

**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO *VERSUS* O ATO REALIZADO
POR SEU AGENTE PÚBLICO E SUA CONSEQUENTE RESPONSABILIZAÇÃO NA
ÁREA CÍVEL**

*THE STRICT RESPONSIBILITY OF THE GOVERNMENT VERSUS THE ACT
PERFORMED BY ITS PUBLIC AGENT AND ITS CONSEQUENT LIABILITY IN THE CIVIL
AREA*

Tiago Imperatori*

Ana Christina Konrad**

Valmir de Souza***

Odorico Konrad****

202

RESUMO: Este artigo tem como objetivo fazer uma análise das possibilidades de o Estado não vir a ser condenado ou, em sendo, ter o direito de regresso pelo ato cometido por seu agente. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo, levantamento bibliográfico e documental. Dessa forma, as reflexões partem de um resgate evolutivo acerca da história da responsabilidade desde os tempos primórdios até os dias atuais. Em seguida, faz-se um estudo direcionado à responsabilidade civil do Estado para que, finalmente, seja analisada a responsabilidade civil subjetiva do agente público sobre o dano gerado, capaz de afastar a responsabilidade objetiva do Estado. Assim, somente a análise criteriosa é que poderá conduzir a conclusão de que, nos casos em que o agente público agir com dolo ou culpa, poderá o Estado vir a não ser condenado ou, em sendo, ter a sua responsabilidade minimizada diante da atuação de seu agente.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibilities of the state not be condemned or, in being, have the right of return for the act committed by his agent. This is a qualitative study conducted by the deductive method and survey bibliographic and documentary. Thus, the reflections are a rescue about the evolutionary history of responsibility from the earliest times to the present day. Then it is a study directed to liability of the State to finally be analyzed subjective liability about the damage generated, capable of removing the strict liability of the State. Thus, only a careful analysis is that may lead to the conclusion that, in cases in which the public official to act with malice or negligence, the State can not continue to be condemned, or in being, have minimized their responsibility before the performance of his agent.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Estado. Agente público. Art. 37, §6º da Constituição Federal. Danos Morais e Materiais.

KEYWORDS: Liability. State. Public official. Article 37, § 6º of Federal Constitution. Moral and Material Damages.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Responsabilidade Civil e suas Espécies. 1.1 Elementos da Responsabilidade Civil. 1.2 Causas que Rompem o Nexo de Causalidade. 2 Responsabilidade Civil do Estado. 2.1 Evolução Histórica. 2.2 Atos Comissivos e Atos Omissivos. 2.3

* Especialista em Direito Público pela Universidade Uniderp Anhanguera, São Paulo. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul. Pesquisadora bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particular (PROSUP/CAPES).

*** Doutor em Ambiente e Desenvolvimento pelo Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul. Mestre em Desenvolvimento Regional e Agronegócio pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Paraná. Professor do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública e Cidadania da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE) e do Programa de Pós-Graduação em Gestão e Auditoria Ambiental da Faculdade Sul Brasil (FASUL), Paraná.

**** Doutor em Engenharia Ambiental e Sanitária pela Montanuniversität Leoben, Áustria. Professor do Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho do Centro Universitário Univates, Rio Grande do Sul.

Responsabilidades Subjetiva e Objetiva do Estado. 3 Discussão acerca da Temática Proposta. 3.1 Teoria do Risco Administrativo. 3.2 Abordagem Referente ao Artigo 37, §6º, CF. 3.3 Sujeitos Passivos: Estado e Agentes Públicos. 3.4 Responsabilidade Subsidiária e a Denúnciação à Lide. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Carta Magna em 1988, consolidaram-se os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros. Dentre eles, encontra-se o direito de ser indenizado por ocasião de algum evento danoso ocasionado por qualquer pessoa física e/ou jurídica de direito público ou privado. Diante de tais previsões legais e tendo em vista a necessidade de comprovação do efetivo dano, cabível é a busca pela reparação financeira por danos (extra)patrimoniais, quando devidamente comprovados.

Nesse contexto, pretende-se verificar a responsabilidade civil subjetiva do agente público sobre o dano gerado, capaz de afastar a responsabilidade objetiva do Estado. Assim, objetivando resolver a questão que recai sobre o tema proposto, necessária se faz a realização de análise acerca de possível responsabilização estatal por atos de seus agentes, com ênfase no disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal (CF). Como forma de complementação, serão abordadas questões referentes às teorias publicistas, leis diversas acerca da responsabilidade no âmbito público, bem como os sujeitos que, *a priori*, transformam-se em alvos das vítimas ou de suas famílias, as quais buscam, em sua maioria, ressarcimento financeiro.

Como o texto objetiva elucidar a questão “quando se torna viável a responsabilidade civil subjetiva do agente público sobre o dano gerado, capaz de afastar a responsabilidade objetiva do Estado?”, a pesquisa, quanto à abordagem, será qualitativa, conforme Mezzaroba e Monteiro (2008), e os procedimentos técnicos adotados são bibliográfico e documental.

Por fim, após análise acerca da responsabilidade civil do Estado, parte-se ao estudo do art. 37, §6º, CF e sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, com apoio na responsabilidade solidária entre Estado e agente, no sentido de encontrar a viabilidade de eximir aquele da responsabilidade objetiva que lhe circunda.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS ESPÉCIES

A sociedade vive em constante modificação e os cidadãos se entregam cada vez mais a uma vida com muitos afazeres pessoais e profissionais. Tendo por base essa dinâmica, ocorrem alguns fatos inesperados que poderão ensejar a reparação por danos morais e/ou

materiais. Diante disso, e levando-se em consideração os reflexos de tais fatos perante a comunidade, torna-se necessário compreender as espécies, elementos e excludentes da responsabilidade civil com base na legislação brasileira vigente.

Em razão da ocorrência de uma conduta capaz de representar violação a um dever jurídico, bem como diante de tantos fatos que têm o condão de ensejar a reparação de danos, é que a responsabilidade foi subdividida em duas esferas, quais sejam, civil e penal, em sequência analisadas.

Muito embora os conceitos de responsabilidade civil e penal sejam parecidos, existem algumas diferenças pontuais, as quais são capazes de gerar o dever de indenização. *A priori*, a correlação existente entre ambas as esferas jurídicas é a de que a responsabilidade penal pode produzir efeitos no âmbito cível.

Venosa (2007), com fundamento nos artigos 91, inciso I, do Código Penal (CP), 63, do Código de Processo Penal (CPP) e 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil (CPC), aduz que a sentença penal condenatória tem a capacidade de fazer coisa julgada na área cível, para fins de indenizar a vítima da conduta delituosa.

Segundo o autor (2007), com relação à questão envolvendo a sentença penal condenatória, a esfera cível mantém proximidade com a penal no que diz respeito à existência do fato criminoso, ou seja, “[...] não podemos discutir no cível a existência de fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal [...]” (VENOSA, 2007, p. 18).

Já no âmbito cível, o prejuízo causado por um terceiro deve ser ressarcido, desimportando tratar-se de ente público. O principal objetivo, neste momento, é a recomposição do equilíbrio, na tentativa de recuperar o *statu quo ante* ou, não sendo isto possível, através de uma compensação financeira. Deste modo sendo necessário compreender a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

Como anteriormente aferido, aquele que não respeitar os deveres jurídicos poderá vir a sofrer consequências de cunho indenizatório. Tais deveres poderão ter como origem uma relação jurídica obrigacional previamente estabelecida, sendo denominada, também, de contrato. Nesse sentido, “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 15).

Como se vê, para o autor a responsabilidade contratual é aquela em que há uma infração a um determinado dever jurídico, o qual pode ter sido originado através de um ilícito de negócio jurídico, caracterizado por contratos, como já dito, ou manifestações de vontade.

Assim, caso a responsabilidade seja contratual, “o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado [...] se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas em lei [...]” (GONÇALVES, 2008, p. 28).

Paralelamente ao assunto anterior, situa-se a responsabilidade extracontratual, a qual está fundada em uma infração à legislação, não tendo, pois, relação alguma com contratos. A simples ação de não fornecer alimentos, por exemplo, pode configurar uma infração capaz de gerar tal responsabilidade, uma vez que o dever de alimentar está posto em lei e é considerado um direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

Se a ilegalidade tiver como origem um ato contra um dever previsto em lei, o ilícito será considerado extracontratual ou aquiliano. Comprova-se tal disposição pelo seguinte entendimento doutrinário:

Se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 15).

A violação dos deveres de omissão, como os que correspondem aos direitos reais, da personalidade ou aos direitos de autor, estes no que diz respeito à ordem científica e/ou artística, também configuram aspectos da responsabilidade extracontratual, segundo Gonçalves (2008).

Assim, segundo o autor, no que diz respeito ao *onus probandi*, o interessado, ou seja, a vítima deverá comprovar que o fato realmente ocorreu por culpa do agente, sempre que a infração tiver como núcleo a legislação, com o intuito de não responder pelos danos causados, os quais que não teve culpa, a princípio, de sua ocorrência.

Há outra face da responsabilidade, denominada de responsabilidade subjetiva. Essa modalidade estabelece a necessidade de provar a existência de dolo e culpa na ação ou omissão praticada por uma pessoa. O ilícito, nesse caso, corresponde ao fundamento para caracterizar o dever de ressarcir o prejuízo causado. No pensar de Diniz (2008, p. 53), tal esfera da responsabilidade está dividida em direta e indireta. “Será direta, quando o agente

responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei [...] operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do *onus probandi*”.

Havendo a configuração acerca da forma indireta da responsabilização, o agente poderá responder judicialmente de forma objetiva ou subjetiva, conforme se verifica a seguir:

[...] relativamente à responsabilidade indireta, o imputado responderá objetivamente, por ato de terceira pessoa, com a qual tenha vínculo legal de responsabilidade (CC, art. 932, I a IV), ou, subjetivamente, por fato de animal ou de coisas inanimadas sob sua guarda (como sucede com donos ou detentores de animais, donos de edifícios em ruínas. Será preciso provar a culpa do lesante na produção do dano (CC, 936 e 937) (DINIZ, 2008, p. 53).

Ainda, tomando-se por base o Código Civil de 2002, observa-se que seu art. 186 “manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 16). Para o doutrinador, o termo culpa, deve ainda ser estudado e interpretado em seu duplo sentido, qual seja, *lato e stricto sensu*, indicando dessa forma, tanto a culpa, quanto o dolo na ação praticada.

O atual Código Civil brasileiro promoveu significativas alterações em matéria de responsabilidade objetiva, isto é, aquela que não exige a comprovação da culpa para reconhecimento do dever de indenizar. Conforme Kfoury Neto (2010, p. 64), “nosso direito admite, então, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa”.

Como visto no tópico anterior, a vítima, com a finalidade de ser ressarcida pela ocorrência de um evento danoso, deve comprovar a culpa do agente, conforme reza o art. 927, *caput*, CC. Contrariamente a esta modalidade de responsabilidade – subjetiva –, alguns casos são dispensados da presença do elemento culpa, caracterizando assim, a forma objetiva do referido instituto civilista. Torna-se possível visualizar esta situação, por exemplo, nas relações de trabalho onde comprovadamente há incidência de periculosidade, ou seja, quando a empresa se torna responsável pelos danos causados ao seu empregado em face da atividade ser de risco, não sendo necessária a comprovação da culpa para fins de indenização.

A responsabilidade civil, conforme aduz Stoco (2001, p. 109), vem se dirigindo a passos largos para a questão objetiva, que está sob os pilares da teoria do risco, uma vez que a “culpa tradicional não satisfaz e não dá resposta segura à solução de numerosos casos”.

Lima (2004) acrescenta que diante da dificuldade de, por exemplo, o trabalhador comprovar a culpa da empresa que o contratou frente a um dano oriundo de acidente de

trabalho, surgiu a necessidade da criação da chamada Teoria do Risco “ante a necessidade de amparar as vítimas de acidentes e tendo em vista os problemas sociais deles originados, principalmente, para o operário e sua família”.

Venosa (2007, p. 12) acredita que “a teoria da responsabilidade objetiva não pode, portanto, ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto enfocado pelo corrente Código”.

Para Cavalieri Filho (2010) a responsabilidade objetiva trouxe novos horizontes aos julgadores, uma vez que o risco é um de seus principais elementos, sendo dispensável a comprovação da culpa para fins de indenização pelos danos causados. Complementando sua posição, o autor menciona que é possível identificar várias faces da *teoria do risco*: Teoria do risco-proveito (ocorre quando alguém tira proveitos da atividade danosa e, por consequência, deve responder por eventual dano); Teoria do risco criado (pode ser explicada nos casos em que a atividade cria um perigo); Teoria do risco profissional (tem influência na comprovação dos prejuízos com origem em acidentes de trabalho); Teoria do risco excepcional (existente quando há a necessidade de responsabilizar aqueles que exploram energia nuclear, materiais radioativos, etc.) e Teoria do risco integral (esta tem a prerrogativa de que, havendo dano, há o dever de indenizar quem o sofreu).

Na mesma linha, Diniz (2008, p. 128) menciona que “é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

A autora continua seu pensamento mencionando que a equidade possui caráter importante na formação da objetividade da responsabilidade, pois “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens resultantes” (DINIZ, 2008, p. 51). Sendo assim, a atividade exercida pelo agente pode ser a origem de eventuais danos à vida, saúde, etc, levando-se em consideração as probabilidades de criação de risco a outrem.

Nesta esteira, Diniz (2008) ressalta que algumas atividades humanas têm o poder de criar algum tipo de risco especial, como por exemplo, o trabalho em ferrovias, cavernas de mineração, transporte marítimo, comercialização e transporte de combustível, bem como em serviços de hotelaria (em casos de furto por parte dos empregados em face dos hóspedes), entre outros.

Por fim, Diniz (2008) informa, ainda, que o ponto chave da situação é o perigo que nasce da atividade e não das atitudes das vítimas, as quais deverão comprovar tão somente o dano e a conduta do seu causador, para fins de ressarcimento do(s) dano(s) sofrido(s).

1.1 Elementos da Responsabilidade Civil

Com a finalidade de caracterizar a obrigação de responsabilizar um cidadão por ato seu praticado, necessária a demonstração de certos pressupostos, os quais variam de acordo com as correntes doutrinárias. Para melhor compreensão serão abordadas por itens na sequência.

a) Conduta/ação

Levando-se em consideração o primeiro elemento (conduta), destaca-se o art. 186, CC, o qual menciona que comete ato ilícito a pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ocasiona um dano, seja este tão somente moral ou não.

Assim, denota-se que o dano pode existir mediante a repercussão e comprovação da culpa. Observa-se:

O Código Civil, em seu art. 186, ao se referir ao ato ilícito, prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), viola direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos (DINIZ, 2008, p. 40).

Mister mencionar que ação e conduta perfazem o mesmo caminho. Neste sentido,

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de ato que possam lesar o seu semelhante, de sorte que este *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24).

Segundo Venosa (2007, p. 21), a análise da parte geral do Código Civil permite observar que “fatos, atos e negócios jurídicos” existem justamente pela vontade humana, refletindo efeitos por vezes contrários à legislação vigente.

O escritor explica o contexto exposto através de situações triviais do cotidiano da sociedade, tais como o dever de alimentação dos pais para com seus filhos, bem como a obrigatoriedade do médico prestar seus serviços quando contratado por determinado paciente.

Logo, a responsabilização pelos danos gerados será colocada em pauta a partir do momento em que houver uma omissão por parte daquele que tem “o dever jurídico de agir, vale dizer, estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25).

No que tange à efetiva existência de uma ação, necessária se faz a exibição de causas oriundas de fatos próprios, de outrem e de coisa, elencados nos artigos 932, 937 e 938, do atual Código Civil. Conforme o entendimento do autor, a primeira possui auto-explicação, ou seja, aquele que dá causa para a ocorrência de um dano, torna-se responsável pelo mesmo. Quanto ao fato de outrem, também compreendido como sendo de terceiro, ocorre quando há uma proteção, mais especificamente na questão do “dever de guarda, vigilância e cuidado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 25), ou seja, o dever dos pais, tutores, curadores, empregadores, entre outros, para com aqueles que estão sob sua proteção. Admissível, ainda, o fato da coisa, também com o sentido de guarda e vigilância com pessoas, como também com animais e coisas.

Assim, com base em tais premissas, possível é a conclusão de que a conduta, exteriorizada pela ação, é considerada um elemento essencial para a caracterização do dever de responsabilizar aquele que lesou outrem.

b) Dano

O dano pode ser considerado um dos mais importantes elementos para a caracterização do dever de indenizar, uma vez que “não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo” (DINIZ, 2008, p. 59). Muito embora seja um pressuposto essencial, como anteriormente mencionado, a referida autora explica que o mesmo deve ser devidamente comprovado através de provas concretas que possam garantir o êxito na busca pelo ressarcimento tanto de danos materiais como morais, adiante analisados de forma mais específica.

Ainda, a escritora aduz que, quanto aos danos que vão de encontro à esfera subjetiva do lesado, afetando a sua moral, verifica-se que não são passíveis de mensuração financeira, requerendo atenção muito especial do Magistrado quando do estudo do caso e das provas, para ser alcançada a indenização mais justa, uma vez que a dor, a honra, o nome, etc., não possuem uma base valorativa para direcionar o Juiz no momento de seu convencimento e posterior decisão. Tal entendimento funda-se na ideia de que “o dano moral que se traduz em

ressarcimento pecuniário não afeta, *a priori*, valores econômicos, embora possa vir a repercutir neles” (DINIZ, 2008, p. 60).

No quesito patrimonial, também denominado de material, as possibilidades de alcançar um valor econômico mais preciso ao dano ficam mais claras, conforme o seguinte posicionamento:

[...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Esta definição, embora não mereça a aprovação unânime dos autores, tem o mérito de abranger todos os bens e direitos na expressão conjunto das relações jurídicas, vale dizer, abrange não só as coisas corpóreas, como a casa, o automóvel, o livro, enfim, o direito de propriedade, mas também as coisas incorpóreas, como os direitos de crédito (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Tal dano vem a ser calculado mediante a “diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão” (DINIZ, 2008, p. 66). Logo, o que se almeja é a busca do *statu quo ante*, isto é, tentar voltar a um patamar parecido ao vivenciado no momento da ocorrência do fato.

Em sequência ao entendimento do doutrinador, o mesmo menciona que é possível, pois, inexistir culpa. Porém, para quem almeja o ressarcimento por haver sido lesado, necessária se faz a comprovação do dano, denominado pelo mesmo autor de “vilão da responsabilidade civil” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 72).

Ainda, denota-se que a responsabilidade penal pode ocorrer sem dano, sendo impossível o mesmo ocorrer na área civil. O conceito empregado ao termo *dano*, atualmente, é o da ocorrência de uma redução de um bem jurídico, não importando a sua natureza, “quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Diniz frisa que será indispensável a ocorrência de alguns requisitos para que o dano indenizável realmente ocorra. São eles:

a) *Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa*, pois a noção de dano pressupõe a do lesado. O dano acarreta lesão nos interesses de outrem, tutelados juridicamente, sejam eles econômicos ou não. [...] Se alguém caluniar outrem, os danos poderão consistir na afetação do bom nome do caluniado, na perda do emprego ou de algum negócio [...] Esses são designados de *danos reais* causados pelo fato lesivo [...] b) *Efetividade ou certeza do dano*, pois a lesão não poderá ser hipotética ou conjetural. O dano deve ser real e efetivo, sendo necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão [...] O dano pode ser atual ou futuro [...] c) *Causalidade*, já que deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado [...] d) *Subsistência do dano* no momento da reclamação do lesado. Se o dano já foi reparado pelo

responsável, o prejuízo é insubsistente, mas, se o foi pela vítima, a lesão subsiste pelo *quantum* da reparação [...] e) *Legitimidade*, pois a vítima, para que possa pleitear a reparação, precisará ser titular do direito atingido [...] f) *Ausência de causas excludentes de responsabilidade*, porque podem ocorrer danos [...] como os causados por caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima etc.” (DINIZ, 2008, p. 63-65).

Com o ora exposto, indispensável resta à análise de dois aspectos muito relevantes na esfera da responsabilidade civil: o dano emergente e o lucro cessante. Venosa (2007, p. 35) expõe em sua obra que enquanto aquele diz respeito ao que efetivamente foi perdido, este corresponde ao que a “vítima razoavelmente deixou de lucrar”. Desta feita, o dano emergente torna-se mais suscetível a uma mensuração de valores, pois depende tão somente de dados concretos.

Quanto ao lucro cessante, o autor menciona que deve haver uma “projeção contábil” (VENOSA, 2007, p. 35) baseada no que a vítima do evento danoso teria recebido se o mesmo não tivesse ocorrido. Assim, “a avaliação não pode partir de premissas abstratas” (VENOSA, 2007, p. 36), devendo haver, no entanto, a aplicação do princípio da razoabilidade, conforme preconiza o art. 402, CC.

Nossa Carta Magna, promulgada em 1988, trouxe à baila, dentre muitos direitos, deveres e garantias fundamentais, a possibilidade de ressarcimento por danos materiais e morais. Observa-se tal afirmação através do art. 5º, V e X. Além da Constituição Federal, outras legislações inseriram em seu contexto a questão posta. É o caso do art. 186, CC e art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Expressando mais ênfase à questão do dano, denota-se que o mesmo, por si só, consiste em um gênero. Quando *moral* – espécie – merece ser estudado de forma mais específica diante de suas peculiaridades, tais como seus meios de provas, legitimidade, transmissibilidade, arbitramento e sua liquidação.

A fase instrutória do processo é a grande responsável pela discussão da existência do dano moral, a qual é considerada extremamente importante para o deslinde do feito, uma vez que a sua comprovação depende de provas concretas de que a pessoa realmente sofreu com o evento danoso. Segundo a doutrina, “por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 90).

O magistrado, no âmbito de suas atribuições legais, tem o dever de arbitrar o valor destinado ao dano moral em comento, por seu livre arbítrio, “atentando para a repercussão do

dano e a possibilidade econômica do ofensor” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 96). Mister ressaltar que o montante indenizatório não pode ser fonte de lucro à vítima, nem de empobrecimento do devedor, conforme posicionamento do autor. Este momento é muito relevante para a resolução do processado, devendo o Juiz agir de acordo com o bom senso, a fim de que a sentença seja justa e a “sanção seja proporcional ao dano” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98).

Pessoas jurídicas também podem vir a ser prejudicadas moralmente. É o que se pode compreender através do seguinte entendimento: “toda ofensa ao nome ou renome de uma pessoa jurídica representa-lhe um abalo econômico” (VENOSA, 2007, p. 41).

Por fim, objetivando demonstrar a relevância do assunto tratado, toma-se por base a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que o dano moral pode ser cumulado ao patrimonial.

c) Nexo e culpa

O nexos de causalidade pode ser descrito como sendo um dos elementos mais importantes na relação que define a real necessidade da reparação de danos pretendida, na maioria dos casos, perante o Poder Judiciário.

Conforme anteriormente analisada, a responsabilidade subjetiva é aquela que toma por fundamento alguns requisitos considerados basilares para a ocorrência de responsabilidade civil, quais sejam: “a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano e o nexos de causalidade entre uma e outro” (STOCO, 2001, p. 106).

O autor afirma, ainda, que este nexos “se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito” (STOCO, 2001, p. 106). Ainda, o referido doutrinador aduz que:

No tocante à determinação do nexos causal, duas questões se antepõem: a primeira pertence à dificuldade de sua prova; a segunda, situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, máxime quando ocorra a “causalidade múltipla”, pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa eficiente (STOCO, 2001, p. 106).

Ademais, no tocante aos diversos entendimentos doutrinários, verifica-se que “o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se ‘nexos causal’, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível” (DINIZ, 2008, p.

108). Destarte, fica visível a ideia de que para que haja o nexo, necessariamente deverá existir uma forte ligação entre o fato que gerou o dano e a conduta do agente.

Neste sentido, o que deve restar fortemente comprovado, no contexto de Diniz, é a necessidade de “que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido [...] se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência” (DINIZ, 2008, p. 108).

Gonçalves (2008, p. 36) informa que a relação de causalidade é tão importante para o deslinde da discussão que, “sem ela, não existe a obrigação de indenizar.” Por fim, “o nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito” (STOCO, 2001, p. 106).

Ab initio, pode-se dizer que a culpa tem uma função essencial no campo da responsabilidade civil, pois, conforme se analisará a seguir, a mesma pode ser apresentada sob dois aspectos, quais sejam: *lato sensu* e *stricto sensu*.

Contudo, primeiramente existe a necessidade de compreender e conceituá-la de acordo com os estudos atuais, os quais se fortificam no art. 186, CC, que menciona que a ação ou a omissão do agente deve ser baseada no ato voluntário ou, ainda, na negligência ou imprudência para, então, configurar um ato ilícito.

A obrigação de ressarcir alguém surge quando uma pessoa age com culpa, ou seja, quando teve a possibilidade de agir de forma correta, mas assim não o fez (por descuido, negligência), gerando um dano a outrem. Comprova-se tal afirmação, com a seguinte interpretação: “agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito [...]” (GONÇALVES, 2008, p. 296).

A culpa *lato sensu*, ou seja, em sentido amplo, “compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico”. Paralelamente a isto está a culpa *strictu sensu* que, na visão da autora, diz respeito à “imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar o dever” (DINIZ, 2008, p. 41).

Para a doutrinadora, a vontade de alcançar um resultado capaz de gerar danos – fim ilícito –, corresponde ao dolo. Em outro sentido, a mesma ensina que “a imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas [...] e a imprudência é a precipitação ou ato de proceder sem cautela” (DINIZ, 2008, p. 41).

Em um contexto mais direcionado, verifica-se que a conceituação de culpa se restringe a uma “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a

produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

Logo, o escritor menciona que o referido conceito traz em seu bojo os elementos essenciais para a configuração da conduta culposa: “a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

Quanto às suas modalidades, a culpa exhibe um leque bastante amplo, conforme verifica-se a seguir:

Culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante, ou do preposto [...] não legalmente habilitado, ou sem as aptidões requeridas. Culpa *in vigilando* é a que promana de ausência de fiscalização por parte do patrão [...] culpa *in committendo*, quando o agente pratica ato positivo (imprudência), enquanto a *in omittendo* decorre de abstenção (negligência). [...] a culpa pode ser encarada ainda *in concreto* ou *in abstracto*. Na primeira, o agente falta à diligência que as pessoas são obrigadas a empregar nas próprias coisas [...] Na segunda, o agente falta àquela atenção que um homem atento emprega na administração de seus negócios, fazendo uso da inteligência com que foi dotado pela natureza (STOCO, 2001, p. 97).

214

Logo, a teoria da culpa presumida tem uma ligação muito íntima com o já mencionado dano moral, uma vez que a mesma traz em seu contexto o pressuposto de que “a vítima tem de provar a culpa do agente para obter a reparação” (GONÇALVES, 2008, p. 302).

Por fim, é possível compreender que, mesmo havendo dúvidas quanto à culpa do agente e/ou da vítima, esta deverá alegar sua fragilidade, bem como o nexos causal, conforme dito anteriormente para, então, haver a inversão do *onus probandi* e alcançar a melhor forma de solucionar o conflito objeto de discussão.

1.2 Causas que Rompem o Nexos de Causalidade

A doutrina, em um contexto amplo, refere que a atenção deve ser redobrada no que tange às excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, etc.), pois, caso alguma delas se faça presente no caso concreto, o dever de indenizar se esvai.

A primeira causa capaz de romper com o nexos causal é a *culpa exclusiva da vítima*. Seu conceito abrange a ideia de que “se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos [...]” (DINIZ, 2008, p. 111). A autora

refere, ainda, que o cidadão que participou do evento danoso e que, por motivos alheios à sua vontade causou o dano, nada mais é do que um “instrumento do acidente, não se podendo falar em nexo de causalidade entre a sua ação e a lesão” (DINIZ, 2008, p. 111).

Assim, ao analisar e valorar cada situação de forma separada e minuciosa, torna-se possível afirmar que “a culpa *exclusiva* da vítima elide o dever de indenizar [...] Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas” (VENOSA, 2007, p. 47). A hipótese, pois, é de culpa concorrente, incidindo a regra do art. 945 do CC.

Quanto ao *fato de terceiro*, Diniz (2008, p. 112) ensina que esta terceira pessoa está em um patamar diferenciado da vítima e do agente. Cavalieri Filho exemplifica tal situação a partir do caso julgado pela 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio de Janeiro, resumidamente a seguir transcrito:

A mulher de um ciclista moveu ação de indenização contra determinada empresa de ônibus por ter sido o seu marido atropelado e morto quando trafegava em sua bicicleta. Alegou-se que o ônibus, invadindo a contramão de direção, atingiu o ciclista em sua pista. A prova demonstrou, entretanto, que o ciclista caiu em um buraco existente em sua pista justamente no momento em que o ônibus passava em sentido contrário, vindo a ser atingido na cabeça pela roda traseira do coletivo. O buraco na pista do ciclista havia sido aberto por uma empresa prestadora de serviços públicos. A ação foi mal-endereçada. Deveria ter sido dirigida contra o verdadeiro causador da tragédia, a empresa que, imprudentemente, deixou aberto o buraco na pista [...] (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 67).

215

No que tange aos *casos fortuitos* ou de *força maior*, estes correspondem a aspectos muito relevantes para a responsabilidade civil. Aquele, também denominado *act of God*, ou seja, ato de Deus no contexto do direito anglo-saxão, diz respeito às “forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado” (VENOSA, 2007, p. 48). Em seqüência, o doutrinador refere que os casos de força maior correspondem aos atos que os seres humanos são capazes de desenvolver, “tais como guerras, revoluções, greves e determinação de autoridades (fato do príncipe)”.

Ainda, o autor refere que os casos denominados fortuitos têm como fundamentação a questão da imprevisibilidade. Já a força maior, mesmo sendo passível de previsão, por vezes impede a sociedade de resistir.

O atual Código Civil, em seu art. 393, estabelece que as causas referidas podem excluir a responsabilidade:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Conclui-se, por fim que, seja como for, “se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não será inevitável; logo, não haverá caso fortuito” (STOCO 2001, p. 121). Diante do assunto abordado, visualiza-se a importância de que todo e qualquer cidadão deve agir de forma cautelosa e prudente em cada ato de sua vida, com o intuito de não interferir e/ou prejudicar direitos de outrem.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O presente item tem como objetivo analisar a esfera que permeia a responsabilidade do Estado enquanto instrumento de legalidade. Para tanto, a fim de dirimir possíveis dúvidas acerca do tema proposto, serão contextualizadas a evolução da responsabilidade em comento, os atos comissivos e omissivos, bem como os critérios adotados sobre as responsabilidades subjetiva e objetiva do Estado.

Estudos acerca da incidência de responsabilidade do Estado confirmam que este “pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva” (MELLO, 2008, p. 977).

O autor afirma que, ao enfrentar tais situações, o Estado também tem o dever de reparar economicamente eventuais danos gerados em face de pessoas físicas e/ou jurídicas, haja vista a ocorrência de “comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos” (2008, p. 977).

Ademais, conforme aduz Di Pietro, torna-se possível compreender que:

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa (...) Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária. (DI PIETRO, 2010, p. 642)

Cumprir frisar, também, que “há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem” (MELLO, 2008, p. 979). O doutrinador exemplifica tal situação com base no nivelamento de ruas, situação na qual alguns moradores ficarão abaixo do nível, mesmo havendo estudos técnicos e cautelas necessárias aplicadas ao ato. Como se depreende, o objetivo do ato em si não busca prejudicar alguém e sim gerar melhorias a favor da coletividade.

Vale ressaltar a importante conclusão de Mello, no sentido de que alguns danos gerados ocorrem para fins de melhoria da Sociedade, não sendo justo, “portanto, que apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos” (2008, p. 982).

Dessa feita, é possível afirmar que responsabilidade do Estado, sendo de caráter extracontratual, alcança a obrigação de reparação civil em prol de terceiros, quando estes restaram prejudicados por comportamentos oriundos dos agentes públicos que representam o ente federativo ora abordado.

217

2.1 Evolução Histórica

A passos largos a responsabilidade civil do Estado evoluiu, haja vista que diante de diversos fatores que levaram à ocorrência de danos a outrem, por ocasião da atuação de seus agentes, tal ente público encontrou-se em delicada situação para fins de ressarcimento pelos danos (extra)patrimoniais gerados.

Em face disso, “na realização de atividades pode o Estado, a qualquer instante, causar um dano patrimonial ou moral a uma pessoa específica, quando na verdade buscava realizar o bem-estar de toda uma coletividade (...)” (CAMPOS, 2012, p. 02).

A fim de que alcançássemos os termos que regem a atual responsabilização estatal, trilhou-se um caminho baseado em diversas interpretações. Por muito tempo a irresponsabilidade do Estado, segundo Di Pietro (2010, p. 643), vigorou. No entanto, “caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro (...)” (DI PIETRO, 2010, p. 643).

Dentre os diversos princípios que norteiam tal evolução, importa ressaltar, segundo Mello (2008, p. 984/990), os seguintes: *Irresponsabilidade do Estado*: admitia-se tão somente a responsabilização do funcionário quando o ato gerado era relacionado a um comportamento pessoal; *Responsabilidade do Estado*: admitida na segunda metade do século XIX, passando de subjetiva para objetiva, com base no nexo de causalidade entre o comportamento e o evento danoso.

Corroborando as diversas fases mencionadas, surgiram também diversas teorias, que trouxeram grande caráter evolutivo ao assunto em tela. Dentre elas, destacaram-se a Teoria Regalista ou Regaliana, Teorias Civilistas (dos Atos do Império e Atos de Gestão; da Culpa Civil ou Subjetivista) e as Teorias Publicistas (*Faute du Service* ou Culpa do Serviço; Risco Administrativo e Risco Integral).

Cada qual com sua devida importância ao ordenamento jurídico, destacou-se no direito moderno a Teoria do Risco Administrativo, a ser abordada adiante em tópico específico. Ainda, a doutrina esclarece que a responsabilidade do Estado vincula-se ao princípio da isonomia, ou seja,

logo, deve haver igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, pois, se em razão de atividade administrativa somente alguns particulares sofrerem dano especiais e anormais, isto é, que não são comuns da vida social, haveria um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos se somente eles suportassem o peso daquela atividade. (DINIZ, 2008, p. 624)

Nessa senda, a autora (2008, p. 626) ainda afirma que o Estado somente pode se manifestar por meio de pessoas físicas, ou seja, seus agentes. Portanto, se este agiu de determinada forma, interpreta-se que o Estado assim pretendeu.

Portanto, não se pode olvidar que “as pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, as de direito privado que desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (...) ou implícitas” (DINIZ, 2008, p. 626), também fazem parte da esfera de responsabilização, integrando-se de forma relevante ao contexto de evolução ora analisada.

2.2 Atos Comissivos e Atos Omissivos

Partindo-se dessas noções gerais, denota-se que, em atenção ao pensamento da referida escritora (DINIZ, 2008), não se pode olvidar que a ação emanada do ser humano pode ser comissiva ou omissiva, ilícita ou lícita, voluntária e objetivamente imputável, do

próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que gere lesões a terceiros, contribuindo com o dever de indenizar os direitos daquele que sofreu com as consequências.

Explica-se: ato comissivo pode ser interpretado como sendo aquele que não deveria ter sido colocado em prática, justamente por haver uma intenção em sua ocorrência. Em contrapartida, o ato omissivo (frequente na esfera contratual) traz em seu bojo a inobservância do dever de agir ou, ainda, a ideia de não praticar um ato que deveria ter sido exercido. Assim, com a sua prática, o dano talvez pudesse ter sido evitado. O ato ilícito toma por base a culpa; sendo esta inexistente, volta-se à questão da objetividade, a qual vem conquistando seu espaço junto ao ordenamento jurídico pátrio de forma significativa. A ação será voluntária quando houver a possibilidade de controlar os anseios e vontades do homem à qual se imputa o fato. Urge transcrever, ainda com base na autora mencionada, a afirmação: “de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético [...]” (DINIZ, 2008, p. 39).

219

Grande valia o termo omissão carrega em seu contexto. Aduz-se tal afirmação em concordância com a explanação de que a mesma “adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 24). Denota-se, ainda, que não ir de encontro ao resultado resulta em possibilidades de o ato vir a ocorrer efetivamente. Sendo assim, a atitude prestada pela pessoa é considerada, pelo autor, “uma condição negativa”.

Por fim, Diniz ensina (2008, p. 624), com base na doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, que a responsabilidade aquiliana do Estado é, “no caso de atos ilícitos (comissivos ou omissivos) uma consequência do princípio da legalidade, sendo que, na hipótese de comportamentos ilícitos comissivos, também o será do princípio da isonomia ou da igualdade de todos perante a lei”. Doutra banda, quanto aos atos lícitos, a autora (2008, p. 624) complementa que há incidência do princípio da igualdade, “pois o fundamento daquela responsabilidade é a garantia de uma equânime repartição dos ônus resultantes do evento danoso, evitando que uns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em prol da coletividade”.

2.3 Responsabilidades Subjetiva e Objetiva do Estado

Levando-se em consideração a breve explicação acerca de ambos os institutos, cumpre, neste momento, diferenciá-las quando aplicados ao Estado. Hodiernamente, a aplicação da legislação segue no sentido de que “a responsabilidade do Poder Público não existirá ou será atenuada quando a conduta da Administração Pública não der causa ao prejuízo ou concorrem outras circunstâncias que possam afastar ou mitigar sua responsabilidade” (REIS, 2006).

Segundo a autora, existe o dever objetivo por parte do Estado em aplicar as providências necessárias com o intuito de evitar quaisquer danos à população e ao patrimônio. Assim, além de destacar que as entidades particulares que prestam serviços públicos também atuam sob a égide da responsabilidade objetiva, entre outras, frisa que

Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidades à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários a formulação de um juízo de reprovabilidade quanto a sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade, defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consiste na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir. (REIS, 2006).

220

Existem questionamentos acerca da possibilidade de existir responsabilidade subjetiva do Estado. Para tanto, a resposta é distinta e toma por base três importantes correntes, as quais são muito bem detalhadas por Cavalieri Filho, quais sejam: a *primeira* enfatiza que atualmente é impossível a aplicação de tal subjetividade com base no disposto no art. 37, §6º, CF. A *segunda*, da qual Celso Antônio Bandeira de Mello toma frente, segue no sentido de que “sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano decorrer de *omissão* do Estado” (CAVALIERI FILHO, 2011), ou seja, quando este não configura como sendo o causador do dano. E mais: Cavalieri Filho (2011) *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 1003), esclarece que “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva”, por não haver conduta baseada nos requisitos que caracterizam a culpa. Enfim, a *terceira* corrente, de forma intermediária, aduz que a responsabilidade do Estado em sua forma subjetiva somente tem cabimento nos casos de omissão genérica e não em qualquer caso de omissão.

Logo, havendo constatação de eventual omissão estatal, o procedimento correto a ser adotado, segundo Cavalieri Filho (2011), é distinguir a omissão específica da genérica, haja vista que aquela está diretamente relacionada aos casos em que o Estado encontra-se na posição de “garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento”.

O autor exemplifica tal situação com a morte de um detento durante uma rebelião e suicídio cometido por paciente internado em hospital público, entre outros. A genérica, no entanto, corresponde ao “dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia”, como nos casos de “queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação (...)”. Conclui-se, para tanto, que “deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano não poderia ter ocorrido” (CAVALIERI FILHO, 2011).

3 DISCUSSÃO ACERCA DA TEMÁTICA PROPOSTA

221

Com o intuito de alcançar uma conclusão próxima aos entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais hodiernos, partindo-se de uma análise sobre a Teoria do Risco Administrativo, inserida em nosso ordenamento por ocasião dos termos do art. 37, §6º, CF, os sujeitos envolvidos na demanda judicial, bem como a responsabilidade subsidiária entre agente público e Estado ou o cabimento de denunciação à lide ao caso proposto.

3.1 Teoria do Risco Administrativo

Levando-se em consideração a significativa evolução da responsabilidade civil do Estado, várias teorias foram criadas a fim de caracterizar a atuação do ente federativo perante o ordenamento jurídico pátrio. Conforme visto anteriormente, a regra adotada por muito tempo era aquela denominada de irresponsabilidade, passando pela responsabilidade subjetiva para, então, alcançarmos a regra objetiva.

Diante de várias mencionadas, a Teoria do Risco Administrativo demonstrou que se encaixa perfeitamente com as situações em que se analisam danos praticados pelos agentes públicos em face de terceiros, razão pela qual fora eleita para aplicação no direito moderno.

Dessa feita, a mencionada teoria “importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa (...) surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública” (CAVALIERI FILHO, 2011).

Nessa senda, como aduz o autor *apud* Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 890), “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos” (2011).

Corroborando o exposto, cumpre destacar a existência de alguns fundamentos importantes, quais sejam:

(...) exercício da atividade administrativa, que, mesmo tendo por objeto a realização do bem-estar da coletividade, expõe essa coletividade a certos riscos. Considerando que a exposição das pessoas ao risco da atividade administrativa ocorre sem culpa ou dolo por parte do Estado, antes decorre do exercício normal de suas atividades, é razoável concluir que o eventual dano decorrente dessa atividade acarreta o dever de reparação, independentemente da existência de culpa ou dolo por parte do agente público (...) solidariedade que deve existir por parte da sociedade beneficiária da ação do Estado, em face daquele particular que sofreu o dano decorrente da ação pública (...) posição privilegiada da Administração em face do particular, sendo, portanto, um fundamento de natureza política e jurídica (...) (CAMPOS, 2011)

222

Importa ressaltar, também, com base nos ensinamentos de Campos (2011) que, muito embora a teoria em comento “dispense a necessidade de demonstrar o dolo ou a culpa do agente público, ela permite que o Estado demonstre a culpa da vítima para excluir ou minimizar a indenização”. O autor complementa, ainda, informando que tais situações poderão ser confirmadas mediante a confirmação de caso fortuito ou força maior, excluindo-se, pois, a responsabilidade estatal.

Outrossim, a Teoria do Risco Administrativo difere da Teoria do Risco Integral, haja vista que naquela “o Estado somente responde pela atividade que pratica e que seja causa eficiente do dano sofrido pela vítima, podendo em sua defesa arguir as cláusulas excludentes de responsabilidade civil”. Por outro lado, esta define que “cabe ao Estado o dever de indenizar as vítimas dos danos, não sendo possível a ele defender-se alegando existência de cláusulas excludentes (...)” (CAMPOS, 2011).

Logo, conforme menciona o autor, esta última jamais fora adotada em qualquer ordenamento jurídico, por ser considerada “absurda”, dando ênfase àquela que embasa o presente tópico.

3.2 Abordagem Referente ao Artigo 37, §6º, CF

A Carta Magna, promulgada em 1988, trouxe diversas inovações quando em comparação com as duas últimas Constituições. Nesse sentido, após manter praticamente os mesmos termos dos dispositivos legais que o precederam, observa-se que o artigo 37, principalmente seu §6º, disciplina a responsabilidade civil do Estado. *In verbis*:

Art. 37. 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.

Partindo-se do dispositivo ora em análise, percebe-se que o mesmo “reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa” (DINIZ, 2008, p. 632/633).

223

Levando-se em consideração os atos (c)omissivos elencados no direito brasileiro, é possível deparar-se com duas correntes, quais sejam:

A primeira defende a tese de que a Teoria do Risco Administrativo, consagrada no art. 37, §6º, CF/88, é aplicável indistintamente aos atos comissivos e omissivos do Poder Público (...). A segunda (...) sustenta a tese de que a Teoria (...), somente é aplicável aos atos comissivos do Poder Público, sendo que nos casos de omissão deverá ser aplicada a Teoria da *Faute du Service*, com apuração subjetiva da responsabilidade civil do Estado (CAMPOS, 2011).

Diante de tal divergência, o autor afirma que atualmente vem sendo adotada a primeira corrente “apenas aos comissivos”, bem como que a ação descrita no artigo legal corresponde a uma forma positiva, no sentido de que o ato em si poderá gerar danos aos administrados.

Também cumpre salientar que a Constituição Federal exige, para fins de confirmação “da responsabilidade objetiva do Estado uma *ação* do agente público, haja vista a utilização do verbo ‘causar’ (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do

agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissos” (GASPARINI, 2002, p. 841)

Ademais, Gasparini (2002, p. 841), também afirma que é de suma importância que o agente público, ao realizar um ato que gere algum dano, deverá estar no desempenho de suas funções, ou seja, não pode o Estado vir a ser condenado por um ato qualquer deste mesmo agente quando este não estiver em horário de serviço ou que venha a criar uma desavença qualquer que não tenha relação alguma com a atuação do Estado.

Nesse ínterim, é possível alcançar o entendimento de que o artigo em comento tem como objetivo ser a base de fundamentação para decisões em sede de primeiro e segundo graus de jurisdição, eis que a discussão em âmbito judicial, como se verá adiante, pode ser entrelaçada entre administrado e Estado, tendo este total garantia de regresso no momento em que confirmada a atuação incorreta de seu agente quando da realização de suas atividades em prol da Administração Pública.

3.3 Sujeitos Passivos: Estado e Agentes Públicos

O tema proposto, diante de sua aplicabilidade com fundamento no art. 37, §6º, CF, leva o operador do Direito a compreender que, dependendo das circunstâncias que facilitaram a ocorrência de danos a alguma pessoa (física ou jurídica), esta poderá ajuizar ação judicial para fins de ressarcimento por danos (extra)patrimoniais, conforme garantia insculpida em nossa Constituição Federal.

Portanto, nestes casos, *a priori*, partindo-se de uma premissa legal e de senso jurídico comum, a ação, de caráter indenizatório, deverá possuir em seu polo passivo o Estado, haja vista este sofrer as consequências anteriormente mencionadas, baseadas na responsabilidade objetiva que lhe fora imputada, ou seja, “responde o Estado porque causou o dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular” (CAVALIERI FILHO, 2011).

Corroborando o exposto, o autor continua sua explicação no sentido de que é de grande relevância que, para fins de total responsabilização do Estado, “o cargo, a função ou atividade administrativa tenha sido a oportunidade para a prática do ato ilícito”.

Assim, cumpre destacar que

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória (...) A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano (CAVALIERI FILHO, 2011).

A título informativo, a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais estabelece, em seus arts. 121 a 126-A, critérios acerca das responsabilidades dos servidores.

In verbis:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (grifos nossos)

225

Em sequência, destaca-se que para fins de concretização da responsabilização pretendida, “não basta que o ato ilícito tenha sido praticado por agente público. É também preciso que a condição de agente estatal tenha contribuído para a prática do ilícito, ainda que simplesmente proporcionando a oportunidade ou ocasião para o comportamento ilícito” (CAVALIERI FILHO, 2011).

Segundo o doutrinador, se o agente público não estiver atuando em benefício do Estado e sim para proveitos particulares, o dano gerado não poderá ser imputado à Administração Pública, pois, como é cediço, torna-se responsabilidade pessoal, sendo esta regida pelo Direito Civil. É o caso posto em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 363423/SP, no qual o policial militar, em período de folga, efetuou disparo de arma de fogo, ocasionando lesão corporal.

Por fim, se durante a instrução processual restar confirmada a intenção do Agente Público, no exercício regular de suas funções, em praticar o ato de forma dolosa ou culposa, a condenação poderá recair sobre este, eximindo, portanto, a responsabilidade do Estado e/ou condenando-o em grau de menor relevância. O que caracteriza grande relevância é o contexto probatório do administrado e também do próprio Estado. A situação posta será analisada de forma prática e processual no item a seguir.

3.4 Responsabilidade Subsidiária e a Denúnciação à Lide

Ao se encaminhar para o desfecho do assunto proposto, cumpre analisar a possibilidade de ambas as partes (Estado e Agente Público) virem a responder pelos danos causados a terceiros.

Nesse passo, “a vítima de ação danosa da Administração Pública pode conseguir a correspondente indenização através de procedimento *administrativo* ou *judicial*” (GASPARINI, 2002, p. 834).

Em sequência, aduz o autor que

Indenizada a vítima, deve a Administração Pública restaurar seu patrimônio a custa do patrimônio do causador direto do dano – o seu agente. Essa medida (ação de regresso) está expressamente autorizada na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, mas somente tem cabida quando a Administração Pública promoveu, efetivamente, o pagamento da indenização e o agente causador direto do dano agiu com dolo ou culpa. Não basta, portanto, só a condenação da Administração Pública no pagamento da indenização. Esta há de ter ocorrido, mesmo por decisão administrativa. (GASPARINI, 2002, p. 834)

226

A ação para fins de ressarcimento do dano gerado poderá, como mencionado anteriormente, ser ajuizada em face do Estado e/ou do causador direto do dano ou contra ambos, conforme preleciona o autor. No entanto, quando ajuizada somente contra a Administração Pública, “não cabe denunciar à lide o agente causador direto do dano, numa aplicação sem muito cuidado do art. 70, III, Código de Processo Civil (*RTInforma*, 352:20), embora haja divergência (*RT*, 540:103)”. (GASPARINI, 2002, p. 835)

Assim, diante da divergência ora posta, é que se manifesta de forma latente a ação de regresso, garantida constitucionalmente no artigo 37, §6º, CF. Esta é a possibilidade de o Estado vir a ser ressarcido pelo montante pago ao administrado por ocasião do reconhecimento da responsabilidade civil do ato de seu agente público.

Nesse contexto, merece destaque a seguinte posição doutrinária:

É a medida judicial de rito ordinário, prevista na parte final do §6º do art. 37 da Constituição da República, para a Administração Pública reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador do dano que tenha agido com dolo ou culpa. Essa ação não cabe se o agente público não agiu com dolo ou culpa. Tal medida deve ser interposta, uma vez que transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública a satisfazer o prejuízo, após o pagamento da indenização, pois somente depois desse ato consuma-se o prejuízo da Administração Pública, ou após esse pagamento, nos casos de acordo (...) São requisitos dessa ação:

a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento do valor da indenização; c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano. Desse modo, se não houver o pagamento, não há como justificar-se o pedido de regresso, mesmo que haja sentença condenatória com trânsito em julgado e o agente tenha-se conduzido com dolo ou culpa. Observe-se que o primeiro requisito pode não existir se a satisfação do prejuízo causado aconteceu por via amigável. Neste caso, devem ficar cabalmente demonstrados os dois últimos requisitos.” (GASPARINI, 2002, p. 836/837)

Diante do tema proposto, a fim de que se alcance uma conclusão concreta, interessa mencionar os termos do Acórdão do processo nº 70048996169/TJRS, datado de 28 de Junho de 2013. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. RODOVIA BR 386. VEÍCULO DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE. MANOBRA DE ACESSO AO PÁTIO DO POSTO DE GASOLINA EM FRENTE À RODOVIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. 1. Responsabilidade objetiva. **De acordo com o § 6º, do art. 37 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, por ato de seus agentes, é objetiva, encontrando respaldo na teoria do risco administrativo. Dever de indenizar os danos causados por seus agentes, desde que presente o nexo de causalidade e inexistindo prova da culpa de terceiros.** 2. Acidente. (...) 3. Responsabilidade subjetiva do motorista. **Tendo em vista que a ação indenizatória também foi promovida contra o agente público (motorista do veículo), há de ser analisada a responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 186 e 927 do CC. Evidenciada a culpa do motorista, que não agiu com a devida atenção e cautela ao realizar a manobra para ingresso no posto de gasolina. Responsabilidade solidária.** 4. Danos materiais (lucros cessantes). (...) 5. Danos morais. Valor fixado em R\$ 8.000,00. (...) 6. Honorários advocatícios. Fixados na sentença em R\$ 1.000,00, para ambas as partes, o que vai mantido, nas circunstâncias. Inexistência de recurso da parte autora. APELAÇÕES PROVIDAS EM PARTE. (grifos nossos)

227

No caso em apreço, constatou-se o efetivo nexo de causalidade, confirmando, então, a responsabilidade objetiva do Estado. Porém, quanto à conduta do agente público, necessária se fez a análise do caso para verificar a existência de dolo ou culpa, tendo sido esta confirmada em ambos os graus de jurisdição, razão pela qual, mediante aplicação da Teoria do Risco Administrativo e do art. 37, §6º, CF, ambos os réus foram condenados, ou seja, houve redução da responsabilidade do Estado, considerando a comprovação da culpa do agente público.

Logo, considerando todo o estudo posto, cumpre somente ressaltar “que mesmo com o pagamento da indenização o agente causador do dano não se libera das responsabilidades administrativa e penal, quando em razão de sua atuação incidirem sobre sua pessoa” (GASPARINI, 2002, p. 838), ou seja, para que o Estado não venha a ser condenado em ações

de indenização por danos (extra)patrimoniais, ou, quando condenado, tenha sua responsabilidade minimizada, é imprescindível a efetiva comprovação de dolo ou culpa de seu agente no ato que ocasionou o dano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, frente a tantos compromissos pessoais e profissionais a que todo indivíduo está vinculado, não é improvável que este se envolva em casos passíveis de responsabilização civil, penal e/ou administrativa. É de conhecimento notório que devemos agir de forma cautelosa em todos os atos da vida, a fim de evitar danos morais ou materiais a outrem. A busca incessante pela melhor qualidade de vida é capaz de fazer com que as pessoas atuem de forma contrária a direitos e garantias constitucionais inerentes a todas as pessoas físicas ou jurídicas, tanto de direito público quanto privado.

Assim, com facilidade tomamos ciência acerca da quantidade de ações judiciais que são ajuizadas em face do Estado, nas quais se busca reparação por danos morais e/ou materiais por atos cometidos por aqueles que o representam.

Nesse sentido, diante do estudo do tema proposto, o qual levou em consideração os termos da responsabilidade civil do Estado e a aplicabilidade do artigo 37, §6º, CF, verifica-se que a problemática do afastamento da responsabilidade objetiva do Estado em face da responsabilidade subjetiva do agente público sobre o dano gerado por ele apresenta como conclusão que somente nos casos em que restar confirmada, mediante ampla instrução processual, a existência de dolo ou culpa por parte do agente é que o Estado poderá vir a ser considerado como não responsável pelo dano ou, ainda, ter a sua responsabilidade diminuída diante do grau de dolo ou culpa aplicado por seu agente no ato que desencadeou tal situação.

Outrossim, como é cediço, diante da possibilidade de ajuizamento de ação de regresso do ente federativo em face de seu subordinado, esta não terá que arcar financeiramente pela prática dolosa ou culposa daquele que representa o ente público.

Portanto, é possível concluir acerca da possibilidade de condenação do agente público por sua responsabilidade subjetiva sobre o ato cometido e, conseqüentemente, os danos gerados, mediante estudo criterioso de cada caso. Nesse sentido, cumpre frisar que o Estado não possui vontade própria, somente atua com base nas legislações existentes, bem como pelos atos praticados por aqueles que o representam, ou seja, estes devem atuar de forma



coerente e zelosa em todos os atos relacionados à atividade profissional inerente ao cargo público.

Por fim, poderá haver responsabilidade subsidiária entre Estado e agente público, ou seja, objetiva e subjetiva. Neste caso, nos termos do mencionado artigo 37, §6º, CF, aquele tem a possibilidade legal de ajuizar ação de regresso em face de seu agente, caso quem tenha sofrido o dano não ajuíze ação em face deste.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 julho 2013.

_____. Lei nº 8.112/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 13 julho 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 37. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=435>>. Acesso em: 11 maio 2011.

CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 43-57, ago. 2011. Material da 5ª aula da disciplina de Direito Administrativo, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Público – Anhanguera-UNIDERP / REDE LFG, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011, Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ODtaEjP3dJEJ:www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf+http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> e <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf>. Acesso em: 13 jul 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

GASPARRINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Maria Marta Rodovalho Moreira de. Acidentes do trabalho. Responsabilidades relativas ao meio ambiente laboral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 472, 22 out. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5815>>. Acesso em: 30 ago. 2011.

230

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

REIS, Elaine Rodrigues de Paula. *Responsabilidade objetiva do Estado*. Texto digital, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25944-25946-1-PB.pdf>> e <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/26/76/2676/>>. Acesso em: 13 jul 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão JAFN N° 70048996169, 2012/CÍVEL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21893934/apelaca>>

o-civel-ac-70048996169-rs-tjrs/inteiro-teor>. Acesso em: 13 jul 2013.

VENOSA, Sílvio de S. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 4.

Submissão: 19/07/2016
Aceito para Publicação: 01/02/2017

