

Responsabilidade civil do Estado

*Luís Felipe Ferrari Bedendi*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

I - Introdução

O Estado, em vista dos fins precípuos que são razão de sua existência, situa-se em posição diferenciada em relação aos particulares, o que é justificado pela necessidade de se atingir o bem coletivo², tornando imprescindível a outorga a ele de prerrogativas e privilégios das quais nenhum outro integrante do corpo social goza.

Por outro lado, a evolução histórica do Estado fez exigir que este atue exclusivamente dentro dos limites impostos pela lei, como salvaguarda aos direitos individuais dos particulares.

Essa dicotomia – maiores restrições de atuação ante as balizas legais e a outorga, por outro lado, de privilégios e prerrogativas tendentes à conquista do bem comum – é o traço característico do regime jurídico ao qual se submete o Estado, sendo denominado *regime jurídico administrativo*, o qual vem bem conceituado por Maria Sylvia Zanella di Pietro como “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares [...]”³.

¹ Ex-Procurador Federal da Advocacia Geral da União.

² Não se adentrará aqui, dada a finalidade deste trabalho de se traçar o panorama geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado, em um dos tópicos mais tormentosos do direito administrativo: a definição e extensão do que seria o bem coletivo ou, como mais comumente denominado, interesse público. Todavia, para que não se falte referência, há de se adotar o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que é, a nosso ver, o qual contempla o maior número de elementos capazes de delimitá-lo: “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 62.).

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 62.

É certo que, em áreas determinadas, o Estado age quase que exclusivamente submetido ao direito privado, como se um particular fosse. Tal acontece tão somente nas hipóteses assim previstas em Lei, a exemplo do regime jurídico dos entes da Administração Indireta, sociedades de economia mista e empresas públicas, quando atuem na qualidade de agentes econômicos de mercado, por força do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal^{4, 5}.

Não se insere neste último padrão o ponto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, que se encontra totalmente inserida no regime jurídico administrativo, por força do contido no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁶.

Vê-se, pela leitura do dispositivo, que a responsabilidade por danos causados aos administrados em decorrência da conduta estatal é bastante singular, com contornos específicos e bem diversos da regra geral do Código Civil.

⁴ Diz-se quase que exclusivamente porque, mesmo nas situações em que a Lei submeta a Administração ao regime jurídico privado, ainda assim continua a ostentar certas restrições e prerrogativas, mitigadas, porém presentes. Novamente invoca-se como fundamento Maria Sylvania Z. di Pietro: “[...] quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados privilégios, [...]” (DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 62).

⁵ Artigo 173 da Constituição Federal: 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)

⁶ Art. 37. [...]

[...]

§ 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.

Todavia, ainda que o tema esteja totalmente inserido no regime jurídico administrativo, não há como dissociá-lo de suas raízes que se deitam no direito civil, pois a responsabilidade aquiliana do Estado surgiu do direito privado e dele retira conceitos e regras.

Outrossim, inexistente um regramento específico da responsabilidade estatal, o que torna imprescindível a utilização de normas correlatas do direito civil.

Luís Francisco Aguilar Cortez, em artigo de obra coletiva, analisando a similitude e diferenças de ambos os sistemas, público e privado, de responsabilidade civil, afirmou em certo trecho:

A aproximação da responsabilidade extracontratual, seja pela origem dos conceitos, seja por meio das fontes normativas, com pontos de contato no que se refere a responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa, e na responsabilidade objetiva, baseada no risco da atividade, é inegável⁷.

Assim, a proposta deste trabalho foi demonstrar que, não obstante as profundas diferenças entre os sistemas privado e público de responsabilidade civil, o segundo baseia-se essencialmente no primeiro, dele dependendo para a solução de um sem-número de situações concretas.

II - A evolução da responsabilidade civil do Estado – gênese no Direito Privado

A responsabilidade civil do Estado é de origem recente, se comparada à gênese da mesma na esfera dos particulares.

Ela partiu da ausência total e absoluta do dever de reparar os danos causados pelos agentes estatais e chegou até a atual configuração ampliada daquele dever, na qual sequer exigível o caráter ilícito da conduta ou ainda o elemento subjetivo da culpa.

⁷ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Responsabilidade civil extracontratual no direito privado e no direito público: persistem as diferenças? In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. p. 202.

Em razão da metamorfose sofrida pelo instituto, várias teorias a respeito sucederam-se ao longo do tempo, parte delas inserida no campo do direito civil até acomodarem-se mais recentemente no direito público.

O clássico autor francês Paul Duez, um dos principais articuladores da teoria da *faute du service*, citado por Yussef Cahali, sintetiza com precisão a passagem do tempo:

a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo.⁸

Nesse passo, quando do surgimento do Estado Moderno, impensável atribuir-se a ele qualquer dever de reparação por danos provocados aos particulares, em face da elevada noção de soberania que o permeava, confirmando, ademais, o que já dito por Duez, de que o dever pecuniário reparatório importaria em prejuízo ao atingimento de suas finalidades.

Tal concepção ainda sofreu essencial influência da máxima absolutista, em vigor durante toda a Idade Moderna, de que o rei não podia errar (*the king can do no wrong*), dado o caráter quase divino do monarca, o qual se encontrava em patamar muito distinto ao dos súditos.

⁸ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*, v. 1 e 2, apud CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 17.

O período da irresponsabilidade estatal, contudo, não se confunde exatamente com o Absolutismo, porquanto se estendeu até meados do século XIX, quando já ultrapassada a Revolução Francesa. Em verdade, a teoria protraíu-se no tempo porque também se conectou à noção de Estado Liberal, que “tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia àquela época.”⁹,¹⁰

As mudanças no instituto vieram com o fortalecimento da concepção de Estado de Direito, onde todos, essencialmente, submetem-se ao primado da lei, inclusive aquele próprio que a edita.

Nesse ponto, essencial foi o direito civil, muito mais sistematizado e evoluído que o então incipiente direito público, utilizado para abarcar o dever reparatório do Poder Público sob seus primados.

Passou-se a admitir a responsabilidade do Estado quando caracterizada a culpa ou dolo de seus agentes, assim como se exigia em qualquer relação danosa de causa e efeito entre particulares.

Como exemplo, cite-se o artigo 82 da Constituição Imperial de 1824 (repetido na Constituição Republicana de 1891), o qual dispunha: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.”

No entanto, a adoção da teoria civilista da responsabilidade estatal¹¹ não foi pura e integral, já que fazia distinção entre atos potencialmente não geradores de responsabilidade (atos de império) e outros geradores (*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 [...]; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 488.

¹⁰ Nesse mesmo sentido, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *Problemas de responsabilidade civil do Estado*, in: FREITAS, Juarez (Org.), *Responsabilidade civil do Estado*, p. 39-40.

¹¹ Assim denominada porque adotados os princípios do Direito Civil, consoante DI PIETRO, M.S.Z. Obra citada, p. 640.

os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.¹²

Disso se extrai que o Estado permanecia irresponsável numa gama bastante ampla de situações, nas quais exercesse sua supremacia para consecução das finalidades públicas, e, naquelas em que se equiparasse aos particulares, a responsabilidade decorria da culpa de terceiros, dos mandatários estatais, tal qual as pessoas jurídicas em relação aos atos de seus prepostos/empregados/representantes.

O direito civil brasileiro albergou a teoria da culpa (ainda que sem distinção entre atos de gestão e império), ao estabelecer o seguinte no artigo 15 do Código Civil de 1916:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Contudo, em face da evolução do direito administrativo, tanto o resquício da irresponsabilidade quanto a atribuição de responsabilidade ao Poder Público por atos de terceiros tornaram-se obsoletos.

A ideia de culpa de terceiro fazia sentido em momento no qual se sustentava que o Estado, assim como qualquer outra pessoa jurídica, realizava seus atos através de mandatários ou representantes. Por conseguinte, seus agentes necessitavam conduzir-se com culpa, provocando danos alheios, para que a Administração se tornasse responsável.

Porém, quando do surgimento da concepção de que a vontade da pessoa jurídica decorre de seus próprios órgãos [*teoria do órgão*], não mais fazia sentido vincular-se a responsabilidade aos atos de terceiros.¹³

¹² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. p. 278.

¹³ CARVALHO FILHO bem sintetiza a evolução do sujeito emissor da vontade estatal e que influenciou sobremaneira a responsabilidade civil, dizendo que: “Primitivamente se entendeu que os agentes eram mandatários do Estado (teoria do mandato). Não podia prosperar a teoria porque, despidido de vontade, não poderia o Estado outorgar mandato.

Surgiu, então, a terceira fase, ainda inserida no direito civil, denominada *culpa anônima*.

Segundo a teoria, tornou-se prescindível a demonstração da culpa do agente estatal, passando esta a se presumir ser da “generalidade da Administração, da generalidade do serviço – bastando, portanto, comprovar o mau funcionamento do serviço, ainda que possível indicar o agente causador do dano.”¹⁴

A teoria da culpa anônima, outrossim, foi impulsionada e fortificada pela então emergente teoria da falta do serviço [*faute du service*], que ocorreria nas situações em que o Estado não prestasse o serviço público, ou o prestasse de forma inadequada ou extemporânea.

Ela, inclusive, norteou a interpretação do mencionado artigo 15 do Código Civil de 1916, como bem se verifica da ementa de acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em 1951, voto da lavra do Ministro Barros Barreto:

Quando provada a culpa, por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelos danos decorrentes de depredações praticadas pela multidão enfurecida. Matéria de fato. Não se conhece do apelo. [RE 17803, 1ª Turma, Rel. Ministro Barros Barreto, j. 11/10/1951, ADJ Data 14-09-1953 PP-02680, ADJ Data 01-01-1952 PP-00004, Ement Vol-00065 PP-00297].

É nítido, pois, que a responsabilidade estatal não ficava vinculada, em qualquer situação e estritamente, à culpa do agente estatal, bastando que, em dadas situações, ficasse demonstrada a má prestação do serviço.

De tamanha relevância é a teoria da culpa anônima (e da *faute du service*, à qual está intimamente ligada) que até o presente ela é

Passou-se a considerar os agentes como representantes do Estado (teoria da representação). Acerbas foram também as críticas a essa teoria. Primeiro, porque o Estado estaria sendo considerado como uma pessoa incapaz, que precisa da representação. Depois, porque se o dito representante exorbitasse de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidade ao Estado, este como representado. A solução seria, à evidência, iníqua e inconveniente.

Por inspiração do jurista alemão OTTO GIERKE, foi instituída a teoria do órgão, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes.” (CARVALHO FILHO, J. S. Obra citada, p. 11).

¹⁴ MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 45.

empregada nas hipóteses de danos causados pela omissão do Estado (a respeito, discorrer-se-á na sequência, quando se tratar dos elementos constitucionais da responsabilidade).

Finalmente, o tema foi inteiramente inserido no direito publicístico, assumindo sua atual configuração objetiva.

Por ela, há dever reparatório do Estado simplesmente quando de sua atividade resultem danos aos particulares. Suficientes, pois, a conduta administrativa, os danos e o nexo de causalidade entre ambos, não se fazendo necessária qualquer perquirição de culpa ou mesmo da ilegalidade do ato administrativo.

A *teoria publicista* ou da responsabilidade objetiva tomou corpo quando do desenvolvimento do Estado Social e, posteriormente, do Estado Democrático, já que tem como “fundamento o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Significa que se dividem, por todos, os prejuízos causados pelo Estado, porque, da mesma forma, por toda a população é repartido o benefício que o Estado proporciona.”¹⁵

Tamanha foi a força da teoria da responsabilidade objetiva que, em doutrina, houve quem defendesse uma forma extremada dela, ao dizer que inadmissível a exclusão do nexo de causalidade entre a conduta administrativa e os danos experimentados pelo particular. É o que se chamou de *teoria do risco integral*, em contraposição à *teoria do risco administrativo*, a qual prega, justamente, a quebra do nexo de causalidade pelas causas tradicionais – culpa exclusiva da vítima ou terceiro, caso fortuito e força maior – e é a mais ampla e comumente aceita no direito brasileiro¹⁶.

¹⁵ MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 46.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles pontua com exatidão ambas as teorias: “A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. [...]”

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.[...]

[...]

A *teoria do risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de ‘brutal’, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 649-650).

O direito pátrio, a partir da Constituição de 1946, adotou em definitivo a fórmula da responsabilidade objetiva do Estado, ao estabelecer, no artigo 194, que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Na sequência, as de 1967 e de 1969 trouxeram disposições semelhantes, respectivamente nos artigos 105 e 107, de idêntica redação: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Por fim, a Constituição de 1988, no artigo 37, § 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.

Vê-se, pois, que não mais se exigiu a demonstração do elemento subjetivo do agente público ou a falha na prestação do serviço, tornando-se suficiente a mera causação de danos a terceiros, decorrentes da atividade estatal.

Ficou nítido, igualmente, que a responsabilidade aquiliana do Poder Público nasceu do direito privado, por ele se desenvolveu, até destacar-se como modalidade especial e vincular-se ao direito público.

Contudo, mesmo no atual panorama, impossível desatrelá-la do direito civil, porque o atual dispositivo constitucional encerra tão somente as linhas gerais da responsabilidade estatal (dentro do regime público), deixando vácuos que necessitam ser preenchidos na solução dos casos concretos, e o que vem a socorrer o direito administrativo, nesses momentos, é justamente o direito privado.

III - As características constitucionais da responsabilidade aquiliana do Estado e sua conexão com o Direito Privado

O objetivo da colocação de uma regra na Constituição Federal relativa à responsabilidade do Poder Público foi solidificar a noção de

que a reparação dos danos causados a terceiros pela atividade estatal há de ser repartida entre todos, porquanto essa mesma totalidade (ou ao menos sua maioria) beneficia-se da conduta administrativa de atingimento do bem público¹⁷.

A norma constitucional, ademais, insere o tema no regime jurídico-administrativo, ao traçar características próprias à responsabilidade e impor à Administração sujeição mais ampla ao dever reparatório que aquela verificada aos particulares (decorrência da adoção da *teoria do risco administrativo*).

Nessa trilha, o artigo 37, § 6º, estabelece os seguintes elementos da responsabilidade extracontratual do Estado:

- 1) a ocorrência de danos a terceiros;
- 2) que tais danos sejam praticados por agentes de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público;
- 3) a existência de nexos causal entre a conduta estatal e os danos¹⁸.

Não se exigiu, pois, a perquirição do elemento subjetivo do agente ou mesmo a demonstração de que seu ato viola o ordenamento.

¹⁷ Quando da edição da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência já estavam razoavelmente pacificadas quanto à natureza objetiva da responsabilidade estatal, decorrente do risco de sua atividade, como forma de se distribuir o encargo reparatório entre todos. Como exemplo, cite-se parecer de Arnoldo Wald, de 1978, onde resta expressa tal ideia: “[...] a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos, ao qual já se referia Amara Cavalcanti e que foi consagrado pelo Excelso Pretória. Para o mestre do Direito pátrio, ‘assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é, hoje, fundamental no Direito Constitucional dos países civilizados.’” (WALD, Arnoldo. Responsabilidade civil do Estado - danos causados por atos de terrorismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Doutrinas essenciais - direito administrativo. v. III, p. 1147).

¹⁸ O Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal define com precisão tais elementos, como bem se vê de trecho de ementa de um de seus acórdãos: “[...] 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. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. [...]” (RE 481110 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09-03-2007 PP-00050 EMENT VOL-02267-04 PP-00625 RCJ v. 21, n. 134, 2007, p. 91-92)

Contudo, como é de fácil percepção, a regra constitucional traça apenas os elementos essenciais da responsabilidade, sem os pormenorizar, nem podendo ser diferente, visto não ser este o papel da Constituição. Mas não existe, no ordenamento nacional, norma infraconstitucional a regulamentar a responsabilidade do Poder Público¹⁹; isto faz com que o operador do direito busque no direito privado conceitos, regras e princípios da responsabilidade privada, sendo este o único caminho para solução de boa parcela dos casos concretos.

Na análise de cada um dos elementos constitucionais da responsabilidade da Administração, ficará claro o quão intimamente ligada está ao direito civil.

III.a - Os agentes estatais e a conduta

A começar pelo elemento subjetivo, tem-se que a Constituição exige que a conduta parta de agentes de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

As pessoas jurídicas de direito público são aquelas mencionadas pelo artigo 41 do Código Civil: União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei (a exemplo das fundações públicas); já o conjunto de seus agentes mencionados pela norma constitucional abrange a todos, independentemente do vínculo que ostentem perante o ente (estatutário, celetista, temporário, ocupantes de cargo em comissão ou função demissíveis *ad nutum*, eleitos pelo voto popular etc.)^{20, 21}.

¹⁹ Existe apenas um projeto de lei do Senado, de nº 718/2012, a pretender normatizar a responsabilidade civil do Estado.

²⁰ Nesse exato sentido, JOSÉ DE AGUIAR DIAS: “[...] O que se deve ter em vista, porém, quando enfrentamos o tema da responsabilidade, é que a definição de funcionário deve ser a mais ampla possível, a fim de abranger todos aqueles, qualquer que seja a forma de sua escolha e quaisquer que sejam as suas funções, que colaborem na gestão da coisa pública. Assim, pouco importa a sua categoria. E é sem influência, para o efeito que nos interessa, que seja ou não remunerado. O funcionário é um órgão da administração. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, p. 562).

²¹ É imperioso, ademais, que o agente pratique a conduta danosa no exercício de suas funções, como resta claro na ementa do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca de prejuízos cometidos por policial fora de serviço: “Apelação Cível - Ação de indenização - Danos morais e materiais - Responsabilidade civil - Militar que comete crime durante período de folga - Para que subsista a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a terceiros por seus agentes públicos, faz-se imperioso que o ato danoso seja praticado por estes no exercício das atribuições inerentes ao cargo público que ocupam, quando abarcado pela teoria do risco administrativo (inteligência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal) - O policial militar que comete homicídio em período de folga pratica o crime na qualidade de cidadão simples, e não de agente público, não tendo o condão

Mas não só os agentes públicos são aptos a ensejar a responsabilidade civil do Poder Público: também aqueles integrantes de pessoas jurídicas de direito privado na prestação de serviço público.

Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald, “há, aí, duas chaves hermenêuticas relevantes: (a) definir quem são as pessoas jurídicas de direito privado que atraem a responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, da CF; e (b) entender o que são serviços públicos.”²²

Invocando novamente os supra citados autores:

[...] a ampla dicção constitucional abrange quaisquer pessoas jurídicas, seja qual for o vínculo que as ligue ao Estado. Não importa, nessa trilha, que se trate de concessão, permissão, delegação, ou de outras figuras forjadas no direito administrativo. Havendo a prestação de serviços públicos, incide a cláusula constitucional da responsabilidade objetiva, com lastro no risco administrativo. Entram nessa categoria, inclusive, as entidades de cooperação governamental, os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai).²³

Serviços públicos, por seu turno, são “as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Consti-

de modificar esse “status” o fato da arma particular utilizada ter sido autorizada pela Corporação Militar para uso em serviço - Não tendo sido o ato ilícito praticado pelo servidor no efetivo exercício da função pública, resta ausente o nexo de causalidade que enseja a condenação do Estado a indenizar o dano decorrente. Reexame necessário provido. (Relator(a): Marrey Uint; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 27/11/2014; Data de registro: 01/12/2014).

A posição, entretanto, não é pacífica, consoante se verifica de outro julgado do mesmo tribunal, em análise de caso semelhante, em que se invoca a teoria do risco administrativo como fundamento: “[...]. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Indenização por danos materiais e morais - Falecimento da vítima provocada por disparos de arma de fogo pertencente à policial militar fora do exercício de sua função - Crime praticado com arma da corporação - Preliminar - Ilegitimidade passiva rejeitada - Mérito - Nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do Poder Público configurado - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) - Dever de guarda e vigilância em relação à arma de fogo - Precedentes - Indenização fixada de forma prudente - Inaplicabilidade da Lei n. 11.960/09 - Ação, na origem julgada parcialmente procedente - Sentença mantida - Recursos voluntários e oficial desprovidos, não se conhecendo do agravo retido.” (Relator(a): Ana Liarte; Comarca: Pompéia; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/06/2015; Data de registro: 17/06/2015)

²² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. p.1023.

²³ BRAGA NETTO, F. P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Obra citada, p. 1023.

tuição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”²⁴

Em síntese, todas as pessoas jurídicas de natureza privada que prestem serviços, definidos pela Constituição ou pela Lei como de utilidade pública, para promover o bem-estar coletivo, por força de delegação do verdadeiro titular dessa utilidade – o Estado – enquadra-se no artigo 37, § 6º, da CF e responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes.

Não interessa, ademais, que o prejuízo seja suportado pelo destinatário do serviço ou por terceiro estranho à relação²⁶. A responsabilidade decorre naturalmente do risco da atividade desenvolvida pelo delegatário, como bem pontua, outrossim, o artigo 927 do Código Civil²⁷.

Nem sempre é possível distinguir-se com segurança se determinada atividade configura-se como prestação de um serviço público, a atrair a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, ou de atividade econômica, a ela se aplicando a responsabilidade subjetiva regra geral do Código Civil (quando não incidente qualquer outra modalidade especial de responsabilidade objetiva). Para tanto:

Alguns indicadores podem auxiliar na tarefa: dispositivos constitucionais e de lei que atribuam a certas atividades a condição de serviço público (por exemplo, CF, art. 30, V, e Lei nº 9.074/95, art. 1º); o serviço público caracterizado como atividade prestacional de responsabilidade do poder público (CF, art. 175), tais como: fornecimento de água, coleta de lixo, limpeza e iluminação de ruas, correio, telefone, manutenção de áreas verdes, jardins e praças.²⁷

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. p. 157.

²⁵ Nesse sentido, Clóvis Beznos: “[...] irrelevante se afigura o discrimen entre usuários e não usuários dos serviços, porque todos aqueles submetidos ao risco administrativo da prestação de serviços públicos recebem a proteção constitucional, consistente na garantia da responsabilidade objetiva do prestador dos serviços, na busca da reparação dos danos sofridos em decorrência dessa atividade.” (BEZNOS, Clóvis. *Responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos*. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). *Obra citada*, p. 622)

²⁶ Art. 927: 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.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 391.

O elemento definidor, portanto, da responsabilidade objetiva é a prestação de um serviço público, independentemente de quem o faça.

No tocante ao requisito da conduta, existe, ainda, um ponto de essencial relevância e que desperta profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais: a abrangência da responsabilidade objetiva aos atos omissivos da Administração.

De fato, pela leitura do art. 37, § 6º, é possível interpretar-se a exigência de uma conduta ativa, comissiva do agente estatal a ensejar a responsabilidade objetiva, fugindo de seu raio de abrangência a omissão.

Tal concepção tem ampla aceitação na melhor doutrina²⁸ e é, atualmente, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.²⁹

Portanto, conforme tal posicionamento, a responsabilidade do Estado em caso de omissão seria de natureza subjetiva, na modalidade da *culpa administrativa*, tornando-se imprescindível a demonstração de que o serviço não foi prestado ou o foi de forma deficitária³⁰.

²⁸ Consoante DI PIETRO, a teoria é adotada por ela própria, além de José Cretella Júnior, Yussef Sahid Cahali, Álvaro Lazzarini e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (vide DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 650).

²⁹ MELLO, C. A. Bandeira de. Obra citada, p. 1031.

³⁰ Relevante citar RUI STOCO, em razão de sua clareza e objetividade na defesa de tal posicionamento: “Ora, a omissão do Estado é anônima, eis que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando se exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público.

Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, § 6º, da CF, nem no art. 43 do CC e, portanto, empenha responsabilidade subjetiva.” (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 1342).

Além da interpretação constitucional, fundamenta-se a ideia da responsabilização subjetiva (porque necessária a negligência estatal) também no “argumento de que o Estado não pode ser responsável por tudo o que aconteça, o grande segurador de todas as desgraças e infortúnios, argumento este que, na prática, sensibiliza sobremaneira os aplicadores do Direito.”³¹

A jurisprudência, por seu turno, ainda hoje é bastante forte quanto à teoria da culpa administrativa para os atos omissivos do Poder Público, como se verifica das seguintes ementas do Supremo Tribunal Federal (esta pouco mais antiga) e do Tribunal de Justiça de São Paulo, respectivamente:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo do Poder Público: detento ferido por outro detento. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. C.f., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço – *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (RE 382054, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01-10-2004 PP-00037 Ement Vol-02166-02 PP-00330 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 157-164 Rjadcoas v. 62, 2005, p. 38-44 RTJ VOL 00192-01 PP-00356).

³¹ MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 48.

Constitucional e administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Concessionária de serviço público. Animais eletrocutados por cabo de alta tensão solto. Danos materiais. Existência de nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou ‘falta de serviço’ quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

2. Concessionária de serviço público que permitiu que cabo de alta tensão permanecesse solto sobre pasto por mais de uma semana apesar de comunicada da ocorrência. Omissão culposa que resultou na morte de oito bovinos. Ônus da prova de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor que cabia a ré. Inércia da interessada em fazer prova de suas alegações. Pedido procedente, em parte. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Descalvado; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/03/2015. Data de registro: 26/03/2015).

Todavia, a posição subjetivista da omissão administrativa vem perdendo espaço àquela que enquadra esta espécie de conduta também no art. 37, § 6º. Segundo Daniel Ferreira:

[...] para a omissão estatal ensejar o dever de ressarcir o dano (causado por terceiros ou por fato da natureza) será preciso constatar, simultaneamente e em concreto, o seguinte: (i) a evitação do resultado como juridicamente exigida do Poder Público; (ii) a antijuridicidade da inação; (iii) a concreta não evitação (do resultado de dano) como conditio *sine qua non* (como imputação objetiva do resultado, em suma); e (iv) seja o dano indenizável. Nesse contexto, a situação em muito se assemelha à da conduta estatal (comissiva) direta e materialmente causadora de dano, porque do mesmo modo a análise da culpa (*lato ou stricto sensu*) não en-

tra em discussão, salvo para fins de propositura de ação de regresso.^{32, 33}

O mesmo ocorre no campo da jurisprudência, ante a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da responsabilização objetiva aos casos de omissão administrativa:

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. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o 'eventus damni' ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Configuração de todos os pressupostos

³² FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias*. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p. 67-68.

³³ Marçal Justen Filho também é essencialmente adepto da unicidade da responsabilidade objetiva aos atos comissivos e omissivos, desenvolvendo fartas considerações acerca dos últimos, como bem se observa de seu Curso de Direito Administrativo (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 955-959.)

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. (AI 734689 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, Acórdão eletrônico DJe-167 Divulg. 23-08-2012 Public. 24-08-2012).

III.b - Os Danos

O segundo elemento constante do art. 37, § 6º, são os danos experimentados por terceiros.

Nesse ponto, o direito público socorre-se substancialmente do direito privado, já que, da redação do aludido dispositivo ou de outros constantes da Constituição, não se extraem o conteúdo do dano, suas espécies, parâmetros de fixação, critérios de redução etc. Todo esse conjunto de questões é solucionado, essencialmente, pelo Código Civil.

É certo que o conceito de dano é um dos temas mais lacunosos e abertos do sistema de responsabilidade, já que o Código Civil, em sua atual versão (e também na anterior), no art. 186, e todos os demais dispositivos do ordenamento pátrio, a exemplo do próprio art. 37, § 6º, da CF, deixam o conceito “vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.”³⁴

Mesmo assim, a doutrina civilista buscou delimitá-lo, asseverando, de forma mais tradicional, que dano “é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição), do que resulta o direito a uma reparação em pecúnia sempre que decorrente da conduta (comissiva ou omissiva) de outrem.”³⁵

A doutrina administrativista, por seu turno, não diverge da civilista, ao adotar a ideia de que dano tem conteúdo fluido e variável, como bem sintetiza Marcelo Benacchio:

³⁴ BRAGA NETTO, F. P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Obra citada, p. 231.

³⁵ STOCO, R. Obra citada, p. 201.

[...] o dano não é uma figura pré-jurídica, nem de mera teoria geral, mas normativa, que somente pode ser completamente descrita por meio da análise da legislação, pois apenas o sistema legal pode indicar quando um fato pode ser qualificado como dano, determinando, por conseguinte, a ativação do remédio juridicamente previsto.³⁶

O que há de se destacar – no que igualmente há carência de divergências entre os regimes público e privado – é a necessidade de consumação do prejuízo, a ensejar reparação na esfera patrimonial e compensação na moral.

No mais, como já dito alhures, no tocante às questões atinentes ao dano, inexistente diferenciação substancial entre os sistemas público e privado, como bem anotado, aliás, por Marçal Justen Filho:

As regras pertinentes à indenização não apresentam maior peculiaridade em face do direito administrativo. Aplicam-se os princípios e as regras do direito comum, seja no tocante ao dano material ou ao dano moral. Normalmente, as dificuldades envolverão a questão da prova.³⁷

Imperioso se faz elucidar, apenas – e esse é um detalhe peculiar da responsabilidade no campo administrativo – que, dado seu caráter objetivo decorrente do risco da atividade, donde irrelevante a licitude da conduta, caso inexistir violação à norma jurídica, mister se faz que ao menos o dano seja anormal, invulgar, ou seja, antijurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello torna muito clara a distinção, ao expor os requisitos do *dano reparável*:

O fato ou ato lesivo para que seja indenizável necessita ser:

³⁶ BENACHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p.103.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *A responsabilidade do Estado*. In: FREITAS, J. (Org.). Obra citada, p. 243.

certo, isto é, não apenas eventual, possível. Tanto pode ser atual como futuro. Esta última circunstância, como é claro, não afeta a certeza do dano, sempre que este seja inevitável;

especial, no caso de atos lícitos, isto é, particular à ou às vítimas e não um prejuízo generalizado incidente sobre toda a sociedade. Se alcançasse a todos os cidadãos configuraria ônus comum à vida em sociedade, repartindo-se, então, generalizada entre seus membros;

anormal, vale dizer, excedente dos incômodos e inconvenientes comuns, ordinários e que são inerentes à vida social como fruto iniludível do convívio societário;

relativo a uma situação juridicamente protegida, quer-se dizer, cumpre que o dano seja gravoso a uma situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito ou quando menos um interesse legítimo.³⁸

III.c - O nexo causal

Por fim, o último dos elementos constitucionais da responsabilidade extracontratual: o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado.

Tal qual ocorre para o dano, o regime jurídico administrativo não minudencia as características do nexo de causalidade, tampouco as situações que promovem sua quebra, tema de essencial relevância à responsabilidade objetiva do Estado, porque são as únicas capazes de afastarem o risco da atividade administrativa e, por conseguinte, o dever reparatório do Poder Público.

Essencialmente, o nexo causal pode ser tido como “a relação objetiva de causa e efeito entre o ato lícito ou ilícito (conduta), praticado pelo agente, e o dano moral ou material (resultado), experimentado pela vítima.”³⁹

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos*. In: DI PIETRO, M. S. Z.; SUNDFELD, C. A. (Org.). Obra citada, v. III, p. 1164-1165.

³⁹ AHUALLI, Tânia Mara. *Ensaio sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado*. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p. 346.

Das situações que o eliminam, quatro são as mais aceitas: culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito e força maior.

Na hipótese de culpa da vítima, é possível que não seja ela exclusiva, mas, sim, concorrente (a conduta da vítima, associada à atividade estatal, acabou por agravar a situação e originar o dano), de maneira a incidir o disposto no art. 945 do Código Civil, segundo o qual “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.”

Tanto essa quanto a culpa exclusiva de terceiro provocam intensas discussões, em especial na jurisprudência, ante a dificuldade de se estabelecer até que ponto se dá o risco da atividade diante de uma conduta dolosa ou culposa do terceiro a provocar danos alheios. Em geral, é imprescindível a análise dos elementos do caso concreto para se definir o nexó.

Como exemplo, cite-se o caso de lesões em presos ocorridas no interior de estabelecimento prisional ou de qualquer outra espécie de detenção; pelas ementas abaixo, verifica-se que soluções diametralmente opostas foram dadas a casos de elevada similitude, pelas provas constantes dos autos processuais:

Apelação. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais e materiais. Autora mãe de detento assassinado dentro de presídio por colega de cela - Responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88) elidida Segundo se depreende dos elementos de informação contidos nos autos, não restou configurada a responsabilidade objetiva da Administração, pois não há qualquer indício de que a requerida tenha descumprido seu dever de vigilância e proteção e, por omissão, tenha criado situação propícia para a ocorrência do evento. Rompimento do nexó de causalidade, ante a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro no que tange aos danos gerados. Sentença de procedência reformada para julgar o feito improcedente Recursos da Fazenda e oficial providos. (Relator(a): Paulo Barcellos Gatti; Comarca: Tupã; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2014; Data de registro: 18/12/2014).

Constitucional e Civil – Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso em delegacia policial. Alegação de culpa exclusiva da vítima não comprovação - Indenização devida.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).

2. Dever do Estado de preservar a integridade física daqueles que se encontram sob a sua custódia. Ausência de comprovação de culpa exclusiva da vítima. Indenização devida.

3. Indenização por dano material e moral bem fixadas. Reexame necessário, considerado interposto, acolhido, em parte. Recurso da ré desprovido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Bauru; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/07/2013; Data de registro: 01/08/2013; Outros números: 8766265900).

Outrossim, em relação à culpa exclusiva de terceiro, nem sempre o Código Civil a toma como excludente da responsabilidade, ao dispor que o lesado poderá acionar o agente causador direto do dano e esse, na sequência, cobrará do terceiro que efetivamente provocou o resultado. É o caso do estado de necessidade (art. 188, II, c/c arts. 929 e 930⁴⁰) e do transportador com acidente de passageiro (art. 735⁴¹), por exemplo.

⁴⁰ 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.

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

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.

⁴¹ Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Finalmente, o caso fortuito e a força maior parecem ter sido identificados pelo Código Civil, ao dispor, no art. 393, parágrafo único, que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Sem ingressar na extensa discussão doutrinária acerca de seus conceitos, adota-se o mesmo posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual:

O melhor é agrupar a força maior e o caso fortuito como fatos imprevisíveis, também chamados de acaso, porque são idênticos os seus efeitos. [...] na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado.⁴²

IV - Considerações finais

Ante o posicionamento da responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal, existe forte tendência no sentido de que essa foi definitivamente inserida no direito público e, por conseguinte, sob sua exclusiva ótica há de ser interpretada e aplicada.

É inegável que a responsabilidade estatal haja ingressado no regime jurídico administrativo, como bem dito ao longo deste trabalho, visto que se criou uma sujeição especial ao Poder Público de reparação pelos danos causados a terceiros pela conduta de seus agentes, decorrente do risco da atividade administrativa.

Tal sujeição, como é de amplo conhecimento, não se estende aos particulares, que continuam a submeter-se à regra clássica do dever ressarcitório tão somente nas hipóteses de culpa ou dolo (obviamente destacadas as situações em que outras leis imponham ao particular a responsabilização objetiva, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor).

⁴² CARVALHO FILHO, J. S. Obra citada, p. 500.

Entretanto, não há como se desvincular o regime jurídico administrativo, no ponto da responsabilidade, do regime jurídico privado, seja porque suas raízes são comuns, ou porque o primeiro retira do segundo conceitos, princípios, regras e interpretações para a adequada análise e solução do caso concreto.

Tal assertiva restou demonstrada pela enorme quantidade de menções e citações a que se fez do Código Civil, para todos os elementos constitucionais da responsabilidade.

E nem haveria de ser diferente (aliás, não há necessidade de ser diferente), porquanto, valendo-se do ensinamento de Yussef Cahali:

Em realidade, o conceito de responsabilidade civil é unitário, sendo hoje contemplado nos ordenamentos jurídicos mais tendo em conta a posição da pessoa que sofreu o dano, do que a do sujeito que o provocou; as concepções individualistas da responsabilidade subjetiva foram sendo paulatinamente descartadas a partir do final do século passado, dando lugar às concepções solidaristas, inspirando as teorias do risco criado, do risco-proveito, da atividade perigosa, do dano injusto, da socialização do dano, e abrindo caminho definitivamente para a responsabilidade objetiva em todos os níveis. [...] a responsabilidade civil é instituto que, embora historicamente tenha tido sua origem e desenvolvimento nos ordenamentos privados, pertence hoje à teoria geral do direito, pela simples razão de que seu fundamento e finalidade, e os princípios que a informam, são igualmente aplicáveis a todos os setores do direito.⁴³

⁴³ CAHALI, Y. S. Obra citada, p. 26.

Referências bibliográficas

AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexos de causalidade na responsabilidade civil do Estado. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: RT, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BEZOS, Clóvis. Responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca. (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Responsabilidade civil extracontratual no direito privado e no direito público: persistem as diferenças? In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, José de AGUIAR. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. II.

FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais – direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

WALD, Arnaldo. Responsabilidade civil do Estado – danos causados por atos de terrorismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais – direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III.