



A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Renata Grazielle Ferrão Marques¹

RESUMO

Este trabalho estuda a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, analisando as teorias que serviram como norte na evolução histórica do instituto, bem como as mudanças legislativas que foram surgindo até se delinear nos moldes atuais. Além disso, observa-se as teorias atualmente adotadas pela Constituição e pela doutrina e, igualmente, a questão dos pressupostos da responsabilidade civil e de suas excludentes.

Palavras-chave: Administração pública. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Danos morais.

¹ Pós-graduanda em Direito Processual pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogada no Escritório José Delgado & Dutra.

1 INTRODUÇÃO

É indiscutível que, nos tempos atuais, enfrenta-se diversos tipos de riscos, criados, sobretudo, em razão do grande avanço científico e tecnológico que vem ocorrendo na sociedade, sendo esta a razão de se ter convencionado denominá-la de *sociedade de risco*, conforme Beck (2006, p. 18).

É de se ter em mente que a referida expressão está ligada não somente ao aumento das situações de risco, mas também diante da interferência da sociedade na criação de novas conjunturas entendidas como potencialmente geradoras de risco, em especial, as advindas do avanço tecnológico e das fortes intervenções no meio ambiente.

Assim, pode-se realçar, como ponto desencadeador da qualificação das sociedades contemporâneas como sociedades de risco, a questão da velocidade em que se processam as rotinas das pessoas e o crescente progresso tecnológico, que termina por desencadear uma rápida obsolescência dos objetos produzidos e consumidos. Vindo, por vezes, a causar acidentes, além da questão da violência, dos riscos causados por transportes, etc.

A existência de tais riscos é observada tanto em relações privadas, quanto nas relações que são travadas pelo Poder Público, mormente naquelas entre os particulares e o Estado, tendo em vista a ampla escala em que elas se processam.

Nessa perspectiva, entende-se que a noção de responsabilidade está diretamente atrelada a tais riscos, haja vista o fato de se estar sujeito a eventuais danos que possam se originar em função de tais ameaças, que, por sua vez, demandam a devida reparação por parte do agente causador, como reflexo da justiça social.

Tendo isso em vista, não se pode olvidar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é um instituto muito caro ao ordenamento pátrio, exatamente pelo fato de ser a partir dela que os cidadãos podem buscar a reparação pelos danos causados a eles por parte do ente estatal ou de seus servidores no exercício de suas funções.

Com isso, busca-se compreender, neste artigo, a sistemática da responsabilidade civil extracontratual do Estado no ordenamento brasileiro, levando em consideração as nuances que a permeiam, desde a sua evolução histórica até os dias atuais no contexto externo, e, sobretudo, no âmbito do Brasil. Inclusive, considerar-se-á as teorias que exerceram influência e contribuíram para que o instituto se desenvolvesse nos moldes que hoje se conhece. Além disso, intenta-se perscrutar acerca dos seus pressupostos e das suas excludentes.

Convém destacar, ainda, que este trabalho utilizará uma metodologia teórico-descritiva, especialmente, na modalidade bibliográfica, tanto em meios impressos, quanto em

suportes eletrônicos. Também, far-se-á estudo da legislação pátria, da mesma forma, haverá apreciação das ideias difundidas na doutrina, especialmente a nacional, e na jurisprudência conexas à temática.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil, conforme Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 855), pode ser conceituada como instituto que se origina a partir da inobservância e consequente violação de um dever originário, decorrendo disso, uma obrigação sucessiva cujo intuito é a reparação dos eventuais danos sofridos.

Assim, a compreensão do termo responsabilidade, em âmbito jurídico, faz pressupor a existência de uma obrigação anterior que foi descumprida. Essa ideia de quebra de um dever sucessivo advém, inclusive, da própria etimologia da palavra responsabilidade, que deriva do vocábulo latino *spondere*, cujo significado é garantir, prometer algo.

Uma vez conceituada a responsabilidade civil em sua acepção mais ampla, faz-se mister para o entendimento deste trabalho explicar o conceito de responsabilidade civil do Estado. Percebe-se que a responsabilidade civil do Estado diz respeito, consoante o entendimento de Marcelo Rebelo de Souza e André Salgado Matos (2008, p. 11), ao encargo que os entes da Administração Pública possuem em indenizar os prejuízos por eles causados (ou por seus agentes), quando do exercício de suas atividades.

Em semelhante raciocínio, Marçal Justen Filho (2018, p. 1238) conceitua a responsabilidade civil do Estado como obrigação que surge de uma ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, fazendo existir o dever de indenizar os terceiros pelos danos materiais e morais sofridos.

Observe-se que, neste artigo, será analisada apenas a modalidade extracontratual da responsabilidade civil do Estado – decorrente da violação de um dever legal, por meio da prática do que se considera ato ilícito, que ocorre quando são desrespeitados os direitos de outrem –, haja vista que a responsabilidade civil contratual do Estado é embasada em princípios próprios atinentes aos contratos administrativos.

Desse modo, faz-se necessário entender, conforme explica Maria Sylvia Di Pietro (2016, p. 789-790), que diversamente do que acontece na seara do Direito Privado, a responsabilização estatal pode se dar não só a partir de condutas contrárias ao Direito que causem danos (ilícitas), mas também a partir de condutas lícitas:

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato *ilícito* (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade. Pode-se, portanto, dizer que *a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.*

É importante ter em mente que a responsabilidade civil do Estado se norteia por princípios próprios, diversos daqueles que embasam a responsabilidade civil no seu contexto privado, haja vista que as situações ensejadoras de danos, são distintas e, por vezes, mais intensas.

Nesse sentido, Bandeira de Mello (2010, p. 997) explica:

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

Com isso, não é difícil perceber que diante do fato de o Estado resguardar os direitos e garantias fundamentais, as atividades por ele exercidas acabam por trazer maiores riscos de ofender os bens jurídicos que as desenvolvidas pelos particulares, necessitando assim, de uma proteção diferenciada e que assegure aos cidadãos seus interesses e direitos.

3 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A noção de responsabilidade civil do Estado, tal qual se conhece hoje, foi fruto do desenvolvimento de diversas teorias que surgiram na tentativa de explicar e conceituar o

instituto. Nesse sentido, é fundamental analisar a evolução delas para ter uma compreensão mais apurada do instituto da responsabilidade civil do Estado atualmente.

É importante lembrar que nem sempre o Estado foi responsável pelos danos que causava. No período absolutista, imperava a ideia de irresponsabilidade do Estado, consagrada nas seguintes frases: *Le roi ne peut mal faire* (o rei não pode agir mal) e *The king can do no wrong* (o rei não pode errar), remontando a noção de soberania inquestionável à época existente, pois, se havia a compreensão de que responsabilizar o Estado, seria como nivelar o monarca ao mesmo patamar de um súdito, situação impensável naquele contexto, tendo em vista que resultaria em desrespeito e desmoralização da autoridade do rei.

Ocorre que, pouco a pouco, as ideias foram mudando. Passou-se a questionar e entender que manter o Estado irresponsável configuraria uma grande injustiça àqueles que fossem lesados pelo exercício das atividades estatais.

Essa noção de irresponsabilidade ficou ultrapassada no século XIX, quando se passou a admitir que houvesse alguma responsabilização dos danos relacionados às atividades estatais, desde que provada a culpa, acolhendo-se as teorias civilistas que se baseavam nesse elemento.

Convém dizer que a responsabilidade decorrente dos danos provocados na realização das atividades estatais era, em um primeiro momento, atribuída aos funcionários causadores dos prejuízos, cuja reparação era paga com seu patrimônio, pois o erário não podia ser atingido pelas indenizações. No entanto, de acordo com Cavalieri Filho (2014, p. 283), se o patrimônio do funcionário fosse insuficiente, a reparação restava frustrada, dada a sua insolvência. Isto ocorria porque se tinha a noção de que o Estado e seus funcionários seriam sujeitos distintos, e, por isso, os atos do agente não obrigavam o Estado.

A justificação que havia para a responsabilização única dos funcionários estatais se dava pelo fato de que o Estado, na realização de suas atividades, praticava tanto o que se chamava de atos de império, quanto atos de gestão. No que atine aos primeiros, compreendia-se por de império aqueles revestidos por todas as prerrogativas e privilégios soberanos, enquanto os atos de gestão diziam respeito aos atos praticados em condições de igualdade com os particulares, no controle de serviços e do patrimônio.

Embora as teorias civilistas tenham servido como norte para a responsabilidade civil do Estado durante certo período, à medida que novos estudos foram se desenvolvendo nessa matéria, elas já não eram suficientes para explicá-la.

A noção de culpa individual contida nas teorias civilistas chegou a não conseguir mais suprir essas demandas, pois passou-se a compreender que a culpa não era exatamente de

determinado funcionário, mas sim decorrente das falhas ou mau funcionamento dos serviços prestados pelo ente estatal.

Nesse sentido foi que se desenvolveu a primeira teoria publicista: a teoria da culpa anônima, ou *faute du service*. Para essa corrente, a culpa deixava de ser atrelada a determinado funcionário, vinculando-se à noção de que haveria responsabilidade estatal pelas meras falhas, mau funcionamento ou funcionamento retardado do serviço público.

É importante deixar claro que essa modalidade não se trata de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, pois ainda remanesce a ideia de culpa, não sendo determinada apenas em razão de umnexo de causalidade. Porém, é preciso lembrar que a culpa não está ligada a uma pessoa determinada, e, por vezes, é presumida, dada a dificuldade que se haveria para a vítima provar que o dano sofrido adveio da atuação estatal, transferindo esse ônus ao Estado, o qual passou a ter que se desincumbir do dano que supostamente provocou, demonstrando que não teve culpa.

Nesse ínterim, percebe-se que se costuma reputar que o marco da responsabilização estatal surgiu na França, em 1873, com o Caso Blanco, ou *arrêt blanco*, julgado pelo Conselho de Estado. Tal evento diz respeito à Agnès Blanco, uma garota de cinco anos, que foi atropelada por um vagonete pertencente a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bordeaux, que saiu do estabelecimento subitamente, deixando a menina gravemente ferida, cuja perna foi amputada em virtude do acidente. O pai de Agnès, inconformado, levou a questão a juízo a fim de que restasse decidido que o Estado era responsável por indenizar os danos causados à menina.

Este caso foi de suma importância, pois serviu de divisor de águas, uma vez que o Tribunal de Conflitos firmou a competência do Conselho de Estado para julgar as demandas de danos causados a particulares pelo Estado, visto que foi reconhecida existência de princípios autônomos, diversos dos que pautam o direito privado nessa disciplina.

João Caupers (2009, p. 322) explica que o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado é sustentado por três razões:

Foram três os principais factores que determinaram a evolução no sentido da responsabilização do Estado: a) A consolidação e aprofundamento do princípio da legalidade; b) Os reflexos das concepções organicistas no enquadramento jurídico da relação entre o Estado e o funcionário, que acarretaram a susceptibilidade de imputação aos entes públicos dos danos emergentes dos actos ilegais materialmente praticados pelos seus funcionários, solução mais adequada à necessidade de garantir

efetivamente o regular exercício do poder público; c) O alargamento da intervenção econômica, social e cultural do Estado.

Assim sendo, faz-se mister assimilar que a concepção de responsabilidade civil do Estado evoluiu no sentido de que a culpa seria um elemento dispensável, ainda que considerada na modalidade da culpa anônima.

Essa mudança ocorreu, sobretudo, com fins de se ampliar a atribuição do ônus de reparar os danos causados na realização de suas atividades. Posto que se havia chegado ao entendimento de que o Poder Público deveria responder pelos danos por ele causados. Bastando, para tanto, existir nexos causal entre o prejuízo e a conduta, consagrando então, a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do *risco administrativo*.

Tal modificação de entendimento ocorreu diante das transformações sociais advindas das inovações tecnológicas e novas formas de trabalho, pois, com elas, tornou-se mais frequente a ocorrência de acidentes que acarretavam danos injustos e terminavam por ensejar na incapacidade de muitas vítimas, que ficavam com dificuldades de conseguir provar culpa. Assim, considera-se que a objetivação da responsabilidade civil é fruto da influência do conteúdo valorativo das normas principiológicas (sobretudo o princípio da legalidade) nas normas de direito privado, haja vista o ideal de solidariedade, dignidade e igualdade, em face da individualidade dos particulares que prevalecia anteriormente.

Dessa forma, observa-se que teoria do risco administrativo se baseia na teoria do risco criado, entendendo-se que quem desenvolve uma atividade capaz de gerar riscos deve ser responsável por reparar os danos que eventualmente decorram da realização desses serviços causados aos demais indivíduos.

Por analogia, chegou-se à conclusão de que a atividade realizada pela Administração Pública, por si, é criadora de riscos aos administrados, e, que tais riscos podem vir a ensejar danos, seja pelo funcionamento normal ou anormal de tais serviços, caracterizando assim, a teoria do risco administrativo.

Faz-se mister registrar, que o Estado se torna responsável pela reparação dos danos causados a partir da realização de suas atividades, porque deve garantir segurança aos administrados. Assim, quando essa incolumidade não é garantida, faz surgir para as vítimas o direito de serem indenizadas de modo independentemente de culpa.

Tal pensamento foi norteado a partir dos princípios da equidade e da igualdade na distribuição dos compromissos sociais, porquanto, o fundamento maior da responsabilidade é a ideia de Estado de Direito.

Nessa mesma linha de raciocínio, Cavalieri Filho (2014, p. 287) explica que:

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade de dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

A outra teoria que trata da responsabilidade civil do Estado, também na modalidade objetiva, é a do *risco integral*. Nesta teoria, o criador dos riscos responde pelos danos sofridos ainda que eles não decorram da realização das atividades. Assim, basta o exercício de determinadas atividades consideradas potencialmente danosas para haver reparação, na eventualidade de um dano. Por esse motivo é que tal teoria se resguarda a situações excepcionais.

É importante perceber que a distinção entre esta teoria e a do risco administrativo se dá no fato de que nessa última a responsabilidade civil pode vir a ser elidida, desde que provada a existência de algum dos excludentes da responsabilidade civil: *a) fato exclusivo da vítima; b) o fato de terceiro e c) o caso fortuito e a força maior*. Enquanto a teoria do risco integral não comporta qualquer excludente.

4 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A responsabilidade civil do Estado, no Brasil já independente, desenvolveu-se sem passar pela fase da irresponsabilidade. Tal afirmativa se justifica a partir do texto da primeira constituição do país, a Constituição do Império de 1824, que já consagrava em seu artigo 179, inciso XXIX², a ideia de responsabilidade civil por parte dos funcionários, quando estes causavam danos por meio de ação ou omissão no exercício de suas funções.

²BRASIL. Constituição (1824). Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

No entanto, embora houvesse a previsão de responsabilidade para os funcionários estatais, é de se perceber que a figura do Imperador era considerada inatingível, sob a qual não poderia recair qualquer responsabilização. Conforme o artigo 99 da Constituição do Império de 1824, era prevista a inviolabilidade e imunidade do Imperador.

A Constituição de 1891, a primeira após a proclamação da República, caminhava na mesma direção de sua antecessora, atribuindo responsabilidade ao funcionário do Estado, conforme se observa do artigo 82³ da Constituição de 1891.

Sérgio Cavalieri (2014) considera que, embora não houvesse, nas primeiras constituições brasileiras, dispositivos que tratassem exclusivamente da responsabilidade civil do Estado, não significava, por isso, que o Estado seria considerado irresponsável e o encargo de indenizar seria atribuído tão somente aos seus funcionários que provocassem danos no exercício de seus ofícios. Mas sim, que a interpretação dada era no sentido de que ambos eram solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pelos agentes estatais, necessitando, para tal, que houvesse prova da culpa.

No plano infraconstitucional, o primeiro diploma a versar diretamente acerca da responsabilidade civil do Estado foi o Código Civil de 1916, em seu artigo 15⁴ abaixo transcrito. Observe-se que, cronologicamente, o Código Civil de 1916 entrou em vigor entre a vigência da primeira Constituição da República e a Constituição de 1934.

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.

A modalidade adotada da responsabilidade era a subjetiva, baseada nas teorias civilistas. Nesse sentido, o funcionário público era enxergado como preposto do Estado.

Cavalieri Filho (2014, p. 289) explica que a redação do dispositivo deu margem a interpretações no sentido de que o diploma civil estaria acolhendo a modalidade objetiva da responsabilidade civil do Estado:

É preciso que se diga, entretanto, que, ainda na vigência do art. 15 do Código Civil de 1916, alguns autores, valendo-se da já mencionada ambiguidade da sua redação,

³BRASIL. Constituição (1891). Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴BRASIL. Lei nº 3071, de 1 de janeiro de 1916. (Vide alterações) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Código Civil**. Rio de Janeiro, RJ, 1 jan. 1916.

começaram a sustentar a tese da responsabilidade civil objetiva do Estado, inspirados nas ideias que prevaleciam na França e em outros países europeus. Destacam-se, nesse período, os nomes de Rui Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcante e outros. Em luminosos votos, proferidos no Supremo Tribunal Federal, os Mins. Orozimbro Nonato e Filadelfo Azevedo esboçaram nitidamente o alcance da teoria do risco administrativo. De onde se conclui, que, também entre nós, a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência, para depois se transformar em texto legal.

A Constituição de 1934 já previa expressamente no seu artigo 171⁵ e parágrafos a ideia de solidariedade na responsabilização entre o funcionário e o Estado pelos danos causados aos particulares no exercício de suas funções. É importante notar que tal Constituição não havia se desvincilhado da responsabilidade subjetiva, necessitando ainda de prova da culpa, consoante se denota do § 2º do artigo em questão.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, que vigorou durante o período do Estado Novo, conforme explicou João de Oliveira (2001, p. 97-98), não trouxe modificações em matéria de responsabilidade civil do Estado. Pois, basicamente, repetiu o texto da constituição anterior, suprimindo os parágrafos de natureza processual.

A Constituição de 1946 possui grande importância no que atine à matéria de responsabilidade civil, pois foi a partir dela que se consagrou a responsabilidade civil do Estado em sua modalidade objetiva em seu artigo 194⁶, tal qual conhecemos.

Assim, o elemento culpa se tornou dispensável para haver a responsabilização do Estado, necessitando de prova, tão somente, na ação de regresso contra o funcionário causador do dano, prevista no parágrafo único do referido artigo.

Cumpra perceber que, do mesmo modo que no Código Civil de 1916, não se tratou da responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Diante disso, depreende-se que para essas pessoas deveria se manter o regime de direito privado, com a responsabilidade civil subjetiva, pautada na ideia de prova da culpa.

Quanto às Constituições do período do Regime Militar, respectivamente a Constituição de 1967 e Constituição de 1969, nada foi alterado.

Nesse sentido, explica Di Pietro (2016 p. 795):

⁵BRASIL. Constituição (1934). Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

⁶BRASIL. Constituição (1946). Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 maio 2019.

A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de *culpa* ou *dolo*, expressão não incluída no preceito da Constituição Anterior. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

Já a Constituição de 5 de outubro de 1988, vigente no Brasil, consagrou a responsabilidade civil do Estado no Capítulo VII, que trata da Administração Pública, em seu artigo 37, § 6º. Definindo que, tanto as pessoas jurídicas de direito público, como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público devem responder perante os danos causados por seus agentes a terceiros, de maneira objetiva.

É importante a ressalva feita no sentido de que é necessária a prova de culpa ou dolo na ação regressiva do Estado contra o responsável, estabelecendo que nessas demandas a responsabilidade é subjetiva.

Com isso, é possível verificar que tal dispositivo seguiu os moldes da responsabilidade objetiva para o Estado, legitimada em nosso ordenamento desde a Constituição de 1946, conforme já destacado, inovando apenas no sentido de que dispôs o mesmo regime de responsabilização para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, que o fazem por meio de concessão ou permissão.

João de Oliveira (2001, p. 101-102) explica que estender essa responsabilização às pessoas jurídicas de direito privado foi uma justa consequência, haja vista o fato de que elas gozam em sua atuação das mesmas condições e benefícios que o Poder Público, devendo, por conseguinte, arcar com os mesmos encargos.

Destaque-se também, que a teoria do risco administrativo foi adotada pela Constituição de 1988, tendo em vista que a ideia de reparação se encontra vinculada à de dano causado pelo agente prestador de serviço público no exercício de suas funções.

É relevante considerar, que nessa teoria, a responsabilidade fica caracterizada pela existência de nexos causal entre o prejuízo e a conduta, contando com a possibilidade de ser elidida, se o dano houver se originado por caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro.

Nessa esteira, destaca Cavalieri Filho (2014, p. 289):

O exame desse dispositivo revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos *danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*. A expressão *seus agentes*, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do *risco administrativo* como fundamento da

responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do *risco integral*, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao *dano decorrente da sua atividade administrativa*, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se harmoniza com a compreensão da doutrina majoritária em relação ao acolhimento da teoria do risco administrativo, conforme se verifica dos seguintes acórdãos AgR no AI 577908/GO⁷ e AgR no AI 636814/DF⁸.

Quanto à teoria do risco integral, no ordenamento brasileiro, destaque-se que ela apenas foi adotada em matéria de Direito Ambiental, conforme o art. 225, § 3º e em caso de ocorrência danos nucleares, nos termos do art. 21, XXIII, *d*, ambos da Constituição de 1988. Note-se que essa teoria possui uma abrangência restrita em razão de não comportar excludentes de responsabilidade, e por isso se resguardar a situações excepcionais.

Posteriormente, é interessante registrar que o Código Civil de 2002 disciplinou a questão da responsabilidade civil do Estado no seu art. 43º que reproduziu a norma constante do art. 15 do diploma civil anterior. É de se salientar que tal dispositivo entrou em vigor já defasado diante do texto da Constituição de 1988, justamente por não tratar da situação das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Perceba-se que foi tratado nos parágrafos anteriores a respeito de como se desenvolveu o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado brasileiro, dando enfoque à perspectiva atual, resguardada pela Constituição de 1988 em seu artigo 37, § 6º.

Assim, foi observado que o teor do citado dispositivo denota a regra geral para os casos de responsabilidade civil que envolvem condutas comissivas por parte de seus agentes.

Diante disso, deve-se chamar a atenção para o fato de que as condutas omissivas não foram delimitadas pela Constituição, ficando, com isso, ao encargo da doutrina e da jurisprudência, o que, por vezes acabou gerando controvérsias acerca dessa temática.

No entanto, boa parte da doutrina compreende e sustenta que nos casos em que houve omissão por parte do Estado, o fato de não ter havido uma conduta faz levar à compreensão de que a responsabilidade civil extracontratual do estado, nesses casos, seja subjetiva, dada à ausência de ação por parte dos entes da Administração Pública.

⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AgR no AI 577908/GO. T2. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 30.09.2008. DJU 20.11.2008.

⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AgR no AI 636814/DF. T2. Relator Min. Eros Grau. j. 22.05.2007. DJU 15.06.2007.

Desse modo, percebe-se que nas situações em que houver uma omissão há uma mitigação da regra de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é sempre objetiva.

Aponta-se como consequência desse entendimento, o fato de que aquele que vier a sofrer algum dano decorrente de alguma omissão estatal terá o dever de comprovar que este dano resultou de culpa da Administração, para só assim ser indenizado.

A ideia de omissão remete à existência de culpa, pelo fato de que sempre que houver omissão por parte da Administração, essa omissão necessariamente deve constituir um ato ilícito, decorrente de imprudência, imperícia ou negligência, cuja culpa precisa restar demonstrada.

Em contrapartida, Sérgio Cavalieri (2014, p. 297) compreende que a responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de omissão deve seguir a regra do art. 37, § 6º e ser, portanto, objetiva.

O autor explica que o entendimento acerca do ato ilícito se desenvolveu de modo amplo, satisfazendo-se pela existência de uma contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma.

Observe-se que, a partir dessa percepção, não se faz qualquer referência ao elemento subjetivo culpa, o que findaria por haver responsabilização na modalidade objetiva, também, nesses casos de omissão.

Porém, observa-se que a melhor compreensão acerca da disciplina da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas deve se considerar a diferenciação entre omissão genérica e omissão específica.

Nessa linha, tem-se que a omissão genérica consistiria naquela em que inexistente dever individualizado de agir, e por essa razão, a responsabilidade civil do Estado deve ser subjetiva. Já nos casos em que existe previsão do dever individualizado de agir e ocorre uma omissão por parte do Estado, este deve ser responsabilizado objetivamente.

5 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Uma vez explicado o conceito e evolução histórica da responsabilidade civil do Estado, é necessário tratar dos requisitos ensejadores do instituto. Entende-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado se configura na presença de alguns pressupostos que a torna concreta, sendo eles: a) uma *conduta* (ação ou omissão); b)

normalmente ilícita (contrária ao direito); c) que ocasione *dano*, d) devendo este dano ser diretamente relacionado à conduta, ou seja, deve guardar *nexo de causalidade*.

Ante o que já se explicou, sabe-se que o Estado se responsabiliza objetivamente pelos danos causados a terceiros, com base na teoria do risco. Desse modo, nos termos do já citado artigo 37, parágrafo 6º da Constituição de 1988, basta haver um dano e que ele seja decorrente de uma conduta praticada por agente estatal de pessoa jurídica pública ou privada prestadora de serviço público para que os prejuízos causados devam ser reparados.

Dentre os mencionados requisitos, no que pertine ao dano, este se trata de ofensa, que pode se dar tanto na esfera patrimonial da vítima, acarretando decréscimo de seus bens, como também pode atingir a integridade moral do indivíduo lesado, ferindo seus direitos personalíssimos.

Quando o dano atinge o patrimônio material do ofendido, conforme Antônio Santos (2016) ele se consubstancia em uma perda, podendo recair, efetivamente, nos recursos da vítima, caracterizando o que se convém chamar de danos emergentes. Ou, por outro lado, pode vir a recair naquilo que o ofendido deixou de aferir em virtude do prejuízo ocorrido, configurando os lucros cessantes.

Quanto ao dano de natureza extrapatrimonial, mais conhecido como dano moral, diz respeito à violação aos direitos personalíssimos de um indivíduo, ou seja, à sua dignidade.

Embora por muito tempo tenha se discutido sobre a questão da reparabilidade dos danos morais, em virtude de sua dificuldade de estimá-lo, hoje a reparação por danos morais é indiscutível e encontra respaldo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X. Inclusive, com a Súmula 37⁹ do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a admitir a cumulação de indenizações por danos morais e materiais.

Ainda nessa temática, cabe explicar que a ofensa capaz de configurar o dano moral deve ser de uma magnitude que exorbite a esfera de aborrecimentos da normalidade cotidiana, causando, com isso, sérios traumas, angústias, sofrimentos e vexações na esfera psicológica da vítima.

Em consequência disso, cunhou-se, por meio da jurisprudência, a expressão *mero dissabor* para afastar responsabilização por danos morais, quando no caso concreto, o trauma sofrido não superar aborrecimentos rotineiros.

Cavaliere Filho (2014, p. 111) explica que o mero dissabor não está abarcado pelo dano moral, não havendo, assim, que se falar em indenização nesses casos, pois essas

⁹BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula nº 37. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2019.

situações se encontram presentes na normalidade da vida das pessoas, seja em chateações que ocorrem no ambiente de trabalho, no trânsito ou na convivência com outras pessoas. Além disso, defende ser certo fazer essa distinção, porquanto se ela não fosse feita, estar-se-ia banalizando os danos morais.

Nesse ínterim, percebe-se que é fundamental compreender a noção de dano para assimilar o modo que se processa a indenização, porquanto não se pode perder de vista que a responsabilidade civil tem como uma de suas principais funções a reparação dos danos causados. Sabe-se que esta é aferida de acordo com a extensão do dano, conforme o disposto no *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002.

Em relação ao dano material, observa-se, que no geral, não se enfrenta dificuldade para quantificá-lo, haja vista que as perdas, quando não podem ser restituídas *in natura* (da mesma natureza), normalmente, são expressas em dinheiro. Porém, nota-se que com relação aos danos morais, sua quantificação se procede de modo distinto.

Conforme foi mencionado, a temática do dimensionamento do dano moral, embora trouxesse inquietação para determinar sua fixação, observou-se que a lei estabelecia, desde o Código Civil de 1916, que a quantia fosse arbitrada pelo juiz, com base em sua prudência.

Saliente-se que, de acordo com as lições de Cavalieri Filho (2014, p. 125), não se pode admitir que os danos morais se tornem uma fonte de lucro para aquele que o aufere, evitando o enriquecimento sem causa. Mas, deve suprir, tão somente, o dano experimentado pela vítima.

Para que isso ocorra, é necessário que o julgador se norteie pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no momento de estabelecer o valor devido dos danos morais. Não se pode olvidar que a quantia determinada deve ser suficiente para aplacar o mal experimentado pela vítima, considerando o poder econômico do causador do dano, visto que a indenização tem um viés pedagógico de desestimular a prática de condutas danosas, além de servir até como punição em desfavor daquele que com seu agir prejudicou terceiros.

O Superior Tribunal de Justiça, visando aplacar as possíveis dificuldades no arbitramento de danos morais, estabeleceu padrões de indenizações para nortear os magistrados e tribunais locais no momento de fixar e revisar essas reparações extrapatrimoniais.

Essas decisões do STJ são pautadas em critérios objetivos, chamado de método bifásico, conforme notícia do Superior Tribunal de Justiça (2016, p. de internet). Nessa divisão, é dada em sua primeira fase a indenização em um valor inicial, respeitando os interesses jurídicos da vítima e considerando o que foi julgado em situações semelhantes. No

segundo momento, parte-se para determinação definitiva da quantia indenizatória, avaliando então, as especificidades do caso concreto para, com isso, fixar o valor final.

Esses critérios determinados pelo STJ têm por fim mitigar a questão da subjetividade que permeia as decisões que fixam danos morais, além de se buscar evitar excessos ou valores diminutos em relação a cada caso concreto.

6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Foi explicado anteriormente que o ordenamento brasileiro adotou a teoria do risco administrativo para a questão da responsabilidade civil do Estado consagrada no artigo 37, § 6º da Constituição de 1988.

Nesse sentido, destaca-se como consequência da aplicação desta teoria o fato de que a necessidade de reparação por parte do Estado se verifica desde que presentes o dano e a relação de causalidade entre o prejuízo ocorrido e a conduta estatal.

Assim, embora não seja levada à discussão a existência de culpa nessa modalidade de responsabilização, o Estado pode vir a se eximir da reparação dos danos causados se demonstrar que não deu causa à lesão, ou seja, que o nexo causal entre o dano e a conduta foi rompido. Pois, se não há relação entre a conduta e o prejuízo, não há que se falar em responsabilidade, já que o nexo de causalidade é pressuposto para existir a responsabilidade civil do Estado.

Define-se como capazes de suprimir a responsabilização do Estado, uma vez que afastam o nexo causal: *o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito e a força maior*.

É fácil compreender o modo pelo qual o fato exclusivo da vítima consiste em excludente de responsabilidade civil do Estado, haja vista que não há como imputar reparação a pessoa diversa daquela que, apenas com sua conduta, deu causa aos danos sofridos.

Conforme elucidado Cavalieri Filho (2014, p. 86), nas situações que geram culpa exclusiva da vítima, há um agente que aparenta ser o causador do dano, enquanto na realidade é apenas uma simples ferramenta para ocasionar o prejuízo.

Quanto ao fato exclusivo de terceiro, é importante que se entenda que, nesses casos, o agente causador do dano é um sujeito diverso da vítima e do suposto responsável.

Não se pode perder de vista que o fato exclusivo de terceiro necessita ser inteiramente capaz de romper com o nexo causal entre a conduta do agente aparente e da vítima, caracterizando-se por ser independente, imprevisível e inevitável.

Por isso, concorda-se com a opinião do citado autor de que o Estado não pode ser, em todo e qualquer caso, responsabilizado por atos predatórios de terceiros, tais quais assaltos em via pública, em transportes ou por saques em estabelecimentos comerciais, pois embora tenha o dever de manter a ordem e a segurança, não se trata de garantidor universal para toda e qualquer hipótese, salvo se ficar nitidamente demonstrado que em determinada situação concreta houve omissão por parte do Poder Público.

Com relação às excludentes denominadas de caso fortuito e força maior, é interessante compreender que parte da doutrina não se preocupa em distingui-las. Porém, cabe dizer que uma diverge da outra pelo fato de a força maior, que normalmente se trata de um fenômeno da natureza, é dotado de previsibilidade, graças às tecnologias atualmente disponíveis, porém, costuma ser irresistível, incontrolável, pelo ser humano. Ao passo que o caso fortuito é resistível, contudo, imprevisível.

Ressalta-se a importância de perceber a diferença conceitual de fortuito externo e fortuito interno. Sabe-se que ambos, conforme explicado, são imprevisíveis. No entanto, o fortuito externo diz respeito a situações que não possuem relação intrínseca com a atividade desenvolvida, enquanto o fortuito interno, já consistiria em circunstância inerente ao serviço executado.

Desse modo, a consequência que existe nessa diferenciação é que, nos casos de fortuito externo, por não ser parte imanente ao ofício executado, é possível exonerar-se da responsabilidade civil nessas hipóteses, o que não ocorreria com o fortuito interno, haja vista o dever de se precaver perante os riscos atrelados aos serviços públicos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil extracontratual do Estado se faz presente ao longo de toda história constitucional no Brasil e, desde o princípio, não se vislumbrou completa irresponsabilidade por parte do ente estatal, embora nesse contexto a responsabilidade fosse atribuída a um funcionário que respondia perante os danos causados com o seu patrimônio.

Entendeu-se que o instituto evoluiu da responsabilidade subjetiva, baseada na ideia de culpa, primeiramente conforme as teorias civilistas passando a uma noção de culpa

anônima que fosse imputada à Administração Pública, tendo em vista os riscos inerentes às suas atividades, até chegar à responsabilidade objetiva, que dispensa a prova de culpa.

Observou-se que o pensamento jurisprudencial possui extrema importância no que atine à evolução e amadurecimento da responsabilidade civil extracontratual do Estado, haja vista o crescente número de riscos que permeiam a atividade estatal e a consequente ocorrência das mais variadas causas que ensejam as demandas indenizatórias, requerendo dinamicidade e capacidade interpretativa por parte dos julgadores ao enfrentar essas ações.

Assim, a sistemática da responsabilidade civil extracontratual do Estado atualmente consolidada pela Constituição Federal de 1988 de fato é reflexo da justiça social, sobretudo em razão de os cidadãos poderem buscar a reparação pelos danos causados a eles por parte do ente estatal ou de seus servidores no exercício de suas funções. Porém, deve-se consignar que o Estado também só deve vir a ser responsabilizado diante de alguma conduta que seja realmente de sua parte, não podendo ser garantidor universal de qualquer evento danoso, a menos que se esteja no campo de abrangência da teoria do risco integral.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAUPERS, João. **Introdução ao Direito Administrativo**. 10. ed. Lisboa: Âncora, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

JUSTIÇA, Superior Tribunal de. **O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral**. 2018. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-fixar%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%B5es-por-dano-moral>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, João Adilson Nunes. **Responsabilidade civil do Estado no Brasil: natureza, evolução e perspectivas**. 2001. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79423/181507.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTOS, Antônio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Responsabilidade civil administrativa: Direito Administrativo Geral**. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

NONCONTRACTUAL CIVIL LIABILITY OF THE STATE: AN ANALYSIS OF THE INSTITUTE IN BRASILIAN LAW

ABSTRACT

This research investigates the institute of Noncontractual Civil Liability of the State, analyzing the theories that have grounded the historical evolution of the institute, as well as the legislative changes that were emerging until delineating in the current molds. In addition, observing the theories currently adopted by the Constitution and the doctrine. It also analyses the assumptions of civil liability and its excludents.

Keywords: Public administration. Noncontractual civil liability of the State. Moral damages.