

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO**

Sílvia Castagna Wortmann

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
uma revisão das principais discussões frente à possibilidade de o
lesado ajuizar ação diretamente contra o agente público.**

Porto Alegre

2017

Sílvia Castagna Wortmann

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
uma revisão das principais discussões frente à possibilidade de o
lesado ajuizar ação diretamente contra o agente público.**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do grau de especialista em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof.Dr. Rafael Maffini

Porto Alegre

2017

CIP - Catalogação na Publicação

Wortmann, Sílvia Castagna

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: uma revisão das principais discussões frente à possibilidade de o lesado ajuizar ação diretamente contra o agente público. / Sílvia Castagna Wortmann. -- 2017.

51 f.

Orientador: Rafael Maffini.

Trabalho de conclusão de curso (Especialização) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Direito Público, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Responsabilidade Civil. 2. Legitimidade passiva. 3. Agente público. 4. Previsão legal e constitucional. 5. Ação indenizatória. I. Maffini, Rafael, orient. II. Título.

Resumo

A responsabilidade civil do Estado relativamente à possibilidade de o lesado ajuizar ações diretamente contra o agente público, o suposto causador de dano, encontra-se consagrada no Texto Constitucional, artigo 37, §6º, e enseja distintas interpretações sobre vários aspectos. No presente trabalho, objetiva-se abordar a questão de se aventar ação indenizatória diretamente contra o agente público, em razão de danos perpetrados a terceiros, em decorrência de atuação eminentemente administrativa, em nome do Estado. Para tanto, registra-se a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da interpretação do dispositivo constitucional que regulamenta essa questão. Registra-se, também, as muitas revisões realizadas por bacharelados e mestrandos em direito sobre a mesma questão, bem como a existência de blogs na web, nos quais são defendidas diferentes posições. É possível dizer que essa proliferação de discussões aponta para a relevância dessa temática e que disso decorre a importância de se proceder a essa revisão acerca de aspectos ressaltados relativamente a ela. Marca-se, especialmente, que expressiva parte dos autores, tais como Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, não perfilham da posição adotada atualmente pela Corte Constitucional, encontrando, entretanto, conforto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Agente público. Ação indenizatória. Legitimidade passiva. Ação de regresso. Previsão legal e constitucional. Tendência doutrinária e jurisprudencial.

Abstract

The civil liability of the State concerning the possibility of the aggrieved party filing complaints directly against the public agent (i.e., the entity who is supposed to inflict the damage) is enshrined in the Brazilian Constitutional Text (article 37, paragraph 6) and engenders different interpretations on many aspects. In this work we address the issue of the possibility of filing an indemnity claim directly against the public agent, given the damage caused to third parties because of her/his eminently administrative action on behalf of the State. Therefore, we depict doctrinal and jurisprudential divergences on the interpretation of the constitutional provision that regulates the issue. We also lay out the many reviews on the topic performed by Bachelors and Masters of Laws, as well as many blogs on the Internet that disclose different viewpoints. It is possible to say that this profusion of discussions points to the relevance of this theme and, hence, the importance of performing this analysis. Indeed a significant part of the authors, such as Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, does not share the position currently adopted by the Brazilian Constitutional Court, finding some comfort, however, in the jurisprudence of the Brazilian Superior Court of Justice.

Keywords: Civil liability. Constitutional and legal provision. Doctrinal and jurisprudential inclination. Indemnity claim. Passive legitimation. Public agent. Regression claim. State.

Sumário

1 Introdução	7
2 A Responsabilidade civil do Estado sob o enfoque do Agente Público .	9
2.1 Uma revisão histórica das teorias.	9
2.2 Exame no ordenamento jurídico pátrio	16
3. Responsabilidade pessoal do agente público. Legitimidade passiva em ação indenizatória. Tendência doutrinária e jurisprudencial.	26
4. Conclusões	46
Referências	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apresentar aspectos muitas vezes colocados em discussão acerca da legitimidade do agente público figurar no polo passivo de ação indenizatória, em razão de danos causados a terceiros no desempenho de função pública, sob o enfoque do direito público, em especial do direito administrativo.

A responsabilidade civil do Estado pode ser entendida como a obrigação imposta pelo ordenamento jurídico, no sentido de reparar danos causados a terceiros decorrentes da atuação dos agentes públicos no exercício de suas atividades profissionais.

Vale citar conceito mais preciso e elaborado da doutrina pátria e, nesse sentido, segue a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos” (1999, p. 501).

A responsabilidade civil do Estado é definida por princípios e regras próprias, conquistados, de forma gradual, e a partir de um profundo amadurecimento jurídico, social e histórico, decorrente da própria noção de Estado de Direito, em que o Estado encontra-se submetido às regras jurídicas.

Nesse passo, é pertinente lembrar que:

O Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Como definiu Celso Bandeira de Mello *“Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão – [...]”* (MELLO, 2010, p. 47).

De forma paralela, têm-se as regras do direito privado concernentes às relações estabelecidas entre particulares acerca da responsabilidade civil - da obrigação de indenizar, disciplinadas nos artigos 927 a 943 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002). Não obstante decorra da responsabilidade

extracontratual do Estado brasileiro a disposição constitucional, *ex vi* do artigo 37, § 6º, com as derivações peculiares do direito público, os preceitos normativos do direito privado são invocados por corrente doutrinária e jurisprudencial visando justificar o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente público.

No que tange à aplicação dos preceitos do Direito Privado no âmbito do regime jurídico-administrativo, em especial à matéria da Responsabilidade Civil do Estado, vale enfatizar as considerações lançadas por Rafael Maffini

Por certo, não se pode negar a aplicação, em relação ao Estado, de todos os preceitos pertinentes à responsabilidade civil tal como tratada no Direito Privado. A questão é a de que há preceitos de Direito Público que são derogatórios dos de Direito Privado, de sorte que este se faz aplicável tão somente de modo subsidiário (2009, pp.218-219):

Dessa feita, através do presente trabalho objetiva-se enfrentar, num primeiro momento, o tema a partir da análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com base no contexto histórico e à luz dos fundamentos teóricos e normativos correspondentes.

Na sequência, passa-se ao exame da divergência jurisprudencial e doutrinária, especificamente quanto à questão da legitimidade do agente público figurar no polo passivo de ação indenizatória intentada pelo lesado, sendo essa uma das tendências interpretativas acerca de tal tema.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOB O ENFOQUE DO AGENTE PÚBLICO.

2.1 Uma revisão histórica das teorias.

O exame da evolução doutrinária sobre a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros implica em se situar o papel do Estado, considerados os valores e os ideais acolhidos em cada contexto histórico e social, bem como a intervenção e regulação desse na vida dos indivíduos.

Como foi ressaltado por Maffini (2009, p. 219) e Bandeira de Mello (2010, pp.1000-1001) a partir de uma abordagem histórico-retrospectiva, a Teoria da Irresponsabilidade Absoluta do Estado assentou-se em ideias absolutistas, que professam a soberania do Estado, estando essa expressa, como destacou Bandeira de Mello (2010, p. 1001), em frase cunhada pelo jurista francês Julien Laferrière¹: “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação” (MELLO, 2011, p.1001). Aliás, entre as máximas muitas vezes invocadas para caracterizar essa forma de pensamento dominante no velho mundo entre os séculos XV e XVII, na qual os direitos individuais e o princípio da igualdade são desprezados, estão: “*The king do not wrong*” (o Rei não erra), que caracterizou as monarquias absolutistas inglesas, e “” (o Estado sou eu), frase *L’Etat, c’est moi* atribuída ao rei Luis XIV (1643-1715), que bem representa o regime monárquico francês no período assinalado.

Cabe ressaltar, portanto, tal como leciona, com propriedade, Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 558), que “Dentro da concepção política do Estado absoluto não pode caber a ideia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admite a constituição de direitos contra o Estado soberano, que goza da imunidade total”². Como este mesmo autor (ibid) assevera “Esta condição ainda continua sendo sustentada em nome do princípio da separação de poderes, em virtude da qual a sustentação da

¹Manuel de droit constitutionnel/Julien Laferrière, 1947

² De Page, *Traité*, II, nº 1.062.

responsabilidade do poder público importaria na censura ou no julgamento dos seus atos, atividades defesas ao Poder Judiciário.”³

Assim, nesta concepção, os poderes estavam centralizados na figura do monarca, que detinha todas as funções políticas (administrar, governar, julgar e legislar).⁴ Nesse passo, o Estado figurava como órgão gerador do direito, existindo para exercer tutela do direito, logo não sendo possível violar a lei, ficando a responsabilidade civil restrita à esfera pessoal do agente público.

Maria Helena Diniz assevera, de forma elucidativa, acerca de tal período, que:

A doutrina mais antiga é a da irresponsabilidade absoluta, decorrente da ideia absolutista que apresentava o Estado como um ente todo-poderoso, contra o qual não prevaleciam os direitos individuais. De modo que quem contratava com um funcionário público devia saber que este, enquanto preposto do Estado, não podia violar a norma, uma vez que o Estado exercia tutela do direito. Se o funcionário, no desempenho de sua função, lesasse direitos individuais, ele é que, pessoalmente, deveria reparar o dano e não o Estado (2014, p. 322)

Maffini (2009), objetivando apontar para a importância de realização de um retrospecto histórico para contextualizar as questões postas sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, ou de quem deve agir em seu nome, nos dias atuais, também discrimina fases⁵, que registram o desenvolvimento do pensamento relativo a essa questão. Sobre a já referida *Teoria de Irresponsabilidade do Estado*, este autor (ibid) ressalta que, nesta fase, o Estado estava posicionado acima da ordem jurídica, disso decorrendo a impossibilidade de responsabilizá-lo “pelos danos causados em face da concretização de suas atribuições” (Maffini, 2009, p.219).

Processava-se nesta fase, altamente autoritária, tal como elucidada o mesmo autor (Maffini, 2009, p.219), “uma espécie de confusão entre a figura do Estado e a do soberano, o qual, por seu turno, possuía uma feição divinizada”. A esse respeito Yussef Said Cahali (2007, p.18) salienta, então, que “os atos ilegais praticados por funcionários não seriam identificados como atos estatais,

³ De Page, *Traité*, II, nº 1.062.

⁴ O Profº Cezar Saldanha Souza Junior denomina essa fase de “Executivismo Absoluto” (comunicação oral).

⁵ Maffini (2009) destaca não terem essas fases, bem como outras divisões e subdivisões usualmente postuladas em outros estudos para caracterizá-las, consenso doutrinário, havendo entre essas divergências terminológicas.

por eles respondendo os funcionários, em nome próprio.” Assim, como salientou Maffini (ibid),”aquele que sofresse prejuízos em razão da atividade do Estado deveria resignar-se, suportando exclusivamente o custo da existência do Estado, sem qualquer proteção à sua esfera de direitos” (2009, p.219).

No entanto, como ponderam Maffini, no texto anteriormente citado, e Sergio Severo (2009, pp. 16-19), ocorreram nessa fase do absolutismo, variantes quanto à forma de considerar a não responsabilidade do monarca no que tange à *indenização por intervenções lícitas* de seus agentes, desde que essas fossem identificadas como comportamentos específicos desses mesmos agentes. Essas imputações tópicas da responsabilidade do Estado correspondiam a ações pontuais, que diziam respeito, na maioria das vezes, e notadamente nos séculos XVII e XVIII, como ponderou Severo (2009, pp. 16-19), à proteção da propriedade e ao descumprimento de cláusulas contratuais perpetradas por seus funcionários.

No entanto, conforme enfatiza o mesmo autor (2009, pp. 16-19), essa era uma questão muito mais afeta à ideia de indenização pelo exercício do poder estatal, do que propriamente de responsabilidade.

Nesse sentido, discorre Sérgio Severo que:

A despeito da admissão tópica, especialmente nos planos da intervenção na propriedade e do descumprimento contratual, a irresponsabilidade do Estado não chega a ser afastada, expressando a noção absolutista de soberania, na qual não era admitida a responsabilidade dos monarcas ou de seus agentes por danos sofridos pelos súditos, concepção sintetizada no já referido axioma “the king can do no wrong” (2009, pág. 19). [...] O que se constata, portanto, é que a irresponsabilidade estatal não correspondia à totalidade das esferas de atuação do Poder Público, na medida em que os atos ablatórios, a partir da noção de jus eminens, ou mesmo como decorrência do poder de polícia, comportavam indenização em determinados casos de atos lícitos, com base na idéia de que não se tratava, no caso, de responsabilidade, mas de indenização pelo exercício do poder estatal (2009, p. 22).

Maffini (2009, p.219) igualmente salientou que “essa responsabilização era deveras tímida de sorte que culminava o terceiro lesado a não ser devidamente reparado”. Tem-se como pacificado pela doutrina, que essa fase da irresponsabilidade civil do Estado vigorou no Brasil, apenas, durante o período colonial.

A partir do final do século XIX, passa a vigorar um modelo de sistema jurídico pautado a partir das teorias civilistas, com escopo no direito civil, fundadas na concepção de culpa, e, segundo José de Aguiar Dias, “de fundo individualista” (1995, p.33).

E foi neste momento, que Maffini (2009, p. 220) registra se constituir em uma segunda fase da evolução da Teoria do Estado, que se institui a *Teoria da Responsabilidade Estado*, com o surgimento do denominado Estado de Direito, a partir do qual se passou a fazer, inicialmente, uma diferenciação entre os atos praticados pelo Estado, no que concerne ao seu exercício, ora como atos decorrentes de sua soberania, tidos como atos de império, ora como atos de gestão equiparados à atuação de um particular.

Superou-se, assim, a teoria da irresponsabilidade, passando-se a assumir a ideia de responsabilização estatal, a partir das teorias privatistas de responsabilidade, com a adoção, num primeiro momento, segundo o citado autor (2009, p. 220) da *teoria da reponsabilidade subjetiva do Estado*, em que é imprescindível a existência de condutas culposas ou dolosas. Compartilha-se para fins elucidativo, da classificação proposta por Maffini (2009, p. 200), para quem a *teoria da reponsabilidade subjetiva do Estado* pode ser subdividida em *teoria da reponsabilidade subjetiva do Estado por atos de gestão*, igualmente conhecida como *teoria da culpa individual* ou *teoria privatista* e em *teoria da reponsabilidade subjetiva do Estado por falta (ou falha) do serviço*, também denominada *teoria da culpa anônima*.

Na primeira fase, em que foi adotada a *teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por atos de gestão*, fazia-se a distinção entre atos de império, caracterizados como atos “da pessoa do Estado” (DI PIETRO, 1999, p. 503), e, portanto, alheios a qualquer responsabilização, e atos de gestão, equiparados aos atos praticados pelos particulares, os quais ensejavam a responsabilização estatal.

Discorrendo sobre a superação dessa primeira fase, da *teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por atos de gestão*, Di Pietro (1999, P. 503) registra as seguintes considerações:

[...] Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de

enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços (1999, p.503).

Num segundo momento, passa-se então a adotar a *teoria da reponsabilidade subjetiva do Estado por falta (ou falha) do serviço*, que, conforme leciona Maffini (2006, p. 220):

se presumia a implementação do aspecto subjetivo (culpa ou dolo), configurador da responsabilização subjetiva do Estado, sempre que houvesse a demonstração da má prestação da atividade estatal, da não prestação estatal, ou do atraso na prestação da atividade estatal. Tratava-se, pois, de um caso de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa (2006, p.220).

Di Pietro, tratando dessa subdivisão das teorias privatistas de responsabilidade civil assevera que:

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos de empregados ou prepostos. Era a **teoria da culpa civil** ou da **responsabilidade subjetiva**. A doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil Brasileiro, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado (1999, p.503).

Refere-se que nos períodos de vigência da teoria da irresponsabilidade do Estado, bem como, posteriormente da teoria civilista, já no século XIX, a função de tutela do direito pelo Estado restou prejudicada, seja pela adoção de uma posição extremada, em que foi prevalente a hierarquia do Estado na sociedade, seja em função da restrição da responsabilidade somente aos atos de gestão.

Como marco introdutório da aplicação do regime de direito público à responsabilidade civil estatal, lastreado em princípios publicísticos, é invocada, de forma uníssona, pela doutrina, a decisão da Corte Administrativa francesa sobre o emblemático caso Blanco, ocorrido em Bordeaux, França, em 1873. Em decorrência deste episódio, do qual decorreu ação indenizatória promovida pelo pai da menina Agnès Blanco, que fora atropelada por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, tendo as pernas amputadas, restou reconhecida a responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos causados, decorrentes de ação danosa de seus agentes.

Restou consagrada nesse momento, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual, pondera Maffini que:

o Estado deve assumir os riscos que ordinária ou extraordinariamente sua atividade causa a terceiro, sendo o principal modo de assunção de tais riscos a sua responsabilização, independentemente de a ação ou omissão lesiva ter sido ocasionada por culpa ou dolo (2006, p.220).

Usualmente essa teoria também é subdividida em fases. Compartilha-se, como exemplo, a classificação adotada por Maffini (2006, p. 220), que, a partir dessa, identifica: a *teoria da responsabilidade objetiva do Estado por risco administrativo* e a *teoria da responsabilidade objetiva do Estado por risco integral*.

Segundo o citado autor (ibid), a primeira encontra suporte no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e no artigo 43 do Código Civil Brasileiro, prescindindo da demonstração do elemento subjetivo, fazendo-se necessária, apenas, a demonstração do dano causado e do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a ação estatal. Já a segunda pressupõe uma abrangente responsabilização do Estado, não admitindo as causas excludentes de responsabilidade do Estado.

Relativamente a teoria da responsabilidade objetiva do Estado por risco integral, assevera Maffini (2006, pp. 220-221), haver importantes restrições à sua aplicabilidade no Brasil.

Outros autores, como Maria Helena Diniz (2010, p. 323) postulam outras formas de classificação acerca das teorias publicistas (“que afirmam a predominância do direito social⁶”), a seguir enumeradas: **1. Teoria da Culpa Administrativa do Preposto:** O Estado será responsabilizado se houver culpa do agente, preposto ou funcionário, cabendo ao lesado demonstrar o ilícito causado para obter a reparação; **2. Teoria do Acidente Administrativo:** Cabe se inquirir se houve falta impessoal do servidor público, consistente de falha objetiva do serviço público ou mau funcionamento ou irregularidade deste. Parte do pressuposto de que os funcionários fazem um todo uno e indivisível com a própria administração, atuando na qualidade de órgãos desta, e serão responsabilizados se causarem danos, decorrentes de falha no serviço, independentemente da ocorrência de culpa. Também denominada como culpa anônima; **3. Teoria do Risco Administrativo:** Trata-se de responsabilidade

⁶ José de Aguiar Dias, Da Responsabilidade Civil, vol.2, p. 33.

objetiva do Estado, restringindo-se a prova aos danos causados e relação de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo particular.

Considerou-se, assim, no âmbito do direito público, os fundamentos da responsabilidade civil que encontraram guarida nos princípios da solidariedade, da equidade e da igualdade dos ônus e encargos sociais. Postulou-se, portanto, que tanto os benefícios como os prejuízos sofridos seriam repartidos por todos os indivíduos integrantes da sociedade, cabendo ao Estado suportar eventual reparação indenizatória causada em decorrência de sua atuação.

Pode-se dizer que, enquanto a teoria civilista serviu de base para a teoria subjetiva, a *teoria do risco* administrativo, enquadrada pela autora (2010, p. 323) entre as Teorias publicistas, embasou a teoria objetiva do Estado.

Cabe ainda ser dito que a culpa, como fundamento da responsabilidade civil do Estado, relativamente aos atos comissivos, restou superada na medida em que deixa sem reparação os danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente público. Então, notadamente com o advento da teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado no ordenamento constitucional pátrio, restou pacificada, nesse sentido, a questão da responsabilidade civil do Estado, no que concerne à prática de atos comissivos, postulação sobre a qual ainda persiste divergência no tocante às condutas omissivas.

E nesse sentido, parcela da doutrina e da jurisprudência perfilha entendimento no sentido de fundamentar a responsabilidade estatal por atos omissivos na teoria da “falta do serviço” (*faute du service*), modalidade de responsabilidade civil subjetiva – culpa anônima- cabendo à vítima provar o mau funcionamento do serviço público, de forma genérica.

Convém referir que a análise da questão objeto do presente trabalho, acerca da ação direta da vítima contra o agente público, no caso de adoção da teoria da “falta de serviço” resta prejudicada, eis que, segundo tal entendimento, não há individualização da conduta do agente público, sendo priorizada a comprovação do mau funcionamento do serviço público genérico.

Por outro lado, torna-se irrelevante para fins de configuração da responsabilidade civil do Estado, a teor do dispositivo constitucional brasileiro

em vigor, perquirir sobre a questão da ilicitude ou ilicitude da conduta, podendo em qualquer das hipóteses ser imputada responsabilidade ao poder público.

Nesse aspecto, para fins de conclusão do item em comento, convém apenas referir os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. Em se tratando de condutas lícitas (restrita aos atos comissivos) a justificativa está atrelada ao princípio da redistribuição dos ônus provenientes dos atos lesivos, enquanto nos atos ilícitos (ações ou omissões) aponta-se como substrato os princípios da legalidade e da igualdade.

2.2 Exame no ordenamento jurídico pátrio

No âmbito do direito positivo brasileiro, passa-se ao exame da evolução da responsabilidade civil do Estado à luz do agente causador do dano, identificado ora como empregado, funcionário, representante ou agente, mas independentemente do termo utilizado sempre sob o viés da prestação do serviço público e no intuito de tutelar os direitos dos particulares.

Faz-se necessário, ainda que de forma perfunctória, uma análise sobre o termo de funcionário público previsto no ordenamento jurídico pátrio. Tal conceito encontra suporte no artigo 1º, parágrafo único da Lei Federal nº 4.619/65: “Considera-se funcionário, para os efeitos desta lei, qualquer pessoa investida em função pública na esfera administrativa, seja qual for a forma de investidura ou a natureza da função.”⁷ É inconteste que o vocábulo tem ampla abrangência, abarcando todas as pessoas que atuam como representantes do Estado.

A respeito das nomenclaturas adotadas nas Constituições brasileiras e legislações esparsas, José Cretella Júnior assevera:

Desde o Império, passando pela República, o agente sempre foi público – “empregado público”, “funcionário público”, “representantes” do Estado. Agora o vocábulo ‘agente` tem sua extensão alargada. Há agentes de pessoas jurídicas públicas e agentes de pessoas jurídicas privada, estatais e não estatais (1991, p.2340).

⁷ BRASIL, LEI Nº 4.619, DE 28 DE ABRIL DE 1965.

Não obstante ter a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro sido sempre elevada ao patamar constitucional, há de ser dito que, em função da ampliação e da magnitude dos comportamentos administrativos, com significativa interferência na vida dos cidadãos desde os primórdios, há casos de regramento específico, através de leis esparsas.

A Constituição Imperial Brasileira de 1824, dispunha no artigo 179, XXIX que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”⁸.

Em contrapartida, a mesma resguardou a figura do imperador, preceituando expressamente a ausência de responsabilidade civil deste, consoante se observa da redação do artigo 99, constante do capítulo *Do Poder Moderador*. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma⁹.

No artigo 179 restaram ainda disciplinadas, de forma específica, outras hipóteses de indenizações, a teor das considerações já referidas acerca da teoria da indenização por intervenções lícitas, feitas por Sergio Severo:

Art.179. (...)

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.¹⁰

Preconiza José Cretella Júnior acerca da responsabilidade civil prevista na primeira Carta Magna brasileira, invocando Carlos Maximiliano que:

⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)

⁹ BRASIL, LEI Nº 4.619, DE 28 DE ABRIL DE 1965.

¹⁰ BRASIL, CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)

A lei brasileira, adiantadíssima neste particular, desde o tempo do Império, tem sido liberal para com os cidadãos e rigorosa com os empregados públicos: também castiga os superiores, quando não reprimem os excessos e nem evitam as faltas de quaisquer subordinados. (Carlos Maximiliano, Comentários à Constituição Brasileira de 1891, edição de 1918, p. 782 *in* CRETELLA JUNIOR, 1991, p.2341).

Na mesma linha, a Constituição Republicana de 1891, artigo 82 preceituava que “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”¹¹.

E o parágrafo único do aludido dispositivo constitucional estabelecia responsabilidade dos funcionários públicos, em especial nos casos de abuso e omissões no exercício do cargo, assim dispondo: Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

Infere-se que os primeiros ordenamentos constitucionais brasileiros, imperial e republicano, disciplinaram a responsabilidade do funcionário, deixando de estabelecer um tratamento relativamente à responsabilidade do poder público.

Em contrapartida, de forma paralela e integrativa às citadas ordens constitucionais, as legislações ordinárias da época, regulamentadoras das atividades de atuação do Estado, previram a responsabilidade estatal nos casos de danos decorrentes das mesmas, a exemplo, o Decreto nº 1.930/1857 –Estradas de Ferro; Decreto nº 1.663/1894 - Repartição Geral dos Telégrafos¹²; Decreto nº 1.692-A de 1894-Serviço de Correios¹³.

¹¹ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891)

¹² Art. 552. A Repartição Geral dos Telegraphos terá especial cuidado na collocação das linhas, afim de que não prejudiquem a propriedade particular, e deverá reparar ou indemnizar os danos causados, de qualquer natureza que sejam. A'quelle que se julgar prejudicado pelo estabelecimento de qualquer linha, cabe recurso immediato ao Governo.

Paraphrased. Nenhum proprietario poderá oppor-se á passagem das linhas, ou collocação de pontos de apoio, pelos terrenos ou sobre os telhados de suas propriedades.

¹³ DA RESPONSABILIDADE DA UNIÃO

Art. 8º A União é responsável:

1º, pelos valores declarados em carta e nas encomendas registradas;

2º, pelas quantias entregues ao Correio para a emissão de vales;

Oportuno citar as referências tecidas por José Cretella Júnior (1991, p. 2341), invocando Alcino de Paula Salazar, no sentido de que:

O primeiro assento legal do princípio da responsabilidade civil do Estado por atos lesivos de seus representantes foi, entre nós, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que realizou, em um de seus dispositivos, as aspirações da doutrina (art. 13), como frisou Clóvis Beviláqua, nas observações sobre o Projeto do Código Civil. (Responsabilidade do poder público por atos judiciais, 1941, p. 11).

A mencionada Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que tratava da Organização da Justiça Federal da República Brasileira, assim dispunha no artigo 13: “Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.”¹⁴

À luz da legislação pátria da época, a jurisprudência trilhou no sentido da admissibilidade da responsabilização do poder público. Nesse sentido, vale mencionar a decisão do Supremo Tribunal Federal invocada por Sergio Severo (2009, p.4-59), no *leading case* Marechal José de Almeida Barreto vs. Fazenda Nacional, em que Ruy Barbosa atuou como advogado:

EMENTA: É nulo o ato do Poder Executivo que reforma forçadamente um oficial, fora dos casos previstos na lei. A Fazenda Nacional é obrigada a pagar os vencimentos e vantagens pecuniárias que deixou de perceber oficial assim reformado e que serão abonados enquanto perdurarem os efeitos desse ato ilegal.

Pondera o ilustre doutrinador:

Assim, às vésperas da vigência do Código Civil, já se construía a admissibilidade da responsabilidade do Poder Público, antecipando o regime civilista, que, em breve, seria geral e de lege lata, mediante reconhecimento tópico na jurisprudência, em atos administrativos e em instrumentos legislativos como corolário de uma doutrina que construía a unanimidade nos direitos brasileiro e comparado. Essa conquista deve ser creditada à influência de Ruy Barbosa.

3º, pelas importancias representadas em vales, legalmente emittidos, depois de recebidos os competentes avisos;

4º, pelas importancias recebidas de cobranças por intermedio do Correio e por conta de terceiros, de titulos, letras e obrigações pagaveis á vista;

5º, pelas importancias recebidas para assignaturas de jornaes e outras publicações periodicas;

6º, pelos valores a que se referem os casos previstos nos accordos e convenios internacionaes.

¹⁴ BRASIL, LEI Nº 221, DE 20 DE NOVEMBRO DE 1894.

Dessa feita, não obstante os citados dispositivos constitucionais e algumas legislações ordinárias dos períodos imperial e republicano fizessem alusão à responsabilidade exclusiva dos empregados e funcionários públicos o entendimento doutrinário e jurisprudencial direcionava-se à responsabilização solidária do Estado em tais circunstâncias.

Carlos Maximiliano (1918, p. 783/4), sob o fundamento da repartição do ônus em prol da coletividade, já sinalizava no sentido de o lesado ter a opção de veicular a reparação civil diretamente em face do Estado, hipótese mais garantida do ponto de vista da satisfação do direito.

Nesse contexto, foi promulgado o Código Civil Brasileiro¹⁵ que, com base no disposto no artigo 42 do Projeto do Código Civil Brasileiro, elaborado por Clóvis Beviláqua, no artigo 15, objeto da Parte Geral, consagrou a responsabilidade civil do Estado como regra geral:

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

O aludido dispositivo versava sobre a responsabilidade subjetiva do Estado, com base na culpa, à luz das teorias civilistas. Extrai-se do mesmo que a responsabilidade era imputada em face do Estado, desde que decorrente de ato lesivo, contrário ao direito ou a dever prescrito por lei, praticado pelos representantes do Poder Público. Por outro lado, inova ao estabelecer o direito de regresso da pessoa jurídica de direito público contra o seu representante.

A ressalva constante do trecho “*procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*” (*ibidem*) ensejou interpretação doutrinária, ainda que minoritária, no sentido de que os atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito público que não de forma contrária ao direito ou a lei não ensejariam responsabilidade civil do Estado.

A despeito do artigo 15 do Código Civil de 1916 ter introduzido o direito regressivo no que tange à responsabilidade civil do Estado brasileiro, a doutrina (MIRANDA, 1946, p. 263) manteve entendimento no sentido de que o funcionário público poderia ser citado quando da propositura da ação.

¹⁵ BRASIL LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916.

José Cretella Júnior (2000, p. 720) faz referência ao curto período de vigência- um mês- do Decreto nº 24.126, de 9 de maio de 1934, que, em contraposição ao entendimento então consagrado na época, estabeleceu, de forma peculiar, a exclusão da responsabilidade civil da União quando configurados atos criminosos de seus representantes, prepostos ou funcionários, mesmo se praticados no exercício de cargo, função ou desempenho de serviços públicos federais, ressalvada a hipótese de serem mantidos após a verificação do prejuízo.

Consignando entendimento já adotado pela doutrina, a Carta Constitucional de 1934, que revogou o aludido Decreto, adotou expressamente o princípio da solidariedade entre o funcionário público e o Estado, no que concerne à responsabilidade civil, mas ainda sob o viés da responsabilidade subjetiva, *ex vi* artigo 171:

Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com estabelecido na Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, ou quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso de no exercício dos seus cargos”. E no § 2º impôs que no caso de a sentença ter sido executada contra a Fazenda pública, caberia a esta promover a execução contra o funcionário culpado.¹⁶

A Constituição de 1937, em consonância com a Constituição antecessora, dispôs no artigo 158: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos” (*ibidem*).

A Constituição de 1946, inovou em grande escala, na medida em que atribuiu responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público interno, reservando aos funcionários causadores do ato lesivo a via regressiva, mas nesse caso, fundada na responsabilidade subjetiva, a teor do artigo 194 *caput* e parágrafo único:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

¹⁶ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934).

Parágrafo único- Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.¹⁷

A partir de então, com a consagração da teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, fundada no risco administrativo, tornou-se relevante averiguar a ocorrência de danos a particulares decorrentes do exercício da função pública. Tal teoria encontra guarida na justiça social, na premissa da repartição equitativa dos encargos sociais, em que estão embutidos no custo do serviço público os danos causados aos particulares. (FERREIRA FILHO, 1977, p. 184).

Enfatizando o nítido caráter protetivo ao lesado em razão de ato praticado pelo Estado, José Cretella Júnior (1991, p. 2348) salienta que é irrelevante, inclusive, se perquirir sobre a legalidade ou ilegalidade da investidura do funcionário público no cargo ou função para fins de atribuição de responsabilidade civil. A título exemplificativo, cita a hipótese de contratação irregular para o exercício de função pública, permanecendo hígida a responsabilização do Estado em caso de danos causados pelo suposto agente a particular.

A Carta de 1967, de 15 de março, através do seu artigo 105, praticamente manteve a previsão da Constituição anterior, nos seguintes termos: “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 dolo¹⁸.”

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, de 17 de outubro de 1969, assim previa: “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, no caso de culpa ou dolo.”¹⁹

A Carta Magna de 05 de outubro de 1988, no artigo 37, § 6º preservou a responsabilidade civil objetiva do Estado e a via de regresso contra o responsável pelos danos, essa sob o manto da responsabilidade subjetiva,

¹⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)

¹⁸ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967.

¹⁹ BRASIL, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969.

passando a abarcar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, assim dispendo: “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.”²⁰

Trata-se de regulamentação constitucional, oriunda de gradual evolução - atribuída ao Direito Francês, através da construção pretoriana do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos - que, por seu turno, inova, ao consignar de forma expressa responsabilidade civil do Estado decorrente de condutas praticadas por pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, com nítido escopo de se adequar à realidade da administração pública brasileira, com atuação cada vez mais descentralizada.

De um modo geral, para fins de reparação civil extracontratual, sob a vertente da teoria objetiva, torna-se necessária, pelo menos, a presença dos seguintes elementos: dano, conduta causadora do dano, vítima, nexos causal entre a ação lesiva e o dano.

Numa visão mais contextualizada, a teor dos preceitos instituídos pelo ordenamento constitucional brasileiro, Juarez Freitas (2007, pp. 69/70), com base no direito fundamental à boa administração pública, faz uma releitura dos requisitos da responsabilidade do Estado, assim ponderando:

(a) a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional, causado a terceiro (não necessariamente usuário de serviços públicos), afrontando o direito fundamental à boa administração.

(b) o nexos causal direto; e

(c) a conduta omissiva ou comissiva de agente, nessa qualidade, da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

O Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)²¹, perfilhando a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado para as pessoas jurídicas de direito público interno e a responsabilidade subjetiva na via regressiva, contra os agentes causadores de danos, deixou de abarcar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

²⁰ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

²¹ BRASIL, LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

Nesse sentido, confere-se a redação do artigo 43 do diploma civil: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo” (*Ibidem*).

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.142) critica a redação do artigo 43 do Código Civil de 2002 e cita como causa da referida e inoportuna ausência de adequação do aludido dispositivo com a previsão constitucional do artigo 37, §6º a antiguidade do projeto do Código Civil, aprovado inicialmente em 1983 na Câmara de Deputados, mas relegado em detrimento do anseio de se implementar uma nova assembleia constituinte.

De qualquer sorte, é inconteste que atualmente as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público equiparam-se às pessoas jurídicas de direito público no que tange à responsabilidade civil objetiva, a teor do disposto no artigo 37, §6º da Carta Magna.

A par da atual previsão constitucional brasileira acerca da responsabilidade objetiva do Estado, cabe consignar ainda a existência de uma regulamentação paralela, através de leis esparsas acerca de tal questão, considerando, para tanto, o aumento significativo das atividades executadas e reguladas pelo Estado brasileiro.

Da leitura dos citados dispositivos, depreende-se que desde a Constituição imperial de 1824 restou prevista a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos e omissivos, ainda que nos primeiros diplomas constitucionais a responsabilidade fosse prevista apenas para o funcionário ou empregado público por atos praticados no exercício de suas funções. Com base na repartição dos encargos sociais – solidariedade social, alicerce da teoria do risco administrativo, o ordenamento constitucional brasileiro consagra a responsabilidade objetiva do Estado com o intuito de restabelecer, de forma mais célere e segura, o equilíbrio e recompor o patrimônio ofendido. Segundo a redação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, ao poder público impõe-se a via regressiva contra o agente público, no caso de restar evidenciada a culpa ou dolo.

Em complementação, no que tange à responsabilização dos servidores públicos federais, dispõem os artigos 121 e 126 da Lei n. 8.112/90:

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

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

Dessa feita, é inconteste a previsão de responsabilidade dos agentes públicos causadores de danos a particulares. A questão de como serão acionados, ainda sob a visão do direito público, em especial do direito administrativo, será a seguir abordada.

Pode-se dizer que a responsabilização do agente público por danos decorrentes de atos do poder público foi consequência imediata da introdução ao ordenamento jurídico brasileiro da teoria da responsabilidade civil do Estado, inicialmente prevista na pessoa dos funcionários públicos, posteriormente sob o viés da teoria da solidariedade (CF de 1934 e 1937), e por último a teor do princípio da responsabilidade em ação regressiva (CF de 1946 e seguintes), ensejando, por consequência, controvérsias acerca de sua imputação diretamente em ação reparatória interposta pelo particular, matéria a ser abordada no próximo item.

Conclui-se o tópico em questão, transcrevendo as referências postas por José Cretella Júnior (1991, p. 2331) no seguinte sentido:

[...] O problema da responsabilidade do Estado deve ser hoje considerado à luz dos princípios do direito social, das teorias solidaristas que pregam a defesa do fraco contra o forte, inscrevendo-se entre aqueles que devem ser resolvidas às inspirações da justiça comutativa, já que, se tocam a todos os benefícios da coexistência social, todos devem suporta-lhe o ônus. Do ponto de vista prático, o problema que é de justiça social, encontrará solução na socialização da responsabilidade do Estado, a fim de que todos respondam, proporcionalmente, pelos danos que a Administração acarretar ao direito individual.(Onofre Mendes Júnior, Direito Administrativo, 2ª edição, 1961, vol. 1, os. 314-5).

3. Responsabilidade pessoal do agente público. Legitimidade passiva em ação indenizatória. Tendência doutrinária e jurisprudencial.

Objetiva-se através do presente tópico fazer uma análise, com base na doutrina e na jurisprudência, da hipótese de o terceiro lesado instaurar diretamente ação de indenizatória contra o agente público em decorrência de danos causados pelo poder público.

Para tanto, faz-se necessário, num primeiro momento, esclarecer que a abordagem em comento terá como cerne a responsabilidade civil do Estado, como pessoa jurídica política, em decorrência da prática de atos comissivos ou omissivos pelos agentes públicos. Não obstante a responsabilidade disciplinar, civil ou penal do funcionário público não seja objeto desse estudo, o reconhecimento de qualquer uma dessas responsabilidades, se advindas de fato causador de lesão a terceiros facilitará a imputação da responsabilidade do agente, na via direta ou regressiva.

O Texto Constitucional de 1988, no artigo 37, § 6º²² veicula a matiz objetiva da responsabilidade civil estatal, com base na teoria do risco administrativo, em que prescindíveis os elementos subjetivos da culpa e dolo, e estabeleceu expressamente o direito de regresso do Estado em face do agente público, desde que demonstrada a culpa ou dolo desse, assim dispondo: “**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” (sem grifo no original).

Ainda a título introdutório do tópico em comento, cabe ser dito que dos elementos constitucionais atinentes à responsabilidade civil do Estado, relativamente a abordagem sob enfoque, convém enfatizar que a *qualidade de agente* torna irrelevante que o agente público tenha atuado dentro, fora ou além de suas atribuições, sendo necessário que tenha cometido o dano como se Estado fosse naquele momento.²³

²²BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

²³ RE nº 363.423/SP; RE nº 160.401/SP e REsp nº 782.834/MA.

Na sequência, aponta-se divergência existente no que concerne a possibilidade de se veicular ação indenizatória diretamente contra o agente público, causador do dano, e pode-se dizer, *a priori*, que a mesma tem como premissa a interpretação da norma constitucional vigente à época, acerca da questão.

Partindo-se da análise dos julgados do Egrégio Supremo Tribunal Federal desde o século passado, sinaliza-se uma flagrante alteração de entendimento dessa Corte.

Sob à égide dos ordenamentos constitucionais anteriores, em especial a Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº1/69, a Corte Constitucional posicionava-se no sentido de atribuir a possibilidade da ação reparatória ser diretamente veiculada em face do agente causador do dano, ainda que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público estivesse expressamente consagrada nos dispositivos constitucionais (art. 105 da CF/67²⁴ e art. 107 da EC n. 1/69)²⁵.

Nesse passo, colaciona-se a jurisprudência da época, RE nº 105157 nº 90.071 e nº 90071/SC

EMENTA:

1. Se o escrevente subtraiu o dinheiro que lhe foi entregue, por ser funcionário do cartório, para o pagamento de certa dívida dobrada em processo que tem sua tramitação na escrivania, e se o escrivão foi culposamente omissivo no seu dever de vigiar o escrevente, deve o titular do cartório ressarcir o prejuízo daquele que entregou o dinheiro ao referido funcionário faltoso. Caso em que se discutiu a responsabilidade objetiva do Estado pelo ato faltoso do escrevente.

2.Recurso extraordinário em que o recorrente alega vulneração do art. 107 da Constituição e do art. 15 do Código Civil, e, também, divergência pretoriana. Fundamentos que não se configuram.

3.Não-conhecimento.”

“VOTO

[...] Apreciando nesses termos a controvérsia, isto é, considerando que, no caso, o Recorrente procedeu culposamente ao omitir-se no cumprimento do seu dever de vigilância sobre o escrevente faltoso, e

²⁴ Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

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

²⁵ 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.

afastando, por essa razão, a tese da responsabilidade objetiva do Estado pela conduta de seus funcionários, o acórdão agora questionado não vulnerou o art. 107 da Constituição, nem o art. 15 do Código Civil.

É que a responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito, que tem o prejudicado, de postular a necessária reparação diretamente do funcionário que causou o dano, ou então, do seu superior que se mostrou omissivo no cumprir o dever de vigiá-lo, concorrendo, assim, culposamente, para o fato danoso.

(...)” (Recurso Extraordinário nº 77.169-7/SP, Primeira Turma, Relator Antonio Neder, julgado em 4.12.79).

Ementa

DANO, PURAMENTE MORAL, INDENIZÁVEL. DIREITO DE OPÇÃO, PELO LESADO, ENTRE A AÇÃO CONTRA O ESTADO E A AÇÃO DIRETA, PROPOSTA AO SERVIDOR (CONSTITUIÇÃO ART. 167) PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE.

VOTO

“(...) O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova de culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário, não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solvável, em busca de um procedimento mais expedito de execução.

Ao servidor público, nenhum interesse legítimo se lhe atinge, porquanto estaria sujeito, de outro modo, a suportar a ação regressiva, faculdade do Estado, indisponível pelo Administrador.

Sob o prima meramente adjetivo, reputar sucessivo e obrigatório o regresso, seria instituir uma sinuosidade de todo incompatível com o princípio da economia processual.(...)”(Recurso Extraordinário nº 105.157-4/SP, Primeira Turma, Relator Octavio Gallotti, PUBL. D.J 18.10.85).

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O ENTE PÚBLICO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO - POSSIBILIDADE. O FATO DE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVER DIREITO REGRESSIVO AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO CONTRA O FUNCIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO DANO NÃO IMPEDE QUE ESTE ÚLTIMO SEJA ACIONADO CONJUNTAMENTE COM AQUELAS, VEZ QUE A HIPÓTESE CONFIGURA TÍPICO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - VOTO VENCIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 90071/SC, julgado pelo Tribunal Pleno, em 18/06/1980, Relator Min. Cunha Peixoto, Publicação DJ 26-09-1980 OO-07426 EMENT VOL-01185-01 PP 00359, RTJ VOL-00096-01 pp-00237).

Em linhas gerais, pode-se destacar do aludido entendimento, além do enfoque protetivo ao lesado, no sentido de lhe ser facultada a opção de inclusão do agente causador do dano no polo passivo da demanda, também a observância ao princípio da indisponibilidade sobre o patrimônio público, sob o viés de se assegurar a efetiva responsabilização do agente público, no caso de dolo ou culpa, e, por fim a aplicação dos preceitos gerais acerca da reparação civil sob o âmbito da legislação ordinária, à época o artigo 159 do Código Civil de 1916²⁶.

Em contraposição a aludida corrente jurisprudencial, então consagrada pela Corte Constitucional, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, pp. 521/522), discorrendo sobre o Princípio da Responsabilidade em Ação Regressiva, já assentava a impossibilidade de se veicular ação de reparação diretamente contra o funcionário público, nos seguintes termos:

Os interesses do Estado passaram à segunda plana: não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra pessoa jurídica de direito público interno ou estrangeiro. Há, apenas, o direito de regresso. [...] O princípio da regressividade logrou vencer: mas é óbvio que o funcionário público da pessoa jurídica de direito público pode ser citado. Conseqüência necessária do art. 105 da Constituição de 1967, como do art. 194 da Constituição de 1946, é a de ter-se de propor a ação, não contra o funcionário público, e sim contra a pessoa de direito público.

[...] Tal dever de indenizar, que corre ao Estado (União, Estado-membro, Município), ou a outra entidade de direito público, resulta de ato próprio, pois os atos do funcionário público aparecem, aí, como atos do próprio Estado ou da entidade de direito público. Não há pensar-se em qualquer sucessão singular, imposta por lei: a dívida é do Estado ou da entidade de direito público; e não do funcionário. Contra o funcionário, a ação regressiva funda-se na situação jurídica de funcionário público, que tem o causador do dano.

Registra-se, assim, já naquela época, divergências acerca da interpretação de dispositivo constitucional sobre a questão enfocada neste trabalho.

²⁶ **Art. 159.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Jurisprudência mais recente, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sufragada no voto do Ministro aposentado Carlos Ayres Britto, proferido nos autos do RE n. 327.904-1/SP, a seguir transcrito, não reconhece a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no artigo 37, §6º, da Constituição Federal:

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, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78).

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

De saída, leio o § 6º do art. 37 da Magna Carta:

“§ 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.*”

(Sem destaques no original).

9. À luz do dispositivo transcrito, a conclusão a que chego é única: 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.

10. Quanto à questão da ação regressiva, uma coisa é assegurar ao ente público (ou quem lhe faça as vezes) o direito de se ressarcir perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa; coisa bem diferente é querer imputar à pessoa física do próprio agente estatal, de forma direta e imediata, a responsabilidade civil pelo suposto dano a terceiros.

11. Com efeito, se o eventual prejuízo ocorreu por força de um atuar tipicamente administrativo, como no caso presente, não vejo como

extrair do § 6º do art. 37 da *Lei das Leis* a responsabilidade “per saltum” da pessoa natural do agente. Tal responsabilidade, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário (ação regressiva, portanto), depois de provada a culpa ou o do servidor público, ou de quem lhe faça as vezes. Vale dizer: ação regressiva é ação “de volta” ou de “retorno” contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro. Logo, trata-se de ação de ressarcimento, a pressupor, lógico, a recuperação de um desembolso. Donde a clara ilação de que não pode fazer uso de uma ação de regresso aquele que não fez a “viagem financeira de ida”; ou seja, em prol de quem não pagou a ninguém, mas, ao contrário, quer receber de alguém e pela vez primeira.

12. Vê-se, então, que o § 6º do art. 37 da Constituição Federal consagra uma 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.

13. Nesse rumo de idéias, acolho o magistério de José Afonso da Silva, *in Comentário contextual à Constituição*, Editora Malheiros – 2005, página 349, *in verbis*:

“(…)

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

(…)”

14. No caso dos autos, argumenta-se que o hipotético prejuízo decorreu do citado Decreto nº 2.664, de 1993. Decreto que, vale lembrar, teve como lastro o inciso II do art. 23, bem como o art. 197, ambos da Carta de Outubro, e foi subscrito pelo então Prefeito José Santilli Sobrinho.

15. Ora bem, trata-se de ato típico da Administração Pública (Decreto de Intervenção), daod que as ações relacionadas à “Saúde” estão compreendidas em área de interesse que a própria Carta da República elegeu como “direito de todos e dever do Estado” (art. 196). Apenas a título de ilustração, leio o conteúdo do art. 2º do referido Decreto de Intervenção:

“Art. 2º - A intervenção do Poder Público objetiva garantir o restabelecimento da prestação dos serviços do pronto-socorro da entidade, bem como a eficiência desejável na prestação dos demais serviços hospitalares;”

16. Presente esta ampla moldura, trago à colação o sempre douto magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Curso de Direito Administrativo*, Editora Malheiros, 19ª edição), para quem:

“[...]

38. Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias. Estas, só os seres físicos as possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, juridicamente falando. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico e físico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se

constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos nesta qualidade.

[...]

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado.

Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal. O que o agente nesta condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) de modo conforme ou desconforme com o Direito, culposa ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

[...]”

17. Não bastassem todos esses fundamentos, cito, no mesmo sentido, o AI 167. 659-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgado pela Segunda Turma desta Casa de Justiça. Julgamento, esse, que se deu à luz da Constituição de 1988.

18. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário, mas lhe nego provimento.

Depreende-se do aresto transcrito que a ação indenizatória foi intentada contra agente político, no caso ex-prefeito de determinado município paulista, em razão da edição de Decreto de Intervenção em hospital da região, evidenciando a prática de ato de natureza nitidamente administrativa, o qual teria ocasionado prejuízos financeiros à Associação de Caridade da Santa Casa de Misericórdia de Assis.

Com efeito, a posição ora enfrentada parte da interpretação preconizada no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, à luz da teoria do órgão, no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos causados por seus agentes públicos, decorrentes do exercício da função pública.

Segundo Otto Gierke, a teoria do órgão expressa o princípio da imputação volitiva, através do qual a atuação funcional dos agentes públicos está atrelada à vontade do órgão ou da pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. A partir daí, as consequências advindas dos atos tipicamente

administrativos praticados pelos agentes públicos no exercício da função devem suportados pelo Estado.

Sendo assim, tem-se que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado prestadora de serviços públicos, e não do agente público que atua em seu nome e contra quem, na hipótese de verificar a existência de dolo ou culpa, é assegurado o direito de regresso ao ente público, *ex vi* da Lei nº 4.619/1965.

Cabe assinalar que no âmbito federal compete à Advocacia-Geral da União propor essas ações de regresso como forma de ressarcir os cofres públicos do prejuízo.

Segundo a corrente jurisprudencial supra abordada, a redação do dispositivo constitucional acerca da responsabilidade civil do Estado condiciona a atuação do agente público à prática de atos tipicamente administrativos, vinculados à pessoa jurídica. Como consequência, à luz dessa vertente, reputa-se desarrazoada a responsabilização direta à pessoa natural do agente público, quando sua atuação esteve pautada na defesa de interesse do ente estatal.

Infere-se ainda do voto do Ministro Carlos Ayres Britto que a exegese da responsabilidade objetiva do Estado, *ex vi* do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, impõe uma **dupla garantia**, tanto ao **agente público** na medida em que este somente poderá ser acionado pela via de regresso, com base na responsabilidade subjetiva, quanto à **vítima do dano**, que veiculará ação com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, bastando a comprovação do dano e do nexo causal, evidenciando maior possibilidade de satisfação do crédito.

Na linha do posicionamento supra invocado, verifica-se reiterada e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DO AGENTE PÚBLICO: GOVERNADOR. C.F., art. 37, § 6º. I. - No caso, o ato causador de danos patrimoniais e morais foi praticado pelo Governador do Estado, no exercício do cargo: deve o Estado responder pelos danos. C.F., art. 37, § 6º. II. - Se o agente público, nessa qualidade, agiu com dolo ou culpa, tem o Estado ação regressiva contra ele (C.F., art. 37, § 6º). III. - R. E. inadmitido. Agravo

não provido. (AI 167.659 AgR/PR, Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 14-11-1996 PP-44482 EMENT VOL-01850-07 pp-01417).

EMENTA: - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE nº 228977/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º 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. (RE nº 470.996/RO-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 11/9/09; DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 pp-00444 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 172-175).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUCUMBÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1. A legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público para arcar com a sucumbência de ação promovida pelo Ministério Público na defesa de interesse do ente estatal. 2. É assegurado o direito de regresso na hipótese de se verificar a incidência de dolo ou culpa do preposto, que atua em nome do Estado. 3. Responsabilidade objetiva do Estado caracterizada. Precedentes. 4. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido. (AI nº 552.366/MG-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 29/10/09).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. TEORIA DA DUPLA GARANTIA.

PRECEDENTES DO STF. AGRAVO DESPROVIDO.” (ARE 892712/MG, Relator Min. Luiz Fux, Data do julgamento 19/06/2016, DJe -123 DIVULG 24/06/2015 PUBLIC 25/06/2015).

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 327.904, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, assentou o 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.2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE593525 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento 09/08/2016, DJe-216 DIVULG 07-10-2016 PUBLIC 10-10-2016).

Contudo, há de se sinalizar que a posição assentada até o presente momento pela Corte Constitucional encontra resistência, inclusive, perante o Superior Tribunal de Justiça²⁷, notadamente por versar sobre a questão específica de responsabilidade civil dos **agentes políticos**, decorrente de atos eminentemente políticos (RE n. 327.904-1/SP).

Todavia, trata-se de espécie do gênero agente público, entendido como pessoa física que exerce alguma função estatal, em caráter definitivo ou transitório, sujeito, por conseguinte, ao mesmo tratamento atribuído aos agentes públicos.

Na realidade, torna-se relevante averiguar o caráter da atuação desses agentes públicos, ainda que sob a classificação de agentes políticos, no sentido de a atuação não ter sido em nome próprio, mas em nome do Estado, no intuito de exercer função eminentemente administrativa, para fins de consagração da norma constitucional da responsabilidade civil objetiva do Estado.

²⁷ STJ, Recurso Especial nº1.325.862/PR, Relator Joel Samways Neto: “(...) É bem verdade que há precedente isolado no STF - que não é do Plenário - a afastar a legitimidade passiva do agente público para responder diretamente pelos danos causados a particular no exercício de função típica (RE 327.904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006).

A situação fática subjacente a esse julgado do Supremo é bastante peculiar, uma vez que se pretendia a responsabilidade civil de Prefeito por decreto de intervenção em hospital local, ou seja, era ato de um *agente político* de cunho essencialmente político, o que por si o distancia do caso ora examinado.[...]”.

Os doutrinadores, de forma minoritária, comungam da posição ora prevalente na Corte Constitucional, a exemplo de Pontes de Miranda, conforme sobredito (Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, pp. 521-522) e Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 28ª Edição, pp.441/-42), cuja posição está referida a seguir:

Todavia, o dispositivo constitucional veda a transferência dessa responsabilidade ao servidor imputável, impondo seu chamamento a juízo não pelo lesado, mas pela entidade interessada em ressarcir-se, a qual, para tanto, deverá demonstrar a *culpa* do referido servidor, em ação autônoma.

Em contraposição ao entendimento ora consolidado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, posiciona-se, de modo majoritário, a doutrina pátria e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer, cabe à vítima livremente optar contra quem irá direcionar a ação indenizatória decorrente de danos causados pelo Estado.

Desse modo, o direito de regresso previsto no artigo 37, §6º da Constituição Federal não constitui obstáculo ao ajuizamento de ação indenizatória em face do agente público causador do dano, imputando a este a prática de conduta dolosa ou culposa. Na medida em que os prejuízos devem ser reparados por quem lhes tenha causado, encontra-se na esfera de discricionariedade do lesado direcionar a ação reparatória em face do agente público que tenha praticado o ato danoso.

Como fundamento para legitimar o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente público, ainda que no exercício de função pública, são invocados pelos autores preceitos da legislação ordinária, em especial os artigos 186, 927 e 942 do Código Civil de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Celso Antônio Bandeira de Melo (Curso de Direito Administrativo, 2010, p.1034) assevera que as aludidas previsões denotam caráter genérico acerca da responsabilidade civil, veiculando regras de Teoria Geral do Direito, invocando, então, a aplicação das mesmas aos casos de responsabilidade do Estado, notadamente para o fim de justificar o ajuizamento de ação indenizatória contra agente público, assim expressando-se:

Nada há de estranhável em que estes ditames normativos, embora topograficamente alojados no Código Civil, sejam havidos como princípios ou como regras que transcendem a restrita esfera desta província jurídica, para se qualificarem como disposições aplicáveis integralmente em distintos ramos do Direito.

O cerne da responsabilidade civil é a reparação do dano, visando recompor a vítima ao *status quo ante*. Nesse escopo, o citado doutrinador (p. 1037) refere que o princípio geral da responsabilidade do Estado visou a ampliação da proteção aos lesados, a teor da presunção de solvência do patrimônio público. Em contrapartida, aduz não haver fundamento para se invocar proteção ao agente público a ponto de restringir ajuizamento de ação em seu desfavor.

Pondera ainda o mesmo autor (2010, pp. 1033-1034), que o ajuizamento de ação diretamente contra o agente público encontra-se na esfera de disponibilidade da vítima, a quem compete decidir contra quem irá veicular a demanda indenizatória.

Sérgio Cavalieri Filho (2015, pp. 333-334) comunga da citada posição, no sentido da legitimação passiva do agente público em ação indenizatória decorrente de danos em razão de atividade administrativa, dando ênfase à solidariedade, aduzindo que:

Desse modo, no direito brasileiro, a responsabilidade do Estado não absorve ou exclui a responsabilidade do agente. A responsabilidade é **solidária**, desde que o agente tenha agido com dolo ou culpa, cabendo à vítima escolher se proporá a ação de ressarcimento contra ambos ou somente contra aquele que terá melhores condições de reparar o prejuízo, e que é geralmente o Estado. Geralmente, mas nem sempre, em razão do lento processo de execução dos débitos do Estado, através de precatórios.

É oportuno ressaltar, no que concerne à solidariedade, que, quando assim almejou o legislador constituinte, o fez expressamente, a teor do disposto nas Constituições Federais de 1934 e 1937.

Felipe P. Braga Netto (2008, pp. 262-263) reconhece a possibilidade de a ação ser veiculada diretamente contra o agente público, inobstante somente atribuir como vantagem a demorada e difícil execução contra o Estado, sujeita ao regime de precatórios. Ainda, sinaliza sobre a possibilidade de a vítima inicialmente intentar demanda contra o agente público, e no caso de improcedência, por ausência de prova da culpa daquele, de renovar a ação, agora contra o Estado, fundada na responsabilidade objetiva.

Marçal Justen Filho (2013, p. 1335) assevera ser possível que o agente, em decorrência de atos lesivos, figure no polo passivo de ação indenizatória decorrente de responsabilização civil do Estado, ou postulado por via de regresso.

Outro não é o magistério de José Afonso da Silva (2005, p. 349), "in verbis":

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

No entanto, os opositores a esse entendimento invocam evidente abalo e vulnerabilidade da atuação dos agentes públicos, não obstante tenham assegurada a liberdade no desempenho de suas atividades, visando ao adequado exercício profissional, desde que a atuação administrativa esteja em conformidade notadamente com a lei, a moral e o interesse público.

Embora atualmente superada pelo Tribunal Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional, posiciona-se, de RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 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. **Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o**

qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. **A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor 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.

Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador.

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.

5. Recurso especial não provido.

Vale transcrever excertos do voto do relator do julgado:

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Afasto, de saída, a alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador venha a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes, bastando-lhe que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, sem necessidade de que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. No caso, o julgamento dos embargos de declaração apenas se revelou contrário aos interesses do recorrente, circunstância que não configura omissão, contradição ou obscuridade.

3. Quanto ao mais, a controvérsia está relacionada a pedido de indenização formulado por advogado público - Procurador do Estado do Paraná - em face de serventuária da justiça, a qual fizera publicar súmula de sentença contendo incorreção consistente em afirmar que o Estado do Paraná havia sido condenado a pagar multa por litigância de má-fé, o que, de fato, não ocorreu.

Afirmando que foi atingido em sua honra - pessoal e profissional -, o Procurador do Estado que atuara naquele feito ajuizou a presente ação, visando à compensação dos danos morais que alega ter experimentado.

3.1. No ponto, cumpre analisar, em preliminar, questão controvertida que, em alguma medida, divide a jurisprudência, que é a possibilidade de o lesado ajuizar a ação diretamente contra o agente público, suposto causador do dano, sem a participação do Estado.

Na verdade, a jurisprudência do Supremo sempre foi linear em admitir a ação direta do lesado em face do servidor público.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, de relatoria do eminente Ministro Octávio Gallotti, embora proferido com base na Carta Republicana revogada:

DANO, PURAMENTE MORAL, INDENIZAVEL. DIREITO DE OPÇÃO, PELO LESADO, ENTRE A AÇÃO CONTRA O ESTADO E A AÇÃO DIRETA, PROPOSTA AO SERVIDOR (CONSTITUIÇÃO ART. 167) (*sic*). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE (RE 105157, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 20/09/1985, DJ 18-10-1985).

Colhem-se do voto condutor do julgado acima os seguintes fundamentos:

O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova de culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário, não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solvável, em busca de um procedimento mais expedito de execução.

Ao servidor público, nenhum interesse legítimo se lhe atinge, porquanto estaria sujeito, de outro modo, a suportar a ação regressiva, faculdade do Estado, indisponível pelo Administrador.

Sob o prisma meramente adjetivo, reputar sucessivo e obrigatório o regresso, seria instituir uma sinuosidade de todo incompatível com o princípio da economia processual.

 O eminente relator também apoiou seus fundamentos no RE n. 92.214 (RTJ 106/1.182), no RE n. 77.169 (RTJ 92/144) e no RE n. 90.071 (RTJ 96/237).

Apenas para constar, o sistema de responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal de 1967 (EC n. 1/1969) era rigorosamente o mesmo do atual, de modo que o art. 37, § 6º, da Carta de 1988 corresponde, em essência, ao art. 107 da Carta revogada:

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.

É bem verdade que há precedente isolado no STF - que não é do Plenário - a afastar a legitimidade passiva do agente público para responder diretamente pelos danos causados a particular no exercício de função típica (RE 327.904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006).

A situação fática subjacente a esse julgado do Supremo é bastante peculiar, uma vez que se pretendia a responsabilidade civil de Prefeito por decreto de intervenção em hospital local, ou seja, era ato

de um *agente político* de cunho essencialmente político, o que por si o distancia do caso ora examinado.

No precedente acima mencionado, fez-se menção também ao AI 167.659 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/06/1996. Porém, com a devida vênia, neste último precedente, o próprio Estado é que foi demandado e pretendia ele (o Estado) o redirecionamento da ação ao agente público, ocasião em que simplesmente se afirmou - como não poderia deixar de ser - que, pelos atos praticados por seus servidores, responde o Estado objetivamente.

3.2. Com o devido respeito ao entendimento diverso, penso que a melhor solução está mesmo com os antigos, em franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar.

O art. 37, § 6º, da CF/1988 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.

Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do *risco administrativo*; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

Na verdade, quando a Constituição Federal pretendeu "blindar" os agentes públicos o fez explicitamente - exceção que deve ser interpretada de forma restritiva -, como, por exemplo, na imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (art. 53).

Ademais, a possibilidade de ação direta do particular em face do servidor não constitui nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico, conforme previsão expressa da Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/1965):

Art. 9º: Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

A doutrina também não vacila.

Nessa mesma linha é o abalizado magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro.

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano. A seu turno, a parte final do § 6º do art. 37, que prevê o regresso do Estado contra o agente responsável, volta-se à proteção do

patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público.

Daí a conclusão de que o preceptivo é volvido à defesa do administrado e do Estado ou de quem lhe faça as vezes, não se podendo vislumbrar nele intenções salvaguardadoras do agente. 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 (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1002).

Na esteira desse entendimento é também o magistério de Rui Stoco:

Como deixamos assentado anteriormente, nos casos em que os danos causados a terceiros comprometem ou empenham a responsabilidade do Estado por ato doloso ou culposo de seus servidores, aquele que tem legitimidade ativa *ad causam* pode ajuizar a ação contra o Estado e seu servidor, em litisconsórcio passivo facultativo; apenas contra o Estado, ou apenas contra o servidor (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1132).

Esse entendimento também já foi acolhido em precedente de minha relatoria no âmbito desta Turma:

RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE PÚBLICO ESTADUAL. É FACULDADE DO AUTOR PROMOVER A DEMANDA EM FACE DO SERVIDOR, DO ESTADO OU DE AMBOS, NO LIVRE EXERCÍCIO DO SEU DIREITO DE AÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE.

(REsp 731.746/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 04/05/2009)

E, na verdade, são corriqueiros os litígios a versarem, por exemplo, eventual responsabilidade civil de membros do Ministério Público, Magistrados ou Procuradores por excessos cometidos no manejo processual (que é questão de mérito), ou responsabilidade de tabeliães por atos próprios da função, nunca tendo sido acolhida a tese de que a demanda deveria ser necessariamente direcionada ao Estado (e. g.: REsp 759272/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 19/06/2006; REsp 481939/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005).

Assim, a avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor 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.

Destarte, com a licença do entendimento diverso, não tenho dúvidas em afirmar a legitimidade passiva do servidor público 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.

(...)

(REsp 1.325.862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013) (grifo nosso).

As controvérsias a respeito da questão focalizada nesse trabalho ficam novamente ressaltadas frente as opiniões destacadas, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que fundamentam de formas divergentes as suas decisões, cabendo ainda estranhar a posição assumida pela Ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti, no seu voto no Resp n. 1.325.862/PR, que considera equivocada a posição restritiva no caso de ajuizamento de ação reparatória somente contra o agente público, causador do dano, conforme se infere do seguinte pronunciamento: “Sr. Presidente, cumprimento o eminente Ministro Relator pelo magnífico voto, especialmente a parte destinada a desfazer esse equívoco de que não possa ser ajuizada a ação diretamente contra servidor público responsável pelo ato” (DJe 10/12/2013).

Consigna-se ainda que as divergências se estendem ao âmbito dos Tribunais inferiores, a título de exemplificação, colaciona-se a seguir as posições assumidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Salienta-se que enquanto os julgados oriundos da Justiça Federal da 4ª Região direcionam-se no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público podem ser acionadas em ação de reparação de danos, decorrentes de responsabilidade civil do Estado, a jurisprudência do Tribunal Estadual do Rio Grande Sul é mais abrangente, assentando que a vítima de eventual dano possa ter a opção de demanda contra o ente público e/ou o agente público causador do dano.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PROVA. PERÍCIA TÉCNICA. A União e o Município não possuem legitimidade passiva na ação, eis que o suposto erro médico teria ocorrido no Hospital de Clínicas, que é um órgão suplementar da Universidade Federal do Paraná (UFPR), que possui personalidade jurídica própria. No que diz respeito à médica que atendeu à parte autora, também deve ser excluída do pólo passivo. Isso porque, em se tratando de pretensão de reparação de danos decorrente de suposta conduta ilícita do agente público, o regime jurídico constitucional de responsabilização não permite seu acionamento direto perante do Poder Judiciário. A demanda deve ser

movida apenas contra a pessoa jurídica de direito público. Desnecessária perícia técnica quando os fatos narrados na peça inicial podem ser demonstrados por prova testemunhal. (TRF4, AG 5020761-90.2015.404.0000, QUARTA TURMA, Relator p/ Acórdão CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 08/04/2016). (grifo nosso).

HCPA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS MÉDICOS CONTRATADOS. CONDIÇÃO DA AÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PARTICULAR E OBJETIVA DO HOSPITAL. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO. 1. Segundo a teoria do órgão, da autoria de Otto Gierke, a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo esses, por sua vez, compostos de agentes. Cada órgão, como centro de competências administrativas, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. 2. Ao utilizar o serviço público de saúde prestado pelo HCPA, através do SUS, a paciente não contratou diretamente com o médico, mas com a empresa pública federal. Sendo assim, não se estabelece uma relação direta entre a paciente e o médico, mas entre aquela e o hospital. 3. Conforme art. 37, § 6º, da CF, a responsabilidade do Hospital, como prestadora de serviço público, é objetiva, independentemente de comprovação de culpa no erro médico, enquanto que a do médico é subjetiva. Sendo assim, a sua manutenção na lide dificulta, inclusive, a comprovação da responsabilidade do médico pela parte autora. Isso porque, quando se trata de profissional vinculado ao hospital, esse é responsabilizado indiretamente pelo seu ato, desde que comprovada a culpa do médico pela vítima, fazendo então emergir o dever de indenizar da instituição. 4. Quando se trata de profissional vinculado ao hospital, esse é responsabilizado indiretamente pelo seu ato, desde que comprovada a culpa do médico pela vítima, fazendo então emergir o dever de indenizar da instituição. 5. Reconhecida a ilegitimidade passiva dos médicos. 6. Deferida AJG.(TRF4, AG 5007990-51.2013.404.0000, QUARTA TURMA, Relator p/ Acórdão LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 26/05/2015, 2007, p. 75-78).(grifei).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. A vítima de ato ilícito praticado por agente público, no exercício de sua função, tem a faculdade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, contra o Ente Político ou contra ambos, à sua escolha. RESPONSABILIDADE MÉDICA. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexos causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. Hipótese em que restou verificada a deficiência da anamnese realizada pelo demandado quando do atendimento dispensado à autora, o que implicou na ausência de diagnóstico da fratura sofrida pela paciente, a qual fora medicada apenas para a melhora da crise de ansiedade sofrida. Dano moral in re ipsa. Reconhecimento do dever de indenizar que se mantém. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, deve ser reduzido o quantum para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, conforme determinado no ato sentencial. PRELIMINAR AFASTADA À UNANIMIDADE. PROVERAM EM PARTE A APELAÇÃO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70055936983, Décima Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 17/07/2014)”.(TJ-RS - AC: 70055936983 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 17/07/2014, Décima Câmara Cível).

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS MÉDICOS RECONHECIDA DE OFÍCIO. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HOSPITAL E MUNICÍPIO. FALHA NO ATENDIMENTO COMPROVADA. (...). **SENTENÇA REFORMADA. 1. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL.** (...). 2. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SUSCITADA DE OFÍCIO. 3. CASO. O caso diz com pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrentes da suposta falha na prestação de serviço médico-hospitalar no tratamento e diagnóstico de meningite bacteriana. 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. A responsabilidade do ente municipal por danos causados por seus agentes é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição da República. Contudo, em se tratando de discussão de falha de serviços médicos se mostra imprescindível a averiguação da culpa ou dolo do profissional (responsabilidade subjetiva) a ele vinculado para fins de responsabilização do ente municipal. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. A responsabilidade do estabelecimento médico-hospitalar, mesmo sendo de natureza objetiva, está vinculada à comprovação da culpa na ação médica ou de algum preposto do hospital. **Ou seja, a responsabilização da pessoa jurídica depende da atuação culposa de algum preposto do hospital, sob pena de não ser possível estabelecer-se o nexo de imputação necessário para fins de configurar a hipótese de erro médico indenizável.** 6. CONDUTAS DOS MÉDICOS. Culpa de um dos médicos não comprovada. Contudo, o atendimento prestado pelo outro se mostrou evidentemente falho, desidioso e negligente, com respaldo em perícia técnica judicial. Dever indenizatório configurado. 7. LIMITES DOS EMBARGOS INFRINGENTES. Os recorrentes postularam em caso de manutenção dos votos vencedores, a redução do quantum indenizatório, alteração do marco inicial dos juros de mora, afastamento de pensionamento mensal, dentre outros. Porém, os embargos infringentes se limitam à divergência entre voto vencido e vencedor. Prejudicada a análise. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL AFASTADA. UNÂNIME. **POR MAIORIA REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DOS MÉDICOS, CO-DEMANDADOS.** NO MÉRITO, POR MAIORIA, PROVIDO APENAS OS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS POR JOÃO OSCAR FURST, DESPROVENDO-SE OS DEMAIS. (Embargos Infringentes Nº 70055614200, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 21/03/2014).(grifei).

4. CONCLUSÕES

O presente trabalho permite que se aponte algumas questões, a título conclusivo, sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, sob a peculiaridade de se veicular ação indenizatória diretamente contra o agente público.

A dimensão das atividades desempenhadas pelo Estado, cada vez mais ampliada, tem implicações direta no âmbito da reparação civil do Estado, em especial com o advento da redação do § 6º do artigo 37º da Constituição Federal de 1988, que expressamente incluiu as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços público.

A pessoa jurídica é representada, de forma ativa e passiva, na prática de atos pelos seus órgãos, através dos quais é manifestada a sua vontade ou exercidas as suas atividades. Como consequência, a prática de tais atos pelos agentes ou prepostos da pessoa jurídica, que nessa qualidade e no exercício de suas atividades regulares pode gerar danos a terceiros, dando ensejo a responsabilidade extracontratual, independentemente da outorga específica de poderes àqueles.

Nesse contexto, aponta-se a relevância do tema da responsabilidade extracontratual do Estado, regulamentado no ordenamento constitucional brasileiro desde a Constituição Federal de 1824. Contudo, fizeram-se necessárias modificações e adequações normativas, não havendo, até o presente momento, pacificação, tanto na doutrina, como na jurisprudência sobre a questão específica da legitimidade passiva do agente público causador do dano em ação reparatória.

Da divergência posta, pode-se concluir que ambas as correntes ponderaram a proteção ao lesado, consequência lógica da responsabilidade objetiva do Estado, sob o viés de que todos devem suportar os prejuízos advindos das ações estatais. Quanto às diferenças, aponta-se primordialmente a questão da interpretação da regra entabulada no artigo constitucional (artigo 37, §6º): enquanto a posição capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal encontra guarida na teoria do órgão, na qual se preconiza que a atuação do agente público está atrelada à vontade do Estado, a outra vertente enfatiza a

questão da facultatividade quanto, à opção para o ajuizamento da ação de reparação civil.

Pode-se ainda cogitar que a introdução no ordenamento constitucional brasileiro, através da Constituição Federal de 1946, da ação regressiva, juntamente com a responsabilidade objetiva do Estado, com o conseqüente abandono da teoria da solidariedade, tenha servido de vetor para a oscilação dos entendimentos acerca da possibilidade de o agente público ser diretamente acionado em ação de reparação de danos.

No que tange a persistência das controvérsias, vislumbra-se que, não obstante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal e detentor da competência para dar a interpretação definitiva acerca das normas constitucionais, tenha posição até então consagrada sobre a questão, ainda que não oriunda do Pleno, com fundamento na teoria da dupla garantia, não se tem a segurança jurídica almejada, na medida em que essa é objeto de resistência e críticas do Superior Tribunal de Justiça.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRAGA NETTO, Felipe P., **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Lei Nº 4.619, De 28 De Abril De 1965. **Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4619.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, **Constituição Política Do Imperio Do Brazil (De 25 De Março De 1824)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 24 De Fevereiro De 1891)**. Disponível em. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, Lei Nº 221, De 20 De Novembro De 1894. **Planalto**. Disponível em. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL Lei Nº 3.071, De 1º De Janeiro De 1916. **Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, Lei Nº 10.406, De 10 De Janeiro De 2002. **Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 03 abril 2017.

BRASIL, Emenda Constitucional Nº 1, De 17 De Outubro De 1969. **Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 03 abril 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos. In FREITAS, Juarez (organizador), **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, MARIA HELENA. **Teoria geral do direito civil**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS, Juarez (organizador). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Vol. IV. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

JÚNIOR, José Cretella. **Direito administrativo brasileiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JÚNIOR, José Cretella. **O estado e a obrigação de indenizar**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Pontes, **Comentários à constituição de 1946**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967-1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. Tomo I. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.