

Notas sobre o art. 37, §6º, da Constituição Federal

Carlos Bastide Horbach

Resumo: O presente trabalho analisa a interpretação do §6º do art. 37 da Constituição brasileira, especialmente os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria de responsabilidade do Estado.

Palavras-chave: Direito administrativo. Interpretação constitucional. Responsabilidade do Estado.

Sumário: **1** Introdução – **2** Sujeitos da norma constitucional – **3** Requisitos da responsabilidade objetiva – **4** Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A responsabilidade extracontratual do Estado apresenta-se como um dos importantes instrumentos de garantia dos cidadãos ante o poder da Administração Pública, que adquire, cada vez mais, um papel central nas atividades estatais. Decorrente do princípio da legalidade material, o instituto da responsabilidade do Estado surge como um eficiente meio de defesa dos cidadãos, crescentemente onerados pelas múltiplas intervenções prejudiciais dos poderes públicos.¹

Por outro lado, as exigências atuais, com as aspirações de segurança e de proteção dos interesses humanos, que estão associadas à sociedade e ao capitalismo maduro, levaram à criação de critérios mais modernos de caracterização da responsabilidade, que buscam seu fundamento principalmente na injustiça do dano sofrido.² A constatação desses novos problemas modificou profundamente as concepções jurídicas acerca da responsabilidade, levando a um esforço teórico de revisão do instituto e a um maior dinamismo no tratamento jurisprudencial da matéria.

É nessa perspectiva de evolução e aprimoramento do instituto da responsabilidade civil que será aqui analisada, especificamente, a responsabilidade extracontratual do Estado no Direito brasileiro, sob as óticas constitucional e processual, tendo presente a construção pretoriana dos dois principais tribunais pátrios, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, antes do exame das diferentes orientações jurisprudenciais acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, matéria tipicamente casuística, é importante rememorar alguns conceitos advindos da doutrina administrativista, o que servirá para contextualizar os diversos acórdãos aqui citados.

A exegese do §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 acarreta a descoberta de uma série de imposições normativas independentes, que, para sua melhor compreensão, podem ser analisadas de maneira separada.

De início, há duas relações de responsabilidade que são independentes entre si: a) a do poder público e das entidades prestadoras de serviços públicos perante os terceiros, que tem caráter objetivo e requer para sua caracterização, exclusivamente, nexos causal; e b) a do agente causador do dano e o poder público ou entidade a ele equiparada, que tem caráter subjetivo, baseada,

portanto, no dolo ou na culpa.³

É a primeira das relações acima enunciadas que será objeto de uma análise mais aprofundada, examinando-se quais são os sujeitos da norma constitucional em questão, como se caracteriza a responsabilidade no regime da Constituição de 1988 e quais as excludentes ou atenuantes desse dever de indenizar. Não serão examinadas, por outro lado, questões igualmente relevantes — tais como a discussão acerca da responsabilidade omissiva ou da responsabilidade por atos judiciais e legislativos — cuja complexidade e amplo tratamento doutrinário demandam estudos aprofundados e específicos, incompatíveis com o escopo e com a extensão do presente texto.

2 Sujeitos da norma constitucional

Numa aproximação inicial ao disposto no §6º do art. 37 da Constituição de 1988,⁴ cabe indagar quem são os sujeitos dessa norma, quais são os atingidos por seu preceito, ou seja, quais são as pessoas objetivamente responsáveis, quem são seus agentes e quem são os terceiros.

As pessoas jurídicas de direito público a que se refere o dispositivo constitucional são aquelas descritas no art. 41 do Código Civil, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias — inclusive associações públicas — e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Além destas, tendo em vista a polêmica já estudada acerca da natureza jurídica das fundações públicas, é possível também afirmar que estão elas, em grande número, incluídas na locução da norma constitucional.

Por outro lado, o dispositivo sob enfoque igualmente indica as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público. Essas pessoas de direito privado podem ou não fazer parte da Administração indireta, o que importa é que sejam prestadoras de serviço público; tendo-se presente a difícil delimitação conceitual do que seja um serviço público.

Assim, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado responderão objetivamente pelos danos causados a terceiros desde que tenham como objetivo a prestação de um serviço público.

Entretanto, como assevera Almiro do Couto e Silva, “quando o Estado cria pessoas jurídicas de direito privado para explorar atividade econômica, em competição com as empresas privadas, tais entidades, por imposição constitucional, estão subordinadas às mesmas normas que regem essas empresas (art. 173). Parece coerente, pois, que, quanto à responsabilidade, lhes sejam aplicáveis igualmente as regras do direito privado”.⁵

É ainda necessário registrar a responsabilidade daqueles que, por regime de concessão ou permissão, prestam serviços públicos. De igual modo, as concessionárias e permissionárias de serviço público respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, ainda que o Supremo Tribunal Federal — como será analisado adiante — tenha reduzido, por conta de orientação jurisprudencial já superada, a abrangência desse conceito nesses casos.

Indicando o exemplo do Direito francês, Almiro do Couto e Silva lembra que, “nesses casos, a responsabilidade do Estado será sempre subsidiária, só respondendo pelo dano na hipótese de

insolvência do concessionário ou permissionário, a quem, caracteristicamente, incumbia exercer o serviço por sua conta e risco”.⁶

Nesse sentido, o decidido pelo STJ no REsp nº 738.026, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, *DJ*, 22 ago. 2007, em cuja ementa restou claro que “é defeso atribuir o cumprimento de obrigação por ato ilícito contraída por empresa prestadora de serviços públicos a outra que não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora dos mesmos serviços públicos executados pela verdadeira devedora. Tal atribuição não encontra amparo no instituto da responsabilidade administrativa, assentado na responsabilidade objetiva da causadora do dano e na subsidiária do Estado, diante da impotência econômica ou financeira daquela”.

No caso, uma empresa sucedera outra na prestação do serviço público e o Tribunal *a quo* imputara à nova concessionária a responsabilidade por dano causado por agente da sucedida, em acórdão que foi reformado pela decisão em análise, com fundamento na responsabilidade subsidiária do Estado, enquanto poder concedente.

Ainda no que toca à delegação de funções públicas a particulares, é necessário destacar a responsabilidade objetiva dos notários e registradores pelos danos causados a terceiros no exercício das atividades a que se refere o art. 236 da Constituição Federal. Nesse sentido, o decidido pelo STF no julgamento do RE nº 201.595, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, 20 abr. 2001.

Por fim, seguindo o exposto por Odete Medauar, são objetivamente responsáveis “as pessoas jurídicas de direito privado que celebram com a Administração contrato de prestação de serviços públicos, por exemplo: coleta de lixo, limpeza de ruas”. Nesses casos, pode haver responsabilidade solidária do Estado se comprovada sua negligência na fiscalização do contrato — *culpa in vigilando* — ou na escolha do contratado — *culpa in eligendo*. No que toca às obras públicas, a autora faz as seguintes distinções: “a) pelo fato da obra, isto é, pela existência da obra, responde somente a Administração; por exemplo: obra pública que impede o acesso a garagem; b) por dolo, negligência, imprudência, imperícia da empreiteira na construção, a responsabilidade é solidária, da Administração e da empreiteira, podendo a vítima escolher quem vai acionar ou acionar ambas”.⁷

Essa última situação, de responsabilidade solidária da Administração e do empreiteiro, já era reconhecida pela jurisprudência do STF sob a égide do art. 107 da EC nº 1/69⁸ como se pode concluir do julgamento do RE nº 94.121, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 25 maio 1982, cuja ementa, na parte que aqui interessa, tem o seguinte teor:

- Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por dano decorrente de culpa do empreiteiro na realização de obra pública.

- A alusão do artigo 107 da Constituição Federal a danos que os funcionários das pessoas jurídicas de direito público, nessa qualidade, causarem não implica não possam elas ser responsabilizadas solidariamente com o empreiteiro, quando o prejuízo decorra de culpa deste, na realização da obra pública. E isso porque essa alusão diz respeito, não necessariamente a que o ato que diretamente tenha causado o prejuízo haja sido praticado por funcionário, atuando como tal, mas, sim, a que este se prenda. É o que basta para imputar-se dano a pessoa jurídica de direito público.

Ainda no que diz com os sujeitos da relação jurídica descrita no §6º do art. 37 da Constituição

Federal, importante é a caracterização dos agentes das pessoas jurídicas anteriormente indicadas cuja atuação causa danos a terceiros.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello esses agentes “são todas aquelas [pessoas] que — em qualquer nível de escalão — tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”.⁹

Essa é também a opinião de Yussef Said Cahali, para quem a palavra “agente” compreende todos aqueles que, regular ou irregularmente, estejam desenvolvendo qualquer atividade inerente ao serviço público, guardando com este os mais diversos tipos de vínculo jurídico.¹⁰ Nesta perspectiva, os funcionários de fato, os depositários judiciais, os mesários convocados pela Justiça Eleitoral, os estagiários das repartições, todos eles podem praticar atos cujos danos são respondidos objetivamente pelas pessoas jurídicas às quais estejam vinculados.

Entretanto, como se depreende da simples leitura do §6º do art. 37 do texto constitucional, não basta que o causador do dano seja “agente” das pessoas de direito público ou das privadas prestadoras de serviço público. O dispositivo é expresso ao afirmar que a responsabilidade se dá pelos danos causados pelos agentes “nessa qualidade”, ou seja, no exercício da função pública do agente ou em função do exercício dessa função pública.

Deve haver, portanto, um necessário vínculo entre o ato danoso e as atividades públicas inseridas no rol de atribuições do agente. Se a conduta danosa decorre do exercício dessas atribuições ou decorre de circunstâncias relativas a essas atribuições, há responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

Essa extensão que se dá à interpretação da expressão “nessa qualidade” inserida no §6º é que justifica, por exemplo, a responsabilização objetiva do Estado por atos praticados por policiais em folga, mas com a arma da corporação, à qual somente têm acesso em razão de sua qualidade de agentes públicos. Nesse sentido, entre muitos outros precedentes, o REsp nº 343.753, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ*, 11 mar. 2002, no STJ; e o RE nº 160.401, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, 04 jun. 1999, no STF.

É importante registrar, ainda, que o abuso do exercício das funções, mesmo criminoso, não afasta a responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas privadas prestadoras de serviço público, como decidido pelo STF no julgamento do RE nº 135.310, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, 27 fev. 1998, cujo acórdão foi assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLICIAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ATO ILÍCITO PRATICADO PELO AGENTE PÚBLICO NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. A Constituição Federal responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício das suas funções. 2. Dano causado por policial. Responsabilidade objetiva do Estado em face da presunção de segurança que o agente proporciona ao cidadão, a qual não é elidida pela alegação de que este agiu com abuso no exercício das suas funções. Ao contrário, a responsabilidade da Administração Pública é agravada em razão do risco assumido pela má seleção do servidor. Recurso extraordinário não conhecido.

Em síntese, na linha do destacado por Yussef Said Cahali, “sempre que a condição de *funcionário ou agente público* tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação de indenizar”.¹¹

Resta, por fim, a caracterização dos terceiros que podem sofrer os danos ensejadores da responsabilidade objetiva do Estado. Numa aproximação mais simplista, é possível afirmar que “terceiros” são todos aqueles que não sejam as pessoas de direito público ou prestadoras de serviço público descritas no dispositivo constitucional, nem seus agentes responsáveis pelo dano. A referência diz com todas as vítimas de danos gerados pela atuação administrativa.

Essa conclusão ampla, entretanto, durante certo tempo mereceu algum temperamento. Isso porque o Supremo Tribunal Federal chegou a reduzir consideravelmente o conceito de “terceiro” — e com isso reduziu também o caráter protetivo da norma constitucional — nos casos de pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. Nessas hipóteses de responsabilidade objetiva, os terceiros cujos danos seriam indenizáveis na forma do §6º do art. 37 da Constituição Federal ficaram resumidos aos usuários do serviço público. Ou seja, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público somente seriam, nessa orientação jurisprudencial inicialmente adotada pela Suprema Corte, objetivamente responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causassem a terceiros que fossem usuários do serviço por elas desenvolvido.

Esse entendimento foi assentado pela Segunda Turma do STF no julgamento do RE nº 262.651, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 06 maio 2005, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, §6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, §6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido.

Tratava-se de posição fixada por órgão fracionário da Suprema Corte em julgamento em que ficaram vencidos os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, que iniciou a divergência em relação ao voto do relator, acompanhado, por sua vez, pelo Ministro Gilmar Mendes e pela Ministra Ellen Gracie, formadores da maioria.

A razão de decidir exposta no voto do Ministro Carlos Velloso era baseada no fato de a delegação feita ao concessionário ou permissionário estar limitada à prestação do serviço, assumindo esses delegatários a responsabilidade pela prestação adequada do serviço em relação, exatamente, ao usuário. Nessa linha de raciocínio, sofrendo o usuário um dano em razão do serviço, justificada estaria a responsabilidade objetiva, que não se estenderia aos não usuários.

Os fundamentos do voto divergente então proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa podem ser resumidos nos seguintes trechos:

Tendo a Constituição brasileira optado por um sistema de responsabilidade objetiva baseado na

teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas e privadas concessionárias de serviço público, no qual a simples demonstração do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado é suficiente para desencadear a obrigação do Estado de indenizar o particular que sofre o dano, deve a sociedade como um todo compartilhar os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, em face do princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos.

Dessa forma, parece-me imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço.

Essa era — com o respeito que merece a maioria então formada no julgamento — a interpretação mais compatível com o texto e com o espírito da norma constitucional. Isto porque, em primeiro lugar, como ensinado pela clássica hermenêutica, “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”;¹² e o §6º do art. 37 da Constituição Federal não distingue os “terceiros” vitimados pelos danos causados pelas pessoas privadas prestadoras de serviço público, não diferencia usuários de não usuários. Ademais, o moderno tratamento da responsabilidade no direito administrativo evoluiu no sentido da maior proteção possível ao indivíduo e a decisão do STF seguia orientação contrária a esse movimento evolutivo, diminuindo drasticamente o alcance protetivo da norma constitucional.

Tal precedente sofreu várias críticas da doutrina, levando o Plenário do Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a questão no julgamento do RE nº 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*, 18 dez. 2009. Nesse julgado, o Plenário adotou o entendimento da minoria que se formara no julgamento na Segunda Turma, afirmando expressamente que “a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, §6º, da Constituição Federal”.

3 Requisitos da responsabilidade objetiva

No regime consagrado no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 dois requisitos objetivos são necessários para a caracterização da responsabilidade objetiva, numa relação jurídica que envolva as pessoas anteriormente estudadas. Os dois requisitos objetivos são o dano e o nexo de causalidade.

O dano pode ser entendido, de maneira simples, como o fato que atenta contra a integridade de uma coisa, de uma pessoa, de uma atividade ou de uma situação, tendo como consequência o prejuízo.¹³

Yussef Said Cahali deixa claro que, “no plano da responsabilidade objetiva, consagrada no Direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposos do agente público, como, também, de ato que, embora não culposos ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito

subjetivo”.¹⁴

Os danos ensejadores da responsabilidade objetiva do poder público podem tanto advir de atos ilícitos como de atos lícitos dos agentes das pessoas de direito público e das privadas prestadoras de serviço público. Aliás, este é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, “para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito”, como consta da ementa do RE nº 456.302 – AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, 16 mar. 2007.

Entretanto, a qualificação dos danos varia de acordo com a atuação lícita ou ilícita dos agentes públicos. Isto é, sendo a conduta do agente lícita ou ilícita, os danos deverão apresentar menos ou mais caracteres para que possam ser classificados como ressarcíveis.

Nessa perspectiva, os danos provenientes de atividades ilícitas são sempre antijurídicos, sendo necessário que reúnam, exclusivamente, duas características: a) certeza e não eventualidade, podendo ser danos atuais ou futuros; e b) atingirem situação jurídica legítima. Quando se trata de danos causados por atividades lícitas, acrescentam-se dois outros elementos: c) anormalidade, isto é, exceder os incômodos típicos da vida em sociedade; e d) especialidade, ou seja, serem danos relativos a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.¹⁵

O fundamento da responsabilidade no caso dos danos gerados por atos lícitos está na distribuição desigual dos encargos públicos, uma vez que — como anota Almiro do Couto e Silva — “é iníquo que alguém sofra sacrifício em proveito da coletividade sem que seja indenizado. De outro lado, é facilmente compreensível que os atos lícitos do Estado, quando não causem perturbações ou alterações de monta no patrimônio ou na vida das pessoas, mantendo-se, portanto, dentro dos lindes da normalidade, não dêem lugar à indenização”.¹⁶

Ademais, ainda que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tenham relutado durante muito tempo em reconhecer a responsabilidade por dano moral, resta hoje pacificado — até mesmo por força do inciso X do art. 5º da Constituição Federal — que os danos ressarcíveis podem ser tanto materiais como morais, como expresso pelo STF, por exemplo, no julgamento do RE nº 330.834, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 22 nov. 2002.

O fato de o dano ser material ou moral em nada altera o regime de responsabilização do Estado, gerando, somente, consequências peculiares no momento da reparação efetiva do dano, em especial no que toca à avaliação, que apresentará dificuldades variáveis conforme a natureza do prejuízo considerado.¹⁷

Além do dano, é ainda necessário para a ocorrência de responsabilidade objetiva na forma do §6º do art. 37 do texto constitucional o chamado nexos de causalidade, que nada mais é do que o vínculo que deve existir entre a atuação do agente e o dano sofrido pelo terceiro, sendo aquele necessariamente a causa deste. Nas palavras de Pedro Lessa, o nexos de causalidade é o “laço direto de causa a efeito” entre um procedimento do poder público e a dano sofrido por terceiro.¹⁸

A existência de um nexos de causalidade, dessa relação de causa e efeito entre o fato que se imputa à Administração e o dano produzido, é, logicamente, uma condição indispensável para que se possa atribuir àquela o dever de ressarcir tal dano. Torna-se, assim, fundamental precisar os critérios

com base nos quais se pode afirmar que uma atividade serviu de causa para a lesão a ser reparada.¹⁹

Esse liame entre o dano e a atuação dos agentes públicos tem diferentes justificativas teóricas. Muitas são as teorias que fundamentam o nexos de causalidade, mas é possível afirmar que, na doutrina e na jurisprudência brasileiras, prevalecem as chamadas teorias da causalidade imediata ou direta — que encontraria respaldo no art. 1.060 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 403 do atual Código Civil — e da causalidade adequada.²⁰

A teoria da causalidade imediata ou direta procura selecionar, entre as condições de realização de um resultado, uma condição especialmente relevante, que é considerada a causa do evento pelo fato de estar dele mais próxima, numa perspectiva cronológica. Ou seja, das diferentes causas que podem levar ao dano, a que importa verificar é a última ocorrida no tempo. Já na *teoria da causalidade adequada* a causa é, entre muitas, a condição mais hábil à produção do evento.²¹

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, em matéria de responsabilidade do Estado, tem adotado a teoria da causa imediata, como se pode depreender dos acórdãos do RE nº 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 07 ago. 1992; e do RE nº 172.025, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, 19 dez. 1996. Esses dois precedentes trataram da responsabilidade do poder público por crimes praticados por presos foragidos e, em ambos, o Tribunal aplicou a teoria da causalidade imediata ou direta — também chamada de teoria da interrupção do nexos de causalidade — para afastar o dever de indenizar, como fica exposto na ementa do Ministro Moreira Alves: “Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [de 1916], a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à 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”.

Importante mencionar, ainda, o julgamento do RE nº 409.203, Rel. para acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJ*, 20 abr. 2007, no qual o STF, por sua Segunda Turma, reconheceu a existência de responsabilidade do Estado por danos causados por preso foragido, que cometera o crime de estupro contra uma menina de 12 anos. Dadas as peculiaridades do caso — em especial o fato de o autor do delito contar com um histórico de fugas, sem que o poder público houvesse determinado sua regressão a regime prisional mais severo — a maioria entendeu que a omissão do Estado fora a causa suficiente do dano, ainda que não a mais próxima temporalmente. Trata-se de precedente no qual se tende a reconhecer a aplicação da teoria da causalidade adequada, em especial do que se depreende dos votos da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Celso de Mello.

4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade

Um dano não pode ser tomado como ressarcível, sob responsabilidade objetiva do Estado, quando sua causa exclusiva estiver na força maior ou em fatos necessários ou inevitáveis da natureza, não resultando, assim, de qualquer ação ou omissão do poder público. Quando o processo causal

encontra origem no caso fortuito ou na força maior, ou quando a culpa pelo evento deve ser imputada à própria vítima, o serviço público deixa de figurar como causa do dano, passando apenas à posição de circunstância do fato, uma vez que o vínculo de causa e efeito só poderá ser localizado nas forças incontroláveis da natureza ou na conduta temerária do próprio lesado.²²

O nexo entre o fato danoso e o próprio dano pode, assim, ser perturbado pela interferência de causas estranhas, isto é, fatores que propiciam à Administração a exclusão ou a atenuação da responsabilidade, uma vez que contribuíram de forma importante para a concretização do dano. Essas causas estranhas podem configurar causas gerais de exoneração ou causas especiais de exoneração.²³

A primeira causa geral de exoneração é o chamado *fato da vítima*, que tem um efeito excludente da responsabilidade invariável ante qualquer sistema de responsabilidade, seja ele baseado na culpa ou no objetivo. Isto porque, nesses casos, o dano é consequência de ação da vítima, podendo ter efeitos, para a Administração, totais ou parciais, dependendo do grau de contribuição do comportamento para a produção do dano.²⁴

Desse modo, “quando houver *culpa da vítima*, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima”.²⁵ Isso, aliás, é o que se constata na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que é exemplo o RE nº 120.924, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 27 ago. 1993, cujo acórdão tem a seguinte ementa, na parte que aqui interessa:

Responsabilidade objetiva do Estado. Ocorrência de culpa exclusiva da vítima. – Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (Ag. 113.722-3-AgRg e RE 113.587).

Essa orientação jurisprudencial, ademais, foi plasmada no art. 945 do Código Civil, ao afirmar que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

A segunda causa geral de exoneração é a *força maior*, igualmente aplicável a qualquer sistema de responsabilidade e cuja definição obedece a alguns critérios muito rigorosos, quais sejam: a) inevitabilidade, a força maior se impõe de modo insuperável, irresistível; b) imprevisibilidade, considerada um complemento da inevitabilidade; e c) exterioridade, impondo que o fato constitutivo de força maior seja totalmente estranho, exterior, à relação entre o lesado e a Administração.²⁶ Como registra Odete Medauar, a força maior é considerada tradicionalmente como um acontecimento da natureza, tal como uma enchente, um raio ou um terremoto.²⁷

Muito próximo da força maior está o *caso fortuito*, que provém do mau funcionamento do serviço, de uma causa interna que lhe é inerente, de um risco que lhe é próprio, sendo que a vontade do dano apareceria na organização e no funcionamento do próprio serviço.²⁸

A noção de *caso fortuito* tem seu embasamento doutrinário na obra de Maurice Hauriou, que

destacou, em sua natureza, exatamente esse caráter de interioridade: se a força maior supõe um fenômeno exterior ao serviço ou à obra relacionados ao dano, o caso fortuito consiste num fato irresistível e imprevisível que se remete ao próprio funcionamento da empresa ou do serviço.²⁹ Entretanto, ao contrário do que ocorre com a força maior, nas hipóteses de caso fortuito não se verifica — por óbvio — a exclusão do dever de indenizar.³⁰

É verdade, entretanto, que há autores brasileiros cujas obras afirmam o caráter excludente de responsabilidade do caso fortuito. Para Hely Lopes Meirelles, por exemplo, força maior é um evento humano e o caso fortuito um evento da natureza, ambos gerando desoneração.³¹ Igualmente afirmando que ambos geram efeitos similares na exclusão da responsabilidade do Estado, José dos Santos Carvalho Filho.³²

Essa discussão, atualmente, é meramente teórica, uma vez que, na perspectiva do direito positivo brasileiro, o Código Civil de 2002 tornou as expressões equivalentes, como se pode constatar pela simples leitura de seu art. 393, segundo o qual “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, completando em seu parágrafo único que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Em síntese, os dois institutos acabam sendo sinônimos, uma vez que têm a mesma conceituação normativa.

Antes mesmo do advento do novo Código Civil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não indicava diferenças entre o caso fortuito e a força maior para fins de desoneração de responsabilidade. É o que se pode verificar no julgamento do RE nº 283.453, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, 19 dez. 2002; e no julgamento do já mencionado RE nº 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, em cuja ementa se lê:

– O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias — como o caso fortuito e a força maior — ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (*RDA*, 137/233 – *RTJ*, 55/50).

Por fim, também pode excluir ou atenuar a responsabilidade do poder público a concorrência, para o dano, de um ato produzido por terceiro que não seja a vítima. Com o *fato de terceiro* pode se dar a exoneração total ou parcial, quando o Estado tem dever de indenizar e, depois, pode buscar junto ao terceiro uma compensação. Neste sentido, o REsp nº 127.747, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ*, 25 out. 1999.

5 Conclusão

As decisões aqui citadas são a demonstração da importância da jurisprudência, em especial a do STF e a do STJ, na definição do regime jurídico da responsabilidade do Estado no direito administrativo brasileiro. Tal importância decorre, primordialmente, do fato de toda a regulação do tema estar resumida ao disposto no §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, verdadeira cláusula geral da qual a criatividade pretoriana retira os referenciais normativos para a construção dessa importante ferramenta de proteção do cidadão, que é a responsabilização do Estado pelos

atos de seus agentes.

A análise procedida nessas notas sobre a jurisprudência relacionada a esse destacado dispositivo constitucional teve o objetivo de demonstrar o estado atual do tratamento da matéria nos órgãos mais elevados do Poder Judiciário brasileiro, propiciando aos estudiosos do tema a identificação de pontos passíveis de aprimoramento e, com isso, abrindo espaço para a evolução da responsabilidade estatal no direito brasileiro.

Brasília, DF, fevereiro de 2013.

Reflections on the art. 37, §6º, of the Brazilian Federal Constitution

Abstract: This paper analyzes the interpretation of art. 37, §6º, of the Brazilian Constitution, specially the Federal Supreme Court and of the Superior Court of Justice precedents about State tort liability.

Key words: Administrative law. Constitutional interpretation. State tort liability.

Referências

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. v. 2.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, 2003. Edição fac-similada
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- PAILLET, Michel. *La responsabilité administrative*. Paris: Dalloz, 1997.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 202, out./dez. 1995.

¹ CANOTILHO. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, p. 14.

² ALPA; BESSONE. *La responsabilità civile*, v. 1, p. 4.

³ MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 437.

⁴ “§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”.

⁵ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 26.

⁶ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 27.

⁷ MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 438.

⁸ “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 668.

¹⁰ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 104.

¹¹ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 111.

¹² MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 259.

¹³ PAILLET. *La responsabilité administrative*, p. 193.

¹⁴ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 77.

¹⁵ CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 78.

¹⁶ SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 31.

¹⁷ PAILLET. *La responsabilité administrative*, p. 211.

- 18 LESSA. *Do Poder Judiciário*, p. 170.
- 19 GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, v. 2, p. 394.
- 20 SILVA. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 29.
- 21 CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 95-96.
- 22 CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 53.
- 23 PAILLET. *La responsabilité administrative*, p. 47.
- 24 PAILLET. *La responsabilité administrative*, p. 47.
- 25 DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 569.
- 26 PAILLET. *La responsabilité administrative*, p. 49-51.
- 27 MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*, p. 441. Na mesma linha, BANDEIRA DE MELLO *Curso de direito administrativo*, p. 682.
- 28 CAHALI. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 55.
- 29 PAILLET. *La responsabilité administrative*, p. 52.
- 30 Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. (*Direito administrativo*, p. 569); ou Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 683).
- 31 MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 221.
- 32 CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 486.
-

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

HORBACH, Carlos Bastide. Notas sobre o art. 37, §6º, da Constituição Federal. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96148>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto

científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

HORBACH, Carlos Bastide. Notas sobre o art. 37, §6º, da Constituição Federal. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 149, p. 25-33, jul. 2013.