Este último pode assumir, indiferentemente seja a consistência de um direito subjetivo absoluto ou relativo, seja a forma de interesse legítimo, quando resulta funcional à proteção de um determinado bem da vida.
- Nexa causal
- Se o evento danoso decorreu de dolo ou culpa da Administração Pública (elemento subjetivo)

2.1.2 TESE DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO “CONTRATO SOCIAL QUALIFICADO”

Esta tese enquadra a responsabilidade da Administração no paradigma pré-contratual, sendo que a ruptura da tratativa entre particular e Administração, sem motivo idôneo que a justifique constitui para a Administração fonte de responsabilidade pré-contratual, uma vez que a Administração deve adotar um comportamento de boa-fé, lealdade e retidão.

A classificação da responsabilidade da Administração Pública por lesão de interesse legítimo, em termos de responsabilidade extracontratual implica a limitação do ressarcimento do dano ao “interesse negativo”, ou seja, aquele consistente nas perdas decorrentes da não conclusão do contrato e da perda de oportunidade de realizar outros contratos.

2.1.3 TESE DA RESPONSABILIDADE "SUI GENERIS"

Tese segundo a qual no direito público quando configurada uma lesão a um interesse legítimo, se está na presença de uma figura peculiar de ilícito qualificado por ilegítimo exercício de poder, se enquadrando nas diversas formas de responsabilidade previstas no direito civil.

2.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A sentença nº 500 de 1999 da Suprema Corte de Cassação fixou os pressupostos da responsabilidade da Administração Pública:

a) Elemento Objetivo

Constituído pelo evento danoso, que deve ser qualificado como dano injusto, em relação a sua incidência sobre um interesse relevante para o ordenamento.

Quanto ao elemento objetivo caracterizador da responsabilidade, a Corte de Cassação se posicionou no sentido de que a mera ilegitimidade do ato não é suficiente para justificar a responsabilidade da Administração Pública, sendo, ao invés necessário que se verifique que a atividade ilegítima tenha causado lesão ao interesse do bem da vida, que está interligado ao interesse legítimo.

b) Nexa Causal

Deve haver um liame causal entre a conduta (comissiva ou omissiva) da Administração Pública e o evento.

Trata-se de verificar qual seria o resultado do procedimento, se o fato antijurídico não tivesse se produzido e se a Administração tivesse agido corretamente.

Para se caracterizar o nexa de causalidade, deve ser feita uma dupla verificação:

- A ligação material entre a conduta e o evento deve referir-se aos artigos 40 e 41 do Código penal italiano. Mencionado artigo 40 dispõe sobre o nexa causal, afirmando que ninguém poderá ser punido por um fato previsto em lei como crime, se o evento danoso ou perigoso, do qual depende a existência do crime, não for consequência de sua ação ou omissão.

Prossegue afirmando, que não impedir a ocorrência de um evento, quando existe obrigação jurídica de impedir, equivale a ocasioná-lo.⁵ O artigo 41 do código penal, por sua vez prescreve que o concurso de causas pré-existentes, concomitantes ou supervenientes não excluem o nexos causal, salvo se isoladamente causaram o dano⁶.

- O fato ilícito e o dano dele decorrente possam se subsumir aos artigos 1223 e 1227 do código civil, conforme dispõe o artigo 2056 do código civil.⁷ Referido artigo 1223 do código civil explicita que o ressarcimento inclui além do prejuízo atual os lucros cessantes, desde que decorrerem de consequência imediata e direta da conduta danosa. Já o artigo 1227 do código civil trata do concurso do credor para a ocorrência do fato culposo, prescrevendo que se o credor (particular lesado) concorreu para causar o dano, o “quantum” do ressarcimento será reduzido conforme a gravidade da culpa e as consequências dela derivadas. A segunda parte do artigo 1227 do código civil afirma que não será devido o ressarcimento pelos danos que o credor podia evitar usando ordinária diligência.

c) Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo refere-se à caracterização de dolo ou culpa por parte da Administração pública:

5 Código Penal Italiano, art. 40. Rapporto di causalità in <http://WWW.altalex.com>:

Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.

6 Código Penal Italiano, art. 41 .Concorso di cause in <http://WWW.altalex.com>: Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.

7 Art. 1223. Risarcimento del danno in <http://www.altalex.com/>

Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

Art. 1227. Concorso del fatto colposo del creditore in <http://www.altalex.com/>

Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

- A) CULPA – anteriormente ao advento da sentença da Corte de Cassação de 22 de julho de 1999, nº 500, a jurisprudência apontava no sentido de que a culpa da Administração decorria da própria ilegitimidade procedimental declarada no ato administrativo, independentemente da natureza do vício. Com a prolação da dessa sentença nº 500 de 1999, passou-se a sustentar que para que se atribuisse responsabilidade à Administração Pública era necessário não apenas a ocorrência de uma ilegitimidade, mas também uma valoração da culpa, por parte da Administração Pública, considerada como órgão público, de modo que a culpa restará configurada no caso da execução do ato ilegítimo advindo da violação da regra de imparcialidade, retidão e de boa administração, regras essas com *status* de princípios norteadores da função administrativa.

O bom andamento e a imparcialidade da Administração Pública estão assegurados constitucionalmente, conforme previsão expressa do artigo 97 da Constituição italiana, que reza:

Art. 97- La pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento d'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e d sostenibilità d debito pubblico.

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo Che siano assicurati Il buon andamento e l'imparzialità d'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate Le sfere di competenza, d attribuzioni e Le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.”

O bom andamento da Administração Pública decorre de uma atividade administrativa que corresponda aos cânones da eficiência e da eficácia.

Nesse sentido, Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella esclarecem que:

Sul piano legislativo, va segnalata d legge generale sul procedimento amministrativo (241/1990), secondo cui “l'attività amministrativa

persegue i fini determinati dalla legge *d'è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità.*⁸

A jurisprudência italiana interpretou de forma variada o requisito da culpa, ora se entendendo que a culpa se infere da grave violação de lei ora entendendo que a violação da lei é mero indício, presunção da culpa.

Por fim, saliente-se que a jurisprudência da Comunidade Européia aponta para uma noção objetiva da responsabilidade da Administração Pública, separada do requisito da culpa, dispondo o Tratado da União Européia, em seu artigo 340º que:

Em matéria de responsabilidade extracontratual, a União Européia deve indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções⁹

- b) DOLO – elemento subjetivo que fundamenta a responsabilidade da Administração quando possa ser imputada ao agente público.

Regra geral o ente público responde pelos danos causados pelos seus agentes públicos conforme art. 2042 do Código Civil. Por outro lado, pela regra da solidariedade passiva, prevista no artigo 28 da Constituição Italiana, os particulares podem pleitear ressarcimento pela lesão injustamente sofrida, de maneira indiferente contra Administração ou seu agente público, conforme reza referido artigo:

i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Já com relação à Administração Pública assumir a responsabilidade pelos atos dolosos praticados por seus agentes, a doutrina se posiciona de duas formas distintas:

8 BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*, p. 251.

9 Versão Consolidada do Tratado da União Européia, número 2010/C 83/01, 53º ano, 30 de março de 2010.

- Se o agente age com específica intenção de causar danos a terceiros, a responsabilidade recai exclusivamente sobre o mesmo.
- Se a conduta do agente público se pautou dentro de suas atribuições funcionais, a Administração terá responsabilidade solidária.

2.3 SÍNTESE DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ITÁLIA

Para restar caracterizada a responsabilidade aquiliana, prevista no artigo 2043 do Código civil italiano, cabe ao particular lesionado o ônus de provar os elementos constitutivos da responsabilidade administrativa: fato ilícito, dano injusto, nexos causal entre fato e dano e dolo ou culpa da Administração.

Quando a lesão jurídica injustamente sofrida for de natureza contratual, surge a seguinte peculiaridade: Na fase antecedente a assinatura do contrato, vigoram as regras de direito público, todavia a fase que se sucede à assinatura do contrato, sujeita-se à disciplina própria de direito privado, com a aplicação do artigo 1218 do Código Civil italiano, em caso de inadimplemento.

O artigo 2050 do código civil italiano disciplina a responsabilidade por exercício de atividade perigosa, estabelecendo que aquele que ocasiona dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios usados, deve ressarcir se não provar que adotou todo o cuidado para evitar o dano.

A jurisprudência admite a aplicação do artigo 2050 do C.C. para alguns setores da atividade ferroviária.

Um importante marco na jurisprudência sobre a responsabilidade estatal ficou por conta da aplicação do art. 2051 do c.c., que prescreve que o particular que sofreu o dano deve demonstrar que sofreu um dano decorrente da periculosidade intrínseca do bem público, como por exemplo, o dano sofrido em estradas perigosas, cabendo a administração pública provar que adotou cautelas idôneas para evitar o dano.

2.4 O RESSARCIMENTO PELO EQUIVALENTE

O artigo 30, inciso 2 do código de processo administrativo estatui que poderá ser pedida a condenação ao ressarcimento pelo equivalente, de maneira que a regra geral é o ressarcimento pelo equivalente, que leva em conta o dano emergente e os lucros cessantes.

Para se quantificar o dano decorrente da atividade administrativa utiliza-se com frequência da técnica equitativa de liquidação prevista no artigo 1226 do código civil italiano. O juiz administrativo deve ainda considerar os critérios valorativos previstos no artigo 1227 do código civil italiano, quais sejam:

- se a culpa do credor concorreu para causar o dano, o ressarcimento será diminuído segundo a gravidade da culpa e das consequências dela derivadas
- se o credor podia ter evitado o dano usando ordinária diligência, o que incluiu utilizar-se tempestivamente dos instrumentos de tutela previstos em lei.

2.5 RESSARCIMENTO DE FORMA ESPECÍFICA

O artigo 30, inciso 2 do código de processo administrativo, depois de haver apontado a regra geral do ressarcimento pelo equivalente, acrescenta que do dano injusto derivado do ilegítimo exercício da atividade administrativa ou da falta da atividade administrativa obrigatória, havendo o preenchimento dos requisitos do artigo 2058 do Código Civil, poderá o ressarcimento do dano ser pedido de forma específica.

O ressarcimento de forma específica constitui-se numa forma alternativa ao ressarcimento pelo equivalente e, enquanto tal é caracterizado pela possibilidade de se restabelecer a situação jurídica existente no momento anterior à ocorrência do dano, de modo a garantir ao lesionado a mesma utilidade jurídica a que teria direito se não tivesse ocorrido uma lesão decorrente de conduta ilícita.

Para que se viabilize o ressarcimento de forma específica, faz-se necessário além do preenchimento dos requisitos gerais do art. 2043 do código civil, fato ilícito, dano injusto, nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano sofrido e dolo ou culpa, que se atenda ao disposto no artigo 2058 do código civil, que condiciona o ressarcimento de forma específica ao preenchimento dos seguintes pressupostos: Possibilidade e que o ressarcimento não acarrete excessiva onerosidade para o devedor.

Muito utilizada na indenização decorrente de ações anulatórias, onde o ressarcimento do dano surge como tutela residual e integrativa.

O artigo 34 do código de procedimento administrativo inova prevendo a possibilidade que a sentença condenatória traga além do pagamento de uma soma em dinheiro a título de ressarcimento do dano,

a adoção de medidas idôneas para tutelar a situação jurídica concreta, criando assim uma nova ação de condenação atípica.

2.6 A RESPONSABILIDADE POR DANNO ERARIALE

Por força do disposto no artigo 28 da Constituição Italiana, os funcionários e agentes do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis segundo as leis civis, penais e administrativas, dos atos praticados com violação de direito. Em tais casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e ao ente público. O agente público será responsável pelos atos praticados com violação do direito, seja no confronto com o particular, quando responderá sob a forma de responsabilidade civil ou penal, seja perante a Administração Pública, sob a forma de responsabilidade administrativa e contábil.

O funcionário incorre em responsabilidade administrativa quando por inobservância dolosa ou gravemente culposa das suas próprias atribuições públicas, aja causado um prejuízo à Administração Pública.

A responsabilidade administrativa do agente é também conhecida como responsabilidade por *danno erariale*. O instituto da *condono erariale* foi introduzido pela lei financeira de 2006¹⁰ e se configura quando o agente público agindo com dolo ou culpa grave causa um prejuízo ao patrimônio público, sujeitando o mesmo à jurisdição da Corte de Contas.

Outro princípio característico da responsabilidade pelo dano ao erário se baseia compensação de danos e lucros, de modo que a Corte de Contas pode reduzir a punição aplicada ao agente público se a sua conduta danosa trouxe vantagem econômica para a Administração.

Concluindo, são elementos constitutivos da responsabilidade por *danno erariale*:

- inobservância de atribuição funcional ou obrigação decorrente de serviço público;
- dolo ou culpa grave;
- ocorrência de um prejuízo economicamente avaliável pela Administração Pública;
- Nexo causal entre o fato do agente e o dano ao erário.

¹⁰ Art. 1, comma 231 ss., lege 23 dicembre 2005, n.2 266.

Cumpra observar, que a regra é a responsabilização por dano erariale recair sobre um agente público, entretanto a Corte de Cassação, através da sentença prolatada em sessão unida nº 17660 de 19 de julho de 2013 reconheceu que um particular ou qualquer sujeito que gerir dinheiro público e que não utilizar os recursos públicos para a destinação que lhes foi reservada, também responderá por *danno erariale*.

Com relação à tipologia do *danno erariale*, a Corte de Contas identificou que juntamente ao dano ao erário em sentido estrito, de natureza patrimonial, também coexistem:

- dano pelo mau serviço prestado, considerado àquele que acarreta desperdício de recursos públicos em flagrante afronta ao princípio da eficiência;
- dano à imagem da Administração Pública. A ação judicial por dano à imagem pública só pode ser intentada se houver sentença condenatória irrevogável por delitos cometidos contra a Administração Pública.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta explanação, apresentamos a regulamentação jurídica sobre Responsabilidade do Estado da maneira como é tratada no Brasil e na Itália.

Verificamos que cada um dos ordenamentos jurídicos possuem pontos convergentes e divergentes, entretanto a diferença fundamental reside no trato dos atos comissivos praticados pelo agente público causadores de prejuízo ao particular.

O Brasil adota a Teoria do Risco Administrativo, pela qual, bastará ao particular provar a ocorrência do dano, nexa causal ente o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador do serviço público e a oficialidade da conduta lesiva.

Já para a doutrina italiana, o particular terá de provar todos esses requisitos e também dolo ou culpa da Administração Pública.

Cumpra ressaltar, que esta diferenciação influi diretamente na questão do ônus da prova. No Brasil, na hipótese de ter havido um dano injusto sofrido pelo particular em decorrência de atos praticados pelos agentes públicos, o ônus da prova recairá sobre a Administração Pública, que para se eximir da mesma, terá de provar a ocorrência de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente, quando neste último caso a responsabilidade do Estado será mitigada, diminuindo-se o *quantum* da indenização.

Por outro giro, no direito italiano, o particular lesado é quem terá de provar a culpa ou dolo da Administração Pública, que, no mínimo, faltou com seus deveres de boa fé, imparcialidade e boa administração.

No direito brasileiro cabe ação regressiva do Estado contra o servidor público, no caso da Administração Pública ter sido condenada a indenizar em razão de ato lesivo praticado pelo agente público, que agiu com dolo ou culpa.

Por sua vez, o direito italiano apresenta em seu arcabouço jurídico a figura do *danno erariale*, que resulta da responsabilidade do agente público que agindo com dolo ou culpa grave causar prejuízo ao patrimônio público, ficando sujeito à jurisdição da Corte de Contas.

Outras modalidades de *danno erariale* são o dano causado pela prestação de serviço de má qualidade e dano à imagem da Administração Pública, quando houver uma anterior condenação por delitos praticados contra a Administração Pública.

A despeito das peculiaridades de cada sistema jurídico, podemos dizer que tanto a Administração Pública no Brasil, quanto na Itália se norteiam pelos mesmos princípios constitucionais, de legalidade, impessoalidade, moralidade, economicidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição Federal Brasileira, já o direito italiano sintetiza esses mesmos princípios no artigo 97 da Constituição da República Italiana, se referindo aos princípios do bom andamento e da imparcialidade da Administração Pública.

Percebe-se à guisa de conclusão, confrontando os sistemas jurídicos brasileiro e italiano, que o direito brasileiro se preocupou em oferecer uma proteção mais efetiva ao particular, que dispensa fazer prova de culpa *lato sensu*, podendo acionar diretamente o Estado, que responderá sempre que demonstrado onexo causal entre o ato do seu agente e o dano injustamente sofrido pelo particular, enquanto a Itália se concentrou em assegurar maior proteção à própria Administração, especialmente com o advento do instituto do *danno erariale*, através do qual o agente público responde pelo prejuízo causado ao patrimônio público ou por violação aos interesses públicos juridicamente protegidos, diretamente perante uma Corte de Contas.

REFERÊNCIAS

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*, 10. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

CARVALHO Fº, José dos Santos. *Manual do Direito Administrativo*, 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAROFOLI. *Compendio di Diritto Amministrativo*. 2. ed. Roma: Neldiritto Editore, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

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

SCOCA, Franco Gaetano. *Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

LEGISLAÇÃO

Costituzione della Republica Italiana, Roma, Editore Segreteria Generale della Camera dei Deputati, 2012.

Versão Consolidada do Tratado da União Européia, número 2010/C 83/01, 53º ano, 30 de março de 2010.

Codice de diritto civile italiano. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>.

Codice de procedimento amministrativo italiano. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>.

Codice penale italiano. Disponível em: <<http://www.altalex.com/>>.

