

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

IGOR SILVA DOS SANTOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO E O
POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**ARACAJU
2016**

IGOR SILVA DOS SANTOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO E O
POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco

**ARACAJU
2016**

IGOR SILVA DOS SANTOS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO E O POSICIONAMENTO
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof^a. Me. América Cardoso Barreto Lima Nejaim
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Edyleno Ítalo Santos Sodré
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais.

Aos familiares e amigos, que de alguma forma contribuíram para essa caminhada.

A todos da procuradoria da Fazenda Nacional, em especial a Dr.^a Ana Cristina Barreto de Castro.

Ao Professor Me. Lucas Cardinali pela orientação nesta monografia.

À professora Hortência de Abreu Gonçalves por toda orientação das normas da ABNT, mas também pela paciência com que conduziu esse processo.

E a todo Corpo Docente da FANESE, que me acompanhou durante essa jornada acadêmica.

A ilha não se curva noite adentro vida afora
(Humberto Gessinger)

RESUMO

A elaboração da presente monografia visa à pesquisa sobre a responsabilidade civil do agente público. Em 2013, a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu no recurso especial nº 1.325.862-PR, a possibilidade da vítima de um dano responsabilizar civilmente o agente causador propondo ação diretamente contra o servidor causador do dano e não contra o Estado. Tal decisão não foi na esteira do que vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o posicionamento do STJ se mostra ainda mais amplo, pois, não só possibilita o ingresso da demanda contra o servidor causador do prejuízo, como também contra o Estado. Ainda segundo esse entendimento, a vítima teria uma terceira opção, um litisconsórcio entre o Estado e o servidor.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Agente Público. Causas Excludentes. Dupla Garantia.

ABSTRACT

The preparation of this monograph aims to research on the civil liability of public. In agent 2013, the 4th class of the Superior Court of Justice decided in special appeal No. 1325862-PR, the possible victim of damage civilly responsible agent causing proposing action directly against the causative server damage and not against the State. This decision was not in the wake of which had been adopted by the Supreme Court. Moreover, the position of the STJ shown even wider because not only allows the entry of demand against the causative server damage, but also against the state. Also according to this understanding, the victim would have a third option, a joinder between the state and the server.

Keywords: Civil Responsibility. State. Public Agent. Excludable Causes. Double Guarantee.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.1	Obrigação e Responsabilidade	15
2.2.	Os Pressupostos da Responsabilidade Civil	15
2.2.1	Ação ou omissão do agente	15
2.2.2	Dano	16
2.2.3	Nexo de causalidade	21
2.2.4	Culpa do agente	23
3	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	26
3.1.	Legitima defesa. Estado de necessidade. Exercício regular de direito.	26
3.2	Caso fortuito e forçá maior	28
3.3	Fato de terceiro	30
3.4	Responsabilidade contratual e a Responsabilidade extracontratual.	31
3.5	Teorias subjetiva e objetiva	32
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	35
4.1	Evolução da Responsabilidade civil do Estado	35
4.2	Responsabilidade civil na constituição de 1988	38
4.3	Responsabilidade do agente público	40
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo estudar a responsabilidade civil do agente público e o posicionamento dos tribunais superiores. Para tanto, irá analisar o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como paradigma o Recurso Especial 1.325.862-PR e a divergência que existe entre esse posicionamento e o adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em recursos extraordinários distintos nos últimos anos.

Os componentes de uma sociedade devem seguir deveres que tornem possível a convivência pacífica em sociedade.

A partir do momento que um desses deveres deixa de ser observado e por consequência gera dano a outrem, nasce para a pessoa que se sentir prejudicada o direito de ser ressarcida daquele dano. Portanto, pode-se dizer que a responsabilidade, no âmbito jurídico, nasce da violação de um dever já existente. O ser humano tem a obrigação de não causar dano, nem prejudicar ninguém (princípio do *neminem laedere*).

Parece óbvio dizer que aquele que se sentir lesado deve ingressar com uma medida judicial contra aquele que lhe causou um prejuízo. Porém, há casos em que a vítima não poderá ingressar diretamente contra aquele que lhe causou o dano. De forma específica, fala-se da responsabilidade civil do Estado.

Analisa-se a possibilidade de a vítima responsabilizar diretamente um servidor público que, no exercício da sua função, viole o dever originário de não lhe prejudicar. O STF já se posicionou sobre o assunto em sentido contrário a essa possibilidade.

Contudo, o entendimento do STF não foi soberano, uma vez que o STJ adota uma posição mais ampla sobre o assunto. Para o STJ, a vítima poderá ingressar não apenas contra o servidor, como também, incluir em litisconsórcio o Estado em sua demanda, ou seja, demandar, de uma só vez, o Estado e o respectivo servidor causador do dano.

A escolha do tema dessa pesquisa justifica-se pela relevância que a matéria vem ganhando no meio jurídico. Nos últimos anos foi alvo de Recursos Extraordinários e Recursos Especiais, mostrando-se contemporânea.

Um dos recentes Recursos Extraordinários, inclusive, é responsável pelo surgimento da tese da dupla garantia. Tese essa que vem sendo adotada pelo STF após análise restritiva do §6º do art.37 da Constituição Federal. Restritiva, pois, apesar do dispositivo constitucional citado trazer a possibilidade do lesado buscar diretamente do Estado à indenização pelos prejuízos que seus agentes causaram, não significa dizer que o mesmo proíba a vítima de acionar diretamente o servidor público causador do dano.

Ademais, como o posicionamento adotado pelo STJ é o mesmo da doutrina majoritária, tem-se a possibilidade da superação da tese da dupla garantia. Ou seja, a retirada do véu de proteção estatal que cobre o servidor delinquente.

Para a efetivação da pesquisa serão utilizados levantamentos bibliográficos e jurisprudenciais. O objetivo geral é analisar a responsabilidade civil, a diferença entre obrigação e responsabilidade, as teorias objetiva e subjetiva; pressupostos da responsabilidade civil, ou seja, ação ou omissão, dolo ou culpa do agente, nexo de causalidade e dano, a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata, as excludentes de responsabilidade civil, a saber: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior; a teoria do risco administrativo e da dupla garantia e a espécie de responsabilidade civil do Estado.

Já o objetivo específico é analisar a jurisprudência das duas mais altas cortes do país acerca dessa possibilidade.

Para tal, foram adotados o método científico dialético possuindo como auxiliar o comparativo, com a realização de cotejo da jurisprudência atual do STJ e STF com a Constituição Federal e com a doutrina.

Ademais, tal estudo se caracteriza como uma pesquisa de natureza qualitativa, de cunho narrativo, realizada através de levantamento bibliográfico, cuja coleta de dados foi estritamente documental, baseada em fontes primárias como a legislação pertinente e jurisprudências do STJ e STF, bem como em fontes secundárias, a exemplo de doutrinas e outras produções científicas veiculadas em periódicos especializados e artigos, teses e dissertações disponíveis em sites renomados.

O trabalho em tela foi dividido em quatro capítulos. A introdução abordou os objetivos, a problemática, a justificativa da elaboração do trabalho e as formas utilizadas para obtenção de resultados.

No segundo capítulo, foi feita uma apresentação sobre a responsabilidade civil de uma forma geral, é trabalhado seu conceito, a diferenciação entre obrigação e responsabilidade, pressupostos da responsabilidade civil.

O terceiro capítulo foi dedicado às excludentes de responsabilidade civil (legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular do direito, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior). Nesse capítulo também foi abordada a diferenciação entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, bem como as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade civil.

O quarto capítulo é dedicado à responsabilidade civil do Estado, sua evolução, seu tratamento na constituição de 1988 e a responsabilidade do agente público. Nesse capítulo também serão expostos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil decorre da violação de uma norma jurídica. Essa violação causa ao infrator da norma a obrigação de reparar a vítima em razão das previsões legais na Constituição de República e do Código Civil, além de legislações esparsas.

Todavia, a responsabilidade civil é gênero da qual decorre duas espécies: a subjetiva e a objetiva. A responsabilidade civil subjetiva vem prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, *in litteris*: “Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Ou seja, essa espécie exige que o infrator tenha agido com culpa para que seja possível a reparação do dano à vítima.

Entretanto, certas pessoas podem ser responsabilizadas apenas pela configuração de dano e nexos de causalidade. Esta é a teoria objetiva. Convém ressaltar que essa teoria (objetiva) também se encontra amparada no Código Civil Brasileiro. Em sua obra, Gonçalves (2014, p.102) exemplifica alguns dos dispositivos que ilustram a presença da teoria objetiva no atual diploma Civil Brasileiro.

Poderiam ser lembrados, como de responsabilidade objetiva, em nosso diploma civil, os arts. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas. E, ainda, os arts. 929 e 930, que preveem a responsabilidade por ato ilícito (estado de necessidade); os arts. 939 e 940, sobre a responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou por dívidas já pagas; o art. 933, pelo qual os pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e de escolas respondem, independentemente de culpa, pelos atos danosos causados por seus filhos, pupilos, curatelados, prepostos, empregados, hóspedes, moradores e educandos; o parágrafo único do art. 927, que trata da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro consagra as teorias subjetiva e objetiva para responsabilização do agente causador do dano, a última que independe da comprovação de culpa para que possa ser configurada e ensejar a responsabilização do agente.

2.1 Obrigação e Responsabilidade

Como visto anteriormente, a responsabilidade civil decorre da violação de uma norma jurídica. Essa violação causa ao infrator a obrigação de reparar a vítima.

Logo, para existir a responsabilidade de indenizar alguém, uma norma originária precisa ser violada pelo agente. Nisso consiste a diferença entre obrigação e responsabilidade. Obrigação, nas palavras do professor Carlos Roberto Gonçalves é o “*vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação*” (GONÇALVES, 2011, p.37).

Portanto, é o não cumprimento dessa relação jurídica cujo objeto pode ser uma prestação pessoal econômica, positiva ou negativa que possibilita que alguém seja responsabilizado. Em síntese, obrigação é um dever jurídico originário e a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, surge com a violação do primeiro.

2.2. Pressupostos da Responsabilidade Civil

São pressupostos da responsabilidade civil a ação ou omissão, nexos de causalidade e dano, os quais serão melhor explicados a seguir.

2.2.1 Ação ou Omissão do Agente

Destaca-se que a ação e a omissão partem primeiramente de uma conduta do agente, conforme nos ensina Wald e Giancoli (2012, p.159):

O comportamento humano que permite a configuração da responsabilidade civil poderá ser tanto comissivo como omissivo. O comportamento comissivo se manifesta através de uma ação, via de regra, concretizada por meio de movimentos corporais. Cada uma das unidades dessa movimentação denomina-se ato. Logo, ação é o

todo de que são partes integrantes os atos [...] 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 atos que possam lesar o seu semelhante. Já o comportamento omissivo decorre de uma atitude negativa. Trata-se de uma decisão voluntária que resulta na violação de um dever jurídico especial de praticar um ato que permitiria, possivelmente, impedir a consumação do dano.

Assim, sempre que houver uma conduta humana, o seu comportamento (ação ou omissão), poderá ensejar a responsabilização. A conduta humana pode ser no sentido da prática por parte do agente de ato que não deveria fazer, ou do fato de deixar de praticar ato que deveria ter feito.

2.2.2 Dano

O dano é mais um dos elementos da responsabilidade civil. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser moral e material. O dano moral é “*aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.111). O ressarcimento, portanto, não atinge conteúdo pecuniário. Este irá atingir apenas direitos personalíssimos da pessoa. Seja direitos que recaiam sobre sua intimidade, vida privada, honra, entre outros tutelados constitucionalmente. Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TUMULTO OCORRIDO NA ENTRADA DE PORTÃO DE ACESSO A ESTÁDIO DE FUTEBOL. PARTIDA VÁLIDA PELA COPA LIBERTADORES DA AMÉRICA REALIZADA NO ESTÁDIO OLÍMPICO, EM 02-07-2009. AGRESSÕES FÍSICAS PERPETRADAS POR POLICIAIS MILITARES CONTRA GRANDE CONTINGENTE DE TORCEDORES, CUJO ACESSO AO ESTÁDIO SE INVIABILIZOU. VIOLÊNCIA POLICIAL. TRUCULÊNCIA. ATUAÇÃO EXCESSIVA E VIOLENTA DE CONTINGENTE DA BRIGADA MILITAR. LESÕES CORPORAIS COMPROVADAS PELO AUTOR. ATO ILÍCITO VERIFICADO. DESPROPORCIONALIDADE DA CONDUTA ADOTADA PELOS AGENTES PÚBLICOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. O Estado responde objetivamente, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados por seus agentes no exercício da função ou em razão dela. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. A conduta irregular, desarrazoada ou exorbitante do servidor público faz presumir a sua má escolha para a missão que lhe foi confiada pelo ente de direito público. Hipótese em que os agentes públicos, atuando com o propósito de conter tumulto verificado nos portões de

acesso a estádio de futebol, agindo de forma desarrazoada e desproporcional, com o uso de cassetetes, agrediram diversos torcedores, inclusive o autor, que sofreu agressão física deflagradora de lesões corporais comprovadas por auto de exame de corpo de delito. Excesso cometido no exercício da atividade policial militar. Conduta que extrapolou o estrito cumprimento do dever legal e enveredou para o campo da ilicitude. Dano moral configurado. Precedentes da Corte no mesmo diapasão. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto e em consonância com o parâmetro usualmente adotado pelo colegiado em situações similares. APELO PROVIDO. UNÂNIME. **(Apelação Cível Nº 70057326720, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/08/2014).** (grifo nosso)

Já o dano material é aquele que atinge o patrimônio do sujeito. “O *dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização*”. (VENOSA, 2013, p.42). Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ASSALTO À MÃO ARMADA. 1. O caso diz com pedido de danos morais e materiais, decorrente de assalto à mão armada dentro das dependências da loja ré. No mesmo episódio, o autor foi compelido a entregar seu veículo que se encontrava estacionado em local destinado pela ré, aos clientes. 2. Ao que se viu de toda a prova colacionada ao feito, os fatos são incontroversos, pairando a discussão acerca da ausência de responsabilidade da ré, que alegou a ocorrência de caso fortuito ou força maior, bem como que o estacionamento localizado em frente ao seu comércio se trata de recuo, utilizado sem exclusividade pela loja e pertencente ao Poder Público. 3. Nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, sendo objetivo sua responsabilidade. Teoria do Risco. 4. Impõe-se à atividade empresarial nos dias de hoje, a adoção de medidas mais eficazes de segurança. Impossível o enquadramento do fato como caso fortuito ou força maior que tenha o condão de afastar a responsabilidade da requerida. Aplicação da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Danos materiais acolhidos e restritos aqueles que comprovados. Consultas psicológicas sem demonstração de nexo de causalidade com os fatos. Depreciação do veículo não acolhida porque não comprovada satisfatoriamente. 6. Danos morais "in re ipsa". Considerando a condição sócio-econômica das vítimas, a natureza da lesão, as conseqüências, bem assim a repercussão

destas na vida pessoal dos autores, tenho por fixar o valor da indenização em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para cada um dos demandantes; dita quantia deverá ser corrigida monetariamente com base na variação do IGP-M a partir deste arbitramento, e acrescida de juros de mora de 12% ao ano, a partir da data do evento, danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. 7. Sucumbência redimensionada. 8. Sentença reformada. À UNANIMIDADE, APELO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA, FIXARAM OS JUROS DE MORA DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO, VENCIDO O REVISOR. **(Apelação Cível Nº 70058238940, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 16/07/2014) (TJ-RS - AC: 70058238940 RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Data de Julgamento: 16/07/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/07/2014).** (grifo nosso)

Vale ressaltar que é entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de cumular o dano material e o dano moral no mesmo pedido. O autor da demanda pode pedir cumulativamente o dano patrimonial junto com o dano moral, conforme súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”. Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

INDENIZAÇÃO. OITIVA DE TESTEMUNHA SUSPEITA NA QUALIDADE DE INFORMANTE. POSSIBILIDADE. CULPA DO PREPOSTO DA EMPRESA NÃO DESCONFIGURADA. LAUDO PERICIAL DO INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA. PREVALÊNCIA. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR. PENSIONAMENTO MENSAL EM FAVOR DOS PAIS. TERMO FINAL. 65 ANOS. REDUÇÃO PARA A METADE DO SALÁRIO MÍNIMO A PARTIR DA DATA EM QUE O FALECIDO COMPLETARIA 25 ANOS. **DANOS MORAIS E MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO.** SÚMULA 37 DO STJ. DANO MORAL. VALOR ELEVADO. REDUÇÃO. COMSTITUIÇÃO DE CAPITAL. POSSIBILIDADE DE SER DETERMINADA PELO JUIZ. ARTIGO 602 DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO HODIERNO. MANUTENÇÃO. Uma vez considerada necessária a oitiva de testemunha, tida como suspeita, como simples informante, é dado ao julgador deferir o seu depoimento, sem compromisso, dando ao conteúdo das informações valoração relativa, fazendo a sua contraposição com as demais provas produzidas nos autos. Não sendo trazidas aos autos elementos aptos a desconstituir a perícia do Instituto de Criminalística ou mesmo que refutasse a metodologia utilizada pelos técnicos, ônus que é imposto aos réus pelo artigo 333, II, do CPC, deve este prevalecer, pois tem presunção de veracidade. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o dano, o ato culposo e o nexos de causalidade entre ambos, resta assente o dever

de indenizar. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que, nas famílias humildes, é devida a pensão a título de manutenção dos pais, quando na companhia destes vivia a vítima que lhes prestava ajuda econômica ou poderia vir a prestar, considerando que esta deve ser paga até os 65 (sessenta e cinco) anos do de cujus, sendo que, a partir dos 25 (vinte e cinco) anos, deverá o montante ser reduzido, por se presumir que um percentual do salário seria utilizado na manutenção do falecido e de sua família, caso constituída. **São cumuláveis as indenizações. (TJ-MG 20000049870570001 MG 2.0000.00.498705-7/000(1), Relator: PEDRO BERNARDES, Data de Julgamento: 21/02/2006, Data de Publicação: 29/04/2006)**

O dano também pode ser emergente, compreendendo como tal aquele que é concreto e acarreta diminuição do patrimônio. A respeito deste assunto, Cavalieri Filho (2012, p. 78) sintetiza:

[...] desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.

Sobre o assunto também discorre Venosa (2013, p.42):

O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. Será o valor do veículo, se a perda for total.

Já o lucro cessante é a consequência futura de um fato já ocorrido. Em outras palavras, é a perda do ganho esperável, a cessação dos rendimentos que alguém vinha obtendo com a sua profissão ou a frustração daquilo que era razoavelmente esperado. Exemplo clássico da doutrina é o do motorista de táxi. Sobre o assunto explica Venosa (2013, p.42) que:

O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o

dano. O termo razoavelmente posto na lei lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro. Assim, no exemplo do veículo sinistrado, temos que calcular quanto seu proprietário deixou de receber com os dias em que não pôde utilizá-lo. Se o automóvel pertencia a um taxista, evidente que o lucro cessante será calculado de forma diversa do que para o proprietário de um veículo utilizado exclusivamente para lazer. Em ambas as hipóteses, porém, haverá prejuízo nesse nível a ser indenizado. O detentor de automóvel particular, por exemplo, pode ter sido obrigado a alugar um veículo no período para manter suas atividades habituais. Nem sempre, portanto, o termo lucro dará a noção correta dessa modalidade de reparação. Por vezes, o lucro esperável traduz-se também como prejuízo, mas, se for projetável para o futuro, será abrangido pela expressão da lei. Nesse sentido, a indenização por causa de morte é indenizada na jurisprudência com base nos ganhos do falecido e com a parcela que ordinariamente concorria para o sustento do lar. Nesses aspectos, tem aplicação o que expusemos acerca da perda de chance.

Como visto, o dano é requisito indispensável para a configuração da responsabilidade. Sem dano não há o que responsabilizar. Entretanto, para se reconhecer a responsabilidade civil do Estado, não basta demonstrar a existência de dano econômico. Para que o Estado seja responsável, o dano deve ser também um dano jurídico. O dano jurídico pode ser conceituado como aquele decorrente da violação de um direito, como nos transmite Marinela (2010, p.888):

Trata-se de lesão a um bem jurídico cuja integridade o sistema proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo, portanto não é suficiente mera deterioração do patrimônio ou simples subtração de um interesse.

Ainda sobre o dano jurídico, Marinela (2010, p.888) exemplifica como o dano econômico não caracteriza a responsabilidade do Estado:

Imagine que em um determinado município exista um importante museu e, no seu entorno, abriam-se vários estabelecimentos comerciais que sobrevivem de sua visitação. Se o Poder Público decidir mudar o museu de endereço, com certeza o comércio do entorno vai sofrer sérios prejuízos com a perda da clientela. A questão é a seguinte: esses prejuízos geram para o Estado o dever de indenizar? A resposta é negativa, considerando que os prejuízos financeiros sofridos pelos comerciantes representam dano econômico, mas não jurídico. Não há lesão a um direito, considerando que eles não tinham direito à manutenção do museu naquele endereço. Dessa forma, não há para o Estado o dever de indenizar; o dano econômico não é suficiente.

A indenização deve abranger tudo aquilo que o lesado perdeu. Os danos emergentes – aqueles considerados como o dano atual - como também aquilo que o sujeito deixou de ganhar, ou seja, o dano futuro, mais conhecido como, os lucros cessantes.

Em linhas gerais, o dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito. É a perda ou redução do patrimônio material ou moral do indivíduo em decorrência da conduta de outrem. Essa conduta danosa gera para o lesado o direito de ser ressarcido para que haja o retorno de sua situação ao estado em que se encontrava antes do dano, ou para que seja compensado caso não exista possibilidade de reparação.

2.2.3 Nexo de causalidade

O nexos de causalidade é um vínculo, da causa e seu efeito, relacionando a conduta com o seu resultado estudado. Pode ser estudado sob o prisma de três teorias: teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência de condições é aquela que considera como causa tudo aquilo que concorra para o evento. Sua amplitude é criticada pela doutrina pelo fato de considerar causa “*todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a cadeia causal, seguindo esta linha de inteligência, poderia levar a sua investigação ao infinito*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.153).

Sobre a teoria da equivalência de condições, Cavalieri Filho (2012, p.50) diz:

Essa teoria não faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos). Se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor; a mesma relevância, todas se equivalem. Não se indaga se uma delas foi mais ou menos eficaz mais ou menos adequada. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada da *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições.

A crítica a essa teoria reside no fato desta permitir uma regressão infinita do nexos causal. Sobre o tema Cavalieri Filho (2012, p.51), manifesta-se:

Critica-se essa teoria pelo fato de conduzir a uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexa causal. Por ela, teria que indenizar a vítima de atropelamento não só quem dirigia o veículo com imprudência, mas também quem lhe vendeu o automóvel, quem o fabricou, quem forneceu a matéria-prima etc.

Exemplifica Borges e Sá (2015, p.788):

Grande maratonista é atropelada por ônibus de concessionária de serviço público, perdendo parcialmente os movimentos das pernas. Em razão do acidente, esvai a sua única fonte de sustento. O marido pede o divórcio, e, ainda, ganha na justiça a guarda dos dois filhos. Em depressão, a ex-maratonista salta de uma ponte a caminho do suicídio. No entanto, cai sobre um particular, que vem a falecer. Se considerarmos a aplicação da equivalência das condições, pelo falecimento do particular ocorrido, a concessionária será acionada em solidariedade com o esposo, pois, se não houvesse o atropelamento, não teria havido, eventualmente, a perda do trabalho. E, se o esposo a tivesse apoiado, eventualmente a atleta não se entregaria à depressão.

Já a teoria da causalidade adequada se mostra mais restrita comparada a anterior, pois considera apenas “*o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso*”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.154).

Portanto, todo aquele antecedente que após um apreço probabilístico não se mostra efetivo a contribuir com o resultado não será considerado como causa para efeitos da aplicação dessa teoria. Sobre a teoria da causalidade adequada, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.155) esclarecem que:

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo um juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.

Assim como a teoria anterior, esta também costuma ser criticada pela doutrina. As críticas residem no fato dessa teoria “*admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem compete, no plano abstrato, avaliar se o fato ocorrido pode ser considerado ou não causa do resultado danoso*”. (BORGES; SÁ, 2015, p.789).

Por fim, tem-se ainda a teoria da causalidade direta e imediata. Adotada pelo Código Civil Brasileiro, a causa seria apenas “*o antecedente fático que, ligado por*

um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata". (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.156). Pela teoria da causalidade direta e imediata ou da interrupção do nexa causal, o considera-se como causa do dano apenas o evento que se vincular direta e imediatamente ao dano. É a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, *in litteris*:

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

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexa de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - **Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexa de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexa causal.** Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexa de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexa de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. **Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.** Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 130764 PR, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 12/05/1992). (grifo nosso)

Com efeito, para caracterização do dano é preciso que haja ação humana, dano e nexo causal entre a conduta e o dano, sendo controvertida a posição dos Tribunais Superiores em relação a responsabilização do agente do Estado diretamente ou somente por meio de ação de regresso.

2.2.4 Culpa do agente

A inclusão da culpa como um dos elementos da responsabilidade civil, não é pacífica entre a doutrina como podemos verificar na lição de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.74):

a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)[...] A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.

Como visto no ensinamento acima, o fato de a culpa não ser considerada como elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil, reside no simples fato de possuímos no ordenamento jurídico brasileiro duas teorias que fundamentam a responsabilidade civil, as quais se diferenciam pela consideração da culpa como elemento da obrigação de reparar o dano.

De um lado temos a responsabilidade subjetiva que pressupõe a culpa para surgir à obrigação de indenizar, e do outro lado temos a responsabilidade objetiva, em que obrigação de indenizar independe de dolo ou culpa do agente. Bastando que a vítima demonstre a ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

Denota-se da passagem acima o fato de que a culpa não ser considerada elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil, sendo considerada um fato accidental.

Acerca das proximidades entre a culpa e o dolo, Wald e Giancoli (2012, p.241) nos trazem que:

Dolo e culpa se relacionam a uma atuação voluntária e reprovável de um determinado agente. Ocorre que, no dolo, a conduta nasce ilícita,

porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico. Já na culpa a conduta só se torna ilícita na medida em que se desviou dos padrões social ou tecnicamente adequados. Desse modo, a conduta dolosa pode ser conceituada como aquela que resulta de uma vontade consciente dirigida à produção de um resultado prejudicial a uma determinada pessoa, ou seja, uma infração intencional de um dever de conduta preexistente. O dolo tem por elementos a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude. Já a culpa pode ser vista como o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente devia observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível.

Ademais, mesmo tendo o dolo e a culpa conceitos distintos, no que diz respeito à responsabilidade civil, havendo violação de conduta, a obrigação de reparar o dano causado é a mesma.

3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Como visto no capítulo anterior, o nexo de causalidade é o vínculo, da causa e seu efeito, relacionando a conduta com o seu resultado. É o liame que une a conduta do agente ao dano. Contudo, há causas que rompem o nexo de causalidade, portanto, situações que impedem que se concretize o nexo causal.

Como consequência desse rompimento, surge o afastamento do dever de indenizar. Sem o nexo causal, um dos elementos da responsabilidade civil, não há responsabilidade civil nem dever de reparação.

São consideradas como excludentes de responsabilidade civil: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular do direito, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

3.1. Legítima defesa. Estado de necessidade. Exercício regular do direito.

O Direito não admite a justiça com as próprias mãos, mas reconhece situações que o indivíduo pode usar dos meios necessários. Para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si. Os meios da repulsa devem ser moderados. Assim, quem age em legítima defesa não pratica ato ilícito, não havendo dever de indenizar. O instituto da legítima defesa fica evidente pelo ensinamento de Wald e Giancoli (2012, p.635) abaixo:

A legítima defesa é a repulsa a mal injusta, grave e atual ou iminente à vítima ou terceiro, bem como aos seus bens. Ela pressupõe, assim, a existência de uma agressão ilícita, pelo agente, provocando a defesa, por parte do ofendido.

Por esse conceito, pode-se extrair os requisitos para que a legítima defesa se reste comprovada. Ela deve ser injusta, atual ou iminente, como nos leciona Wald e Giancoli (2012, p.635):

Atual é a agressão que se está desencadeando, iniciando-se ou que ainda está se desenrolando porque não se concluiu. Iminente é a que está prestes a ocorrer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que permita adiar a repulsa. Injusta é a agressão não autorizada nem justificada pelo Direito. Desse modo, não há legítima defesa contra uma agressão futura, remota, que pode ser evitada por outro meio.

Há que se lembrar também, que o indivíduo que se utilize da legítima defesa, deve utilizar os meios necessários, sem excessos.

Pode acontecer do agente equivocadamente, imaginando estar em uma situação de agressão atual, reagir a esta agressão de forma não excessiva achando que está amparada pela excludente estudada. A essa situação, a doutrina dá o nome de legítima defesa putativa. Sobre o instituto da legítima defesa putativa, Figueiredo (2014, p.354) nos ensina:

Na legítima defesa putativa o agente reage a uma agressão imaginária, suposta, irreal, utilizando-se de meios proporcionais. Verifica-se quando um agente, imaginando (equivocadamente) que seu desafeto iria o agredir, por caminhar em sua direção e colocar uma mão no bolso, contra-ataca primeiro, agredindo-o.

No caso da legítima defesa putativa, não há que se falar de excludente de responsabilidade civil. Esta não é aplicada no direito civil. Portanto, a obrigação de indenizar irá permanecer. Nas palavras de Venosa (2012, p.62). “*A legítima defesa putativa não inibe o dever de indenizar, porque exclui a culpabilidade, mas não a antijuridicidade*”. Ou seja, mesmo que o indivíduo seja absolvido na esfera criminal, poderá ser condenado no âmbito civil. Se a legítima defesa foi praticada contra o próprio agressor, não há dever de indenizar. Se, porém, no ato de legítima defesa, o agente atinge terceiro, deve reparar o dano, dispondo de ação regressiva contra o ofensor, para reembolso da indenização paga.

A legítima defesa não se confunde com o estado de necessidade, já que diferente daquela, essa é a situação em que “*o sujeito viola direito alheio, com a finalidade de remover perigo iminente de um direito seu*”. (WALD; GIANCOLI, 2012, p.638). O estado de necessidade, portanto, se relaciona não com os direitos de personalidade como na legítima defesa, mas com o patrimônio do indivíduo.

O exercício regular do direito dispensa maiores considerações. É um tanto lógico que o sujeito que atue em conformidade com o Direito não seja passível de penalização por isso. Exceto claro, nos casos em que houver um abuso na sua atuação. De simples compreensão também, se mostra os casos em que a própria vítima é que motiva o dano.

3.2 Caso fortuito e força maior

Quanto ao caso fortuito e a força maior, estes tratam de acontecimentos inevitáveis. A força maior é o acontecimento cuja inevitabilidade é absoluta, ainda que possa o fato ser previsível, e o caso fortuito seria aquele decorrente de forças da natureza. Porém, a definição desses fenômenos por parte da doutrina não é pacífica, como podemos ver em Alexandrino e Paulo (2015, p. 860):

Existe bastante controvérsia acerca da possibilidade de serem consideradas excludentes da responsabilidade civil da administração pública as situações caracterizadoras de força maior e de caso fortuito. A primeira dificuldade reside na própria diferenciação entre essas duas figuras. Há quem atribua o conceito de força maior a eventos irresistíveis da natureza e o de caso fortuito a eventos inevitáveis resultantes de atuação direta do homem. Há juristas que adotam orientação exatamente oposta a essa.

Para Di Pietro (2014, p.725), estas não podem nem ser consideradas como causas excludentes da responsabilidade do Estado, explica:

força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. Já o caso fortuito - que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado - ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.

Enquanto Di Pietro (2014, p.725) sustenta a posição de que os institutos não podem ser considerados como excludentes de responsabilidade do Estado pelos motivos acima expostos, há correntes contrárias no sentido de que, a força maior e o caso fortuito não só são excludentes, como também, não possuem sequer diferença entre si. Essa também é a impressão que se tem ao ler o artigo 393 do Código Civil, *In verbis*:

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.

Note que da leitura do parágrafo único do artigo acima, percebe-se que o legislador praticamente os considera como sendo sinônimos.

Sobre os efeitos jurídicos dos institutos, Cavalieri Filho, (2012, p.71) explica:

O que é indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. E circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente.

Com efeito, denota-se o caso fortuito ou de força maior, embora considerados como sendo iguais para vários doutrinadores, tem em verdade natureza jurídica distinta, que por vezes se confundem.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. DEMORA NO RESTABELECIMENTO. TEMPORAL OCORRIDO NAS REGIÕES NORTE E NORDESTE DO ESTADO EM DEZEMBRO DE 2012. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. A prova constante nos autos é farta a demonstrar que o temporal que assolou parte deste Estado nas datas apontadas na exordial ultrapassou os limites do previsível, caracterizando força maior, tanto que vários Municípios decretaram Estado de Emergência, inclusive aquele onde reside o autor. Não se olvida que a responsabilidade da ré, enquanto concessionária de serviço público, é regida pelo art. 37, § 6º, da CF/88. Todavia, o fato de se tratar de atividade regida pelo regime da responsabilidade objetiva apenas afasta a necessidade da demonstração da culpa. A existência de nexo causal, porém, continua a ser exigida. **Havendo a caracterização de força maior rompe-se o nexo de causalidade e, conseqüentemente, exclui a responsabilidade civil pelos danos causados.** Nesse contexto, considerando a absoluta excepcionalidade do evento, devidamente evidenciado nos autos, o prazo utilizado pela demandada para restabelecimento do serviço não se mostrou excessivo, restando, ao contrário, devidamente justificado, o que afasta a pretensão indenizatória. Sentença de improcedência mantida. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70059336909, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 16/07/2014).69 (TJ-RS - AC: 70059336909 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 16/07/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/07/2014). (grifo nosso)

Desta forma, força maior e caso fortuito são excludentes de responsabilidade.

Nessas hipóteses, o Estado se exime da responsabilidade desde que o resultado danoso não tenha sido provocado pelo mesmo.

3.3 Fato de terceiro

O fato de terceiro é o ato praticado por pessoa diversa da vítima. Entende-se por terceiro, alguém mais, além da vítima e do causador do dano. Sobre o fato de terceiro explica Cavalieri Filho (2012, p. 70):

[...] só exclui a responsabilidade quando rompe o nexa causal entre o agente e o dano sofrido pela vítima e, por si só, produz o resultado. Em outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação causal entre a vítima e o aparente causador do dano; que seja algo irresistível e desligado de ambos.

Ainda sobre o fato de terceiro, Wald e Giancoli (2012, p.370) reforçam seu caráter excepcional, visto que, em regra a responsabilidade civil recai apenas sobre aquele que infringiu o princípio do *neminem laedere* (aquele segundo o qual a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem). Veja-se:

A responsabilidade civil, enquanto resultado de uma conduta juridicamente imputável, permite apenas a responsabilização do indivíduo que a praticou (ação ou omissão voluntária). Desse modo, a imputação deve recair sobre a pessoa que praticou o ato ou omissão, para que surja o dever de indenizar. Essa situação dá origem a regra geral da responsabilidade civil, conhecida como responsabilidade por ato próprio. Existem, porém, situações em que uma pessoa responderá pela prática de determinados atos danosos ainda que não os tenha praticado, porque existe entre o autor da conduta e o responsável imputável um vínculo jurídico apto a gerar sua responsabilização. Teremos, então, a chamada responsabilidade por atos de outrem ou de terceiro. Todavia, a responsabilidade por atos de outrem é a exceção, porquanto não é todo vínculo jurídico que possui aptidão para deslocar, ou melhor, estender a imputação do dever de indenizar a uma outra pessoa que não o responsável direto pela conduta danosa. É preciso, então, que haja um vínculo impondo um dever de guarda, vigilância ou custódia, entre o agente e o terceiro responsável, fato este que gera uma necessária relação de subordinação e dependência jurídica do primeiro com o segundo.

Portanto, a lesão que decorre da conduta de um terceiro afasta o nexa de causalidade. Consequentemente, exclui a responsabilidade civil.

3.4 Responsabilidade contratual e Responsabilidade extracontratual.

O cerne da diferença entre essas duas responsabilidades é o vínculo preexistente. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, se está, pois, diante de uma responsabilidade contratual. Ou seja, se o dever jurídico violado estiver previsto no contrato. Logo, a responsabilidade extracontratual haverá se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei, conforme lição de Gonçalves (2014, p.44):

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tomando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Se faz mister a diferenciação, pois, em regra, a responsabilidade do Estado constitui modalidade extracontratual, por inexistir um contrato prévio entre as partes que sustente o dever de reparar, diferente do que acontece nas relações entre os particulares.

Ademais, existem outras diferenças entre as espécies de responsabilidade apontadas. Sobre o ônus da prova, Gonçalves (2014, p.32) diz que:

A vítima tem maiores probabilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.

Em respeito ao ônus da prova, cumpre dizer que se a responsabilidade for da espécie contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. Sendo a responsabilidade extracontratual, o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente.

Em suma, Na responsabilidade contratual, antes de nascer à obrigação de indenizar, já existe um vínculo jurídico entre as partes: o contrato. Na responsabilidade extracontratual o vínculo somente surge com a ocorrência de um

dano. Na responsabilidade contratual a culpa do devedor inadimplente é presumida, ao passo que na extracontratual o ônus de provar a culpa é da vítima.

3.5 Teorias subjetiva e objetiva

Subjetiva é a responsabilidade que se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário para indenização do dano.

Nessa teoria, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se este agiu com dolo ou culpa, conforme lição de Borges e Sá (2015, p.783):

[...] na teoria objetiva, não há a necessidade de demonstração de dolo ou de culpa contra quem se pleiteia a indenização. Quer dizer que a responsabilidade ocorre independentemente de o ato ser ilícito. Na espécie, para a configuração da responsabilidade, são necessários os seguintes elementos: conduta, dano e nexos de causalidade. Perceba que a diferença entre a teoria subjetiva e objetiva está na necessidade ou não de se demonstrar a culpa em sentido amplo. Esta, por sua vez, refere-se ao dolo e à culpa “em sentido estrito”. O dolo é a ação ou omissão voluntária, dirigida à violação intencional de dever jurídico com o propósito de prejudicar alguém. Já a culpa estrita designa o desrespeito a um dever preexistente, sem a intenção de violar o dever jurídico, em que o ato pode ser até voluntário, mas o resultado é involuntário.

A responsabilidade objetiva se satisfaz apenas com o dano e o nexos de causalidade. É a possibilidade de haver a reparação de um dano cometido mesmo que não haja culpa. Esta teoria, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexos de causalidade, independentemente de culpa. Dentro dessa seara, Ieciona Wald e Giancoli (2012, p.349):

Examinando-se o critério da conduta do causador do dano, a responsabilidade pode ser subjetiva, quando baseada na culpa em sentido lato (culpa ou dolo), ou objetiva, quando independe de qualquer falha humana (culpa) ou desejo de causar o dano (dolo), noutras palavras, decorre de uma simples relação de causalidade (nexos causal) e/ou de uma situação específica do responsável ou de obrigação que lhe é atribuída. Ainda hoje a responsabilidade subjetiva fundada na culpa é a regra geral no direito brasileiro, por força da aplicação dos arts. 186 e 927 do Código Civil. A responsabilidade objetiva é a exceção, e sua aplicação depende de expressa previsão legal como no caso do parágrafo único do art. 927 (atividade de risco); do art. 187 (abuso de direito); do art. 931 (responsabilidade dos empresários e das sociedades empresárias na qualidade de produtores); do art. 933 (responsabilidade dos terceiros por fato de outrem); além da responsabilidade do Estado, a

decorrente das relações de consumo, no direito ambiental, entre outras diversas situações.

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Nesse sentido, segue jurisprudência do Tribunal de Justiça da Bahia:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TEORIA DO RISCO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL APLICADA AO CASO CONCRETO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NEXO DE CAUSALIDADE DOS DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CABÍVEL A CONDENAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM FACE DO COMPROVADO CONSTRANGIMENTO SOFRIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Segundo a teoria do risco encampada pelo Código Civil vigente, em se tratando de responsabilidade objetiva, resta estabelecido que se alguém exerce uma atividade criadora de perigos especiais, deve responder pelos danos que ocasione a terceiros. A responsabilidade, portanto, surge em virtude da potencialidade de danos da atividade exercida.

(TJ-BA - APL: 00005489420108050087 BA 0000548-94.2010.8.05.0087, Relator: Augusto de Lima Bispo, Data de Julgamento: 15/10/2012, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2012). (grifo nosso)

Assim, responsabilidade subjetiva é aquela que pressupõe a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa) para surgir à obrigação de indenizar. Responsabilidade objetiva é aquela em que obrigação de indenizar independe de dolo ou culpa do agente. Basta que a vítima demonstre a ação ou omissão, o dano e o nexo causal.

Cita-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PRELIMINARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. VEÍCULO DE MUNICÍPIO. REQUISITOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE NA APRESENTAÇÃO DE TRÊS ORÇAMENTOS. DEDUÇÃO DO SEGURO DPVAT SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUANTO AOS DANOS MATERIAIS CONFIRMADA. PRECEDENTES. O

foro de domicílio do autor é o competente para reparação de danos sofridos em decorrência de acidente de trânsito, consoante art. 100, parágrafo único do Código de Processo Civil. Cerceamento de defesa não configurado, pois decorre dos autos que o ente público optou pela inércia nas oportunidades viabilizadas às partes para que se manifestassem a respeito da produção de provas. **A responsabilidade civil dos entes públicos, de regra, é objetiva, com base na teoria do risco administrativo, consagrada pela Carta Magna (Art. 37, § 6º).** Havendo culpa exclusiva da vítima, fica excluída a responsabilidade do poder público; se a culpa for concorrente, a responsabilidade será mitigada, repartindo-se o quantum da indenização. A prova carreada ao feito é robusta a demonstrar a responsabilidade da Municipalidade pelo fato de seu veículo ter atingido o automóvel do autor. Em se tratando de danos materiais não há falar em abatimento quanto ao valor decorrente do seguro DPVAT, o qual diz respeito à reparação de danos pessoais. Não é exigível apresentação de três orçamentos. Ratificada a condenação para indenizar os danos materiais nos termos especificados na sentença apelada. PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO IMPROVIDA.. (Apelação Cível Nº 70065525354, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 25/02/2016).(grifo nosso)

A teoria do risco será melhor abordada no próximo capítulo.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A reparação pelo Estado nem sempre foi cabível, passaremos a expor sobre a responsabilização civil do Estado do introito até o momento atual através da evolução das teorias que contribuíram para desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado.

4.1 Evolução da responsabilidade civil do Estado

A primeira teoria que explica a evolução da responsabilidade civil do Estado é a chamada Teoria feudal. O Estado nem sempre foi responsabilizado pelos atos danosos de seus agentes públicos. Na época dos estados absolutistas existia uma teoria chamada de "feudal". De caráter injusto, essa legitimava a irresponsabilidade do Estado já que vigorava a ideia de que o rei era o Estado e não havia limitações ao seu poder. Assim, o Estado era a expressão viva da lei e do direito. Devido a sua superioridade, estava desobrigado de reparar qualquer erro ou ressarcir por eventuais prejuízos causados. Baseava-se esta teoria na ideia de que não era possível ao Estado, literalmente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o rei não cometia erros.

Sobre a irresponsabilidade do Estado, Cavalieri Filho (2012, p. 253) explica:

No Estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. A ideia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: "O rei não erra" (The king can do no wrong), "O Estado sou eu" (EÉtat c'est moi), "O que agrada ao príncipe tem força de lei" etc. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada. Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração.

A teoria feudal também é conhecida com a teoria da irresponsabilidade do Estado. Visto que, ao Estado não cabia nenhuma responsabilização por qualquer

ato danoso a um particular, era, portanto, totalmente isento de reparar qualquer dano.

Já na Teoria civilista o Estado responderia pelos prejuízos decorrentes de seus atos de gestão. Foi a primeira tentativa de explicação a respeito do dever estatal de indenizar particulares por prejuízos decorrentes da prestação de serviços públicos. Atos de gestão são aqueles que “*são praticados pela administração na qualidade de gestora de seus bens e serviços, sem exercício de supremacia sobre os particulares*”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 494).

Quanto aos atos de império, “*aqueles que a administração impõe coercitivamente aos administrados, criando para eles obrigações ou restrições, de forma unilateral e independentemente de sua anuência*.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 494). O Estado mantinha-se irresponsável. Os atos de império possuem como fundamento o princípio da supremacia do interesse público.

A teoria da culpa administrativa. Nessa teoria há a necessidade de comprovação de culpa, independente se resultante de atos de império ou de gestão, diferente da teoria civilista onde há necessidade de comprovação de culpa relativa aos atos de gestão. A referida teoria é uma verdadeira transição entre a teoria civilista e a próxima teoria que será estudada: a teoria do risco administrativo.

Na última fase dessa evolução proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado. Nessa fase merecem destaques duas teorias: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

Na teoria do risco administrativo, o Estado é responsável pelas condutas danosas de seus agentes públicos, salvo nos casos das excludentes de responsabilidade já abordadas no terceiro capítulo. Estas afastam o dever do Estado de reparar o eventual prejuízo. Neste sentido é a lição de Alexandrino e Paulo (2015, p.848):

[...] a responsabilização civil da administração pública dispensa a prova de culpa na sua atuação, mas é possível ela eximir-se da obrigação de indenizar, caso comprove culpa exclusiva do particular que sofreu o dano, ou alguma outra excludente (ou ainda atenuar a sua responsabilidade, se ela provar a existência de culpa recíproca). Em outras palavras: não significa a teoria do risco administrativo que a administração, inexoravelmente, tenha a obrigação de indenizar o particular. Apenas fica dispensada, a vítima, da necessidade de comprovar a culpa estatal: Por exemplo, havendo um acidente entre um veículo conduzido por um agente público e um particular, não necessariamente será devida pela administração a

indenização dos danos. Pode ser que ela consiga provar que houve culpa recíproca dos dois condutores (hipótese em que a indenização será proporcionalmente atenuada) ou mesmo que a culpa tenha sido exclusivamente do motorista particular (hipótese em que restaria excluída a obrigação de indenização por parte da administração, cabendo, sim, ao particular a obrigação de reparação).

Nesta fase descarta-se qualquer indagação em tomo da culpa do funcionário causador do dano. Responde o Estado porque causou dano ao seu administrado, e porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular. A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Sobre esta teoria, Cavalieri Filho (2012, p.257) explica que esta teoria:

[...] surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. E 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.

Por sua vez, pelo risco integral, o Estado é obrigado a indenizar os prejuízos suportados por terceiros, ainda que resultantes da culpa exclusiva da vítima ou de eventos da natureza *“basta a existência do evento danoso e do nexos causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, sem a possibilidade de que este a legue excludentes de sua responsabilidade”* (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p.848).

Convém mencionar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do risco integral, sobre a diferença entre as teorias mencionadas, Cavalieri Filho (2012, p.257) explica:

[...] muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa. Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal- fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade

administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistir relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.

Portanto, quando alguns autores, falam em teoria do risco integral, estão, na realidade, se referindo àquilo que para outros é a teoria do risco administrativo. Toda via, independente da classificação que se dê à teoria que justifica o dever de indenizar do Estado, não poderá ser ele responsabilizado quando não existir relação de causalidade entre a sua atividade administrativa e o dano suportado pelo particular.

4.2 Responsabilidade Civil na Constituição de 1988

A responsabilidade do Estado é disciplinada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988:

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

Da leitura do dispositivo constitucional acima, pode-se extrair que a responsabilidade do Estado é objetiva, ou seja, independe da comprovação de dolo ou culpa “*o Estado tem o dever de indenizar o dano sofrido de forma injusta pelo particular, independentemente de falta do serviço ou de culpa dos agentes públicos. Existindo o dano (o fato do serviço), o Estado tem a obrigação de indenizar*” (BORGES; SÁ, 2015, p.801).

Também chamada de teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, Mazza (2015, p. 368) a define como sendo aquela que:

[...] afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e fundamenta o dever de indenizar na noção de risco administrativo [...] Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade prescinde de qualquer investigação quanto ao elemento subjetivo.

A expressão “nessa qualidade” indica a adoção, pelo Texto Constitucional de 1988, da teoria da imputação volitiva de Otto Gierke segundo a qual somente pode ser atribuído a pessoa jurídica “*os comportamentos do agente público durante o exercício da função pública. Logo, se o dano foi causado pelo agente público fora do exercício da função o Estado não responde*”. (MAZZA, 2015, p. 373).

Em sua obra, Mazza (2015, p. 373) também discorre sobre as consequências da adoção dessa teoria:

[...] impede a propositura de ação de indenizatória diretamente contra a pessoa física do agente se o dano foi causado no exercício da função pública [...] impossibilita a responsabilização civil do Estado se o dano foi causado pelo agente público fora do exercício da função pública. [...] utilização das prerrogativas do cargo somente nas condutas realizadas pelo agente durante o exercício da função pública.

A segunda parte do artigo constitucional mencionado trata do direito de regresso. O Estado pode após o pagamento da indenização a vítima, recuperar a quantia para o erário “*o pagamento da indenização do Estado não ficará “de graça”, de modo que agente público causador do dano será chamado a ressarcir a Administração, desde que tenha praticado o ato com dolo ou com culpa*” (BORGES; SÁ, 2015, p. 821). Isso se faz mediante a ação de regresso.

A ação de regresso, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, representa duas garantias: uma em favor do Estado e outra em favor do próprio agente. Essa teoria foi denominada de dupla garantia. Neste sentido, Mazza (2015, p. 375) explica:

[...] surgida no âmbito da jurisprudência do STF (RE; 327.904/SP), tal teoria afirma que a ação regressiva (Estado X agente) representa garantia em favor: 1) do Estado: sendo uma garantia de que a pessoa jurídica estatal será ressarcida pelo agente quanto ao valor da indenização paga à vítima; 2) do próprio agente público: pois se o dano foi causado durante o exercício da função pública, o STF não admite que o agente seja diretamente acionado pela vítima ao propor a ação indenizatória.

O tema da ação de regresso se mostra controverso para o Estado. Em um primeiro momento defende ausência de nexo de causalidade e a conduta do servidor. Em seguida, como forma de recuperar o prejuízo causado em uma possível condenação, precisa alegar exatamente o contrário. Sem esquecer o

posicionamento de que a vítima não pode ajuizar a ação direto em face do agente, os servidores públicos ficarão cada vez mais impunes. Segundo Marinela (2010, p.899) esse é um dos motivos para as ações de regresso serem pouco ajuizadas no Brasil, como se vislumbra em seu ensinamento:

Isso ocorre, antes de tudo, em face do corporativismo que existe entre os servidores, admitindo inclusive, em algumas circunstâncias, a complacência e, nas situações mais graves, até a conivência, muitas vezes presentes dentro da Administração Pública. Um outro obstáculo para a ação de regresso é a situação desconfortável em que o Estado se coloca, porque, primeiro, na ação ajuizada pela vítima, defendeu de forma incisiva a ausência de nexos de causalidade e a conduta do servidor por ele considerada impecável. Agora, na tentativa de resgatar os prejuízos que teve na condenação da primeira ação, terá de alegar exatamente o contrário. Isso com certeza compromete e credibilidade das palavras do Estado lhe inibe a ação de regresso. Com essa inércia do Estado para a ação de regresso e o crescente posicionamento de que a vítima não pode ajuizar a ação direto em face do agente, não há dúvida de que os servidores públicos ficarão cada vez mais impunes, com isso havendo perdas para o Estado e para a sociedade

Com efeito, sob a ótica da responsabilidade objetiva do estado, tendo como pressuposto a teoria da responsabilidade sem culpa, a qual é adotada pelo STF, não pode haver ingresso de ação diretamente contra o agente público, que só pode ser processado por meio de ação regressiva, de sorte que cabe, em princípio, ao Estado a responsabilidade, o que pode ensejar impunidade sobre o agente infrator tendo em vista ser incomum o ingresso de ação de regresso no Brasil.

4.3 Responsabilidade Civil do Agente Público

Como dito anteriormente, ao fazer a leitura do art. 37, §6º da Constituição Federal, pode-se concluir que a responsabilização do ente público se configura objetiva e que seus agentes respondem somente de forma subjetiva (pressupõe a existência de culpa ou dolo), sendo assegurado o direito de regresso do Estado contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sendo assim, apesar da responsabilidade ser atribuída à Pessoa Jurídica, o agente que causou o dano não se exime de ressarcir os prejuízos causados ao ente público. O que se questiona é: a vítima pode deixar de cobrar do Estado e cobrar diretamente do agente?

Bandeira de Mello (2009, apud CARVALHO, 2015, p.340) sobre o tema, estabelece que:

[...] a norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade de responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. [...].

E conclui que:

[...] a circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado.

Seguindo a sua abordagem sobre o tema, Carvalho (2015, p. 340) comenta a posição do emérito doutrinador.

[...] percebe-se que o festejado autor admite a propositura de ação pela vítima diretamente em face do agente público desde que abra mão da garantia de responsabilidade objetiva e proponha a ação indenizatória, embasado nas alegações de dolo ou de culpa desse agente. Entretanto, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, não é possível a propositura de ação, diretamente, em face do agente público causador do dano. Isso porque, no momento em que o texto constitucional, em seu art. 37, §6º, estabeleceu a responsabilidade estatal, garantiu um direito ao particular lesado de ser indenizado pelos prejuízos que sofreu, mas também concedeu ao agente a garantia de só ser cobrado pelo Estado. É o que se convencionou chamar de teoria da dupla garantia à vítima e também ao agente.

Cita-se o seguinte julgado da Suprema Corte sobre o tema:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra ainda, dupla garantia:** uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano

objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. **(RE 327904 / SP - SÃO PAULO. Julgamento: 15/08/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma).** (grifo nosso)

O julgado acima reforça o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal ao §6º do artigo 37 da Magna Carta. Ou seja, a proposição somente contra as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder objetivamente pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra ainda, a tese da dupla garantia.

No mesmo sentido, outro julgado da Suprema Corte em relação à ilegitimidade passiva do agente público:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6 DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.** O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da RE n. 327.904, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8.9.06, **fixou entendimento no sentido de que "somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros.** Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. **(STF - RE: 470996 RO, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00444).** (grifo nosso)

A propositura da ação *per saltum* não é admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema Carvalho (2015, p. 341) explica:

Esse entendimento também não admite a propositura de ação *per saltum* da pessoa natural do agente. Ademais, esse posicionamento jurisprudencial e doutrinário tem fulcro no princípio da impessoalidade [...] Isso porque um dos enfoques deste princípio define que não há qualquer relação entre o agente público e o particular prejudicado, haja vista o fato de que quando o agente causou o prejuízo, não o fez na condição de particular, o fez em nome do Estado. Em outras palavras, **a conduta do agente público não deve ser imputada à pessoa do agente, mas sim ao Estado que está atuando por meio dele.** Essa faceta do princípio da

impessoalidade nada mais é do que a aplicação da teoria do órgão, ou teoria da imputação volitiva. (grifo nosso)

Insta salientar, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em sentido diverso, no ano de 2014, admitindo a propositura da ação de reparação civil pela vítima, diretamente, em face do agente público, em razão da busca por economicidade e eficiência processual. Neste sentido, segue o recurso especial do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE DE AGENTE PÚBLICO PARA RESPONDER DIRETAMENTE POR ATOS PRATICADOS NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO. Na hipótese de dano causado a particular por agente público no exercício de sua função, há de se conceder ao lesado a possibilidade de ajuizar ação diretamente contra o agente, contra o Estado ou contra ambos. De fato, o art. 37, § 6º, da CF prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica, que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Nesse particular, a CF simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo. Contudo, não há previsão de que a demanda tenha curso forçado em face da administração pública, quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto; tampouco há imunidade do agente público de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de qualquer forma, em regresso, perante a Administração. Dessa forma, a avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o agente público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios, os quais, como é de curso conhecimento, não são rigorosamente adimplidos em algumas unidades da Federação. Posto isso, o servidor público possui legitimidade passiva para responder, diretamente, pelo dano gerado por atos praticados no exercício de sua função pública, sendo que, evidentemente, o dolo ou culpa, a ilicitude ou a própria existência de dano indenizável são questões meritórias. Precedente citado: REsp 731.746-SE, Quarta Turma, DJe 4/5/2009. REsp 1.325.862-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 5/9/2013. (grifo nosso).

Como se pode ver o ministro Luís Felipe Salomão, relator do recurso retro mencionado, entendeu que a melhor solução para a questão seria a de deixar que o lesado tenha a possibilidade de escolher se irá intentar ação diretamente contra o

agente público culpado, contra o Estado, ou até mesmo contra ambos, caso seja esse o seu interesse.

O tema se mostra controverso. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui precedentes nos dois sentidos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS CAUSADOS POR AGENTE PÚBLICO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. COMPETÊNCIA. DEMANDA PROPOSTA CONTRA O ESTADO E O AGENTE CAUSADOR DO DANO. FOROS CONCORRENTES. ART. 94, § 4º, CPC. ART. 100, INCISOS IV, A, E V, A, CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. RECURSO NÃO PROVIDO. Havendo litisconsórcio passivo, o autor poderá optar pelo foro do domicílio de qualquer dos litisconsortes (art. 94, § 4º, CPC). É competente o foro local em que os fatos se passaram na hipótese de ação de reparação de dano (art. 100, V, a, CPC). A inexistência de Vara da Fazenda Pública no foro competente não promove o deslocamento da competência para a vara especializada instalada em foro diverso. **O agente público pode responder diretamente pelos danos causados no exercício da função, nos termos dos art. 927 do Código Civil. A norma do § 6º do art. 37 da Constituição da República visa apenas a facilitar para o administrado a reparação pelos danos materiais ou morais decorrentes de uma atividade desempenhada pelo Estado.** (TJ-MG - AI: 10148120030306001 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 19/11/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/12/2013). (grifo nosso)

No julgado acima, é possível ver a adoção por parte do Tribunal de Justiça de Minas Gerais da corrente sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça, onde o agente pode responder diretamente pelos danos causados no exercício da função.

Abaixo, outro julgado do mesmo Tribunal de Justiça, porém com outro entendimento sobre a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, CF. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - Nos Termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, a reparação civil buscada pelo particular em decorrência de danos causados por agente público, no exercício de suas funções, deve ser direcionada ao órgão público ao qual pertence o agente. -Sendo o agente público o instrumento de exteriorização da vontade estatal, a sua ilegitimidade para integrar o pólo passivo da demanda é cristalina. -Diante da ilegitimidade passiva, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, conforme art. 267, VI, do CPC. (TJ-MG - AC: 10271091362944001 MG, Relator: Alberto Henrique,

Data de Julgamento: 24/04/2014, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/05/2014). (grifo nosso)

Acima, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem entendimento contrário, indo na esteira do que é adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em sua obra, Carvalho (2015, p.341) adotando a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, preleciona:

Nestes casos em que a vítima opta por colocar o servidor estatal no pólo passivo da demanda, necessariamente, terá que comprovar o dolo ou a culpa do sujeito como forma de sair vencedor na lide. De fato, não se pode admitir a responsabilização objetiva do agente público, ainda que se trate de ação proposta diretamente em face dele.

Contudo, tendo por base o Recurso Especial paradigma deste trabalho, é possível fazer uma série de considerações importantes, e compreender a forma que justifica ao STJ a adotar sua posição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse estudo foi realizar uma breve análise doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de a vítima responsabilizar diretamente um servidor público que, no exercício da sua função, viole o dever originário de não prejudicar alguém.

Após análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, percebemos que o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente público é tema ainda controverso na jurisprudência do STF e do STJ.

Entendemos que a solução mais adequada para o caso é aquela adotada pelo STJ, uma vez que dá ao particular prejudicado o direito de escolher o alvo contra o qual irá mover sua pretensão.

O direito não pode ser utilizado como forma de acobertar o agente público que no exercício da função administrativa venha a se conduzir de maneira desidiosa, negligente ou imprudente, provocando danos e lesando o direito de outrem. Em função disso, a teoria da ação regressiva como dupla garantia surgida no âmbito da jurisprudência do STF (RE; 327.904/SP), deve ser vista com ressalvas.

Tal teoria afirma que a ação regressiva representa uma dupla garantia, porque o Estado tem a garantia de que a pessoa jurídica estatal será ressarcida pelo agente quanto ao valor da indenização paga a vítima, e o agente público tem a garantia de que sendo o dano causado durante o exercício da função pública o STF não admite que o mesmo seja diretamente acionado pela vítima ao propor a ação indenizatória.

Com a devida vênia, tal teoria só acaba contribuindo ainda mais para a ineficaz prestação do serviço público. Que servidor irá se preocupar em agir com zelo nas suas funções sabendo que está protegido pelo escudo do Estado em futuras demandas?

Ademais, a tese em comento surgiu após uma análise restritiva do §6º do art. 37 da Constituição Federal. Restritiva, pois em nosso entendimento, o fato do dispositivo constitucional expressar a possibilidade do lesado buscar diretamente do Estado a indenização pelos prejuízos que seus agentes causaram, não significa necessariamente dizer que o mesmo proíba a vítima de acionar diretamente o servidor público causador do dano.

Destarte, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos parece mais adequado à situação. Nada mais justo que a vítima possa escolher contra quem irá litigar.

Há que se dizer que a presente monografia não teve a intenção de esmiuçar todas as indagações que envolvem o tema em estudo, mas sim contribuir para a discussão que envolve o tema, demonstrando os contrapontos que cercam o assunto.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23 ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed.2010. São Paulo: Saraiva 2010.

BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio (Coords.). **Vade Mecum**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Direito Administrativo Facilitado**. 1 ed. São Paulo: Editora Método,2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao%20Compilado.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____.Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30/09/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 327.904-1/SP. Relator: BRITTO, Carlos. Publicado no DJ de 08-09-2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em 01 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário 105.157-4/SP. Relator (a): GALLOTTI, Octávio. Publicado no DJ de 18-10-1985. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em 01 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial 1.325.862-PR. Relator: SALOMÃO, Luís Felipe. Publicado no DJe de 10/12/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1261343&num_registro=201102527190&data=20131210&formato=PDF> Acesso em 01 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0532. Informativo do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0532.rtf> acesso em: 20 de agosto de 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm,2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. Editora Atlas, 2012.

_____. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. Disponível em:
 <[http://www.sergiocavaliere.com.br/administrativo/artigos/imagens/A%20Responsabilidade%20Civil%20Objetiva%20e%20Subjetiva%20do%20Estado.pdf.%20\(vf\).pdf](http://www.sergiocavaliere.com.br/administrativo/artigos/imagens/A%20Responsabilidade%20Civil%20Objetiva%20e%20Subjetiva%20do%20Estado.pdf.%20(vf).pdf)>
 acesso em: 01 de outubro de 2016.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O Dano na Responsabilidade Civil**. [S.l.]: Jus Navigandi, 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil: v. 7**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Jose dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MAEDA, Renata de Souza. Pressuposto da responsabilidade civil: nexos causal, Teresina: **Jus Navigandi**, ano 19, n. 3933, 8 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27530>>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; Torres, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Pablo de Paula Raul. **Responsabilidade civil**: origem e pressupostos gerais. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.