

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DUAS FACES DA MESMA MOEDA: NEXO FUNCIONAL E NEXO CAUSAL

CAMILA MORAIS SILVA

RIO DE JANEIRO

2024

CAMILA MORAIS SILVA

DUAS FACES DA MESMA MOEDA: NEXO FUNCIONAL E NEXO CAUSAL

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Fabio Correa Souza De Oliveira

RIO DE JANEIRO

2024

CIP - Catalogação na Publicação

M827d Morais Silva, Camila
DUAS FACES DA MESMA MOEDA: NEXO FUNCIONAL E NEXO
CAUSAL / Camila Morais Silva. -- Rio de Janeiro,
2024.
42 f.

Orientadora: Fábio Correa Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Responsabilidade civil objetiva do Estado. 2.
Nexo funcional. 3. Nexo causal. 4. Responsabilidade
do Estado. I. Correa Souza de Oliveira, Fábio,
orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente meus pais que sempre me apoiaram nos estudos, pois não tiveram a oportunidade de trilhar o mesmo caminho que o meu, como a realidade da maioria da população. Meus pais não tiveram a possibilidade de se qualificarem institucionalmente, não chegando ao sexto ano do ensino fundamental.

O meu pai, jovem que nasceu do Norte para a cidade grande, desceu da Paraíba para o Rio de Janeiro, trabalhou e se empenhou em toda a sua vida como pedreiro e porteiro de um prédio durante 34 anos de sua vida, e quando foi buscar seus direitos junto a justiça do trabalho, não conseguiu.

Esse fato mencionado reverberou por toda a minha adolescência e fez com que eu entrasse em uma faculdade de Direito e me especializasse especialmente em direito do trabalho, apesar de nutrir um grande afeto por direito administrativo. Devo muito ao meu pai, pois a sabedoria na vida na maioria das vezes é a melhor resposta para todas as situações, e com ele aprendo diariamente sobre esta lição.

Minha mãe saiu de Minas Gerais aos 16 anos, pois os pais morreram e ela era a irmã mais velha, com isso veio para o Rio de Janeiro e trabalhou como empregada doméstica durante toda a sua vida. Possui a garra e a força de uma mulher que me inspira e me faz ser melhor a cada dia.

Por fim, eu gostaria de dizer que estou abrindo caminho não só para a minha vida, bem como a de meus sobrinhos, irmãos e meus pais, pois o que estou a fazer é tornar possível na vida de cada um o sonho de se formar em uma faculdade pública.

Muitos colocaram o pé na lama para eu estar onde estou hoje e nunca esquecerei do quanto me ajudaram, principalmente a minha mãe que me levava em sebos de livro desde pequena para comprar desde literatura até livros de geologia.

Termino essa faculdade como um testamento que deixarei para a geração adiante da minha família, é com muita gratidão que termino este ciclo grandioso que foi a faculdade de direito, em uma autarquia referência em todo o Brasil.

*“O jogador que arrisca no cassino todo o seu patrimônio age de forma imprudente; quando se trata não do seu patrimônio, mas do de outro, age de forma criminosa; quando é pai de família, sua ação é irresponsável, mesmo que se trate de bens próprios e independentemente do fato de ganhar ou perder. **O exemplo nos mostra que só pode agir irresponsavelmente quem assume responsabilidades.** (...) O exercício do poder sem a observação do dever é, então, “irresponsável”, ou seja, representa uma quebra da relação de confiança presente na responsabilidade”*

Hans Jonas

RESUMO

Para configuração da responsabilidade civil do Estado, dois são os elementos mais controvertidos: o nexo causal e o nexo funcional, o primeiro, apesar das divergências existentes, há inúmeras fontes acerca do tema, tais como doutrinas, artigos e precedentes. Quanto ao segundo, além de haver pouca produção acadêmica, doutrinária e jurisprudencial a respeito, existem inúmeras controvérsias a serem demonstradas, sendo o objetivo da presente pesquisa descritiva demonstrar a controvérsia a respeito dos requisitos para a configuração do nexo funcional. A pesquisa é norteada com base em três critérios, o causal (se o agente militar se apropriou da função para cometer um ato lesivo), o finalístico (se estava agindo em prol de interesse próprio ou particular, mesmo de difícil delimitação) e o temporal (se o agente estava agindo no expediente ou fora deste). Para que se atinja o objetivo desta pesquisa, demonstraremos as inúmeras controvérsias a respeito do tema na seara forense, através de jurisprudências que demonstram a dificuldade de configuração de um nexo funcional, bem como o viés doutrinário e a produção acadêmica a respeito do tema. Por fim, pretende-se, então, demonstrar que o nexo funcional, tal como o nexo causal, deve ser averiguado em abstrato e a priori, o que levaria a se adotar o critério causal com algumas ponderações.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil; Estado; arma de fogo, nexo causal, nexo funcional, agente público, arma particular, arma da corporação.

ABSTRACT

In order to establish the civil liability of the State, there are two most controversial elements: the causal link and the functional link. Despite the existing divergences, there are numerous sources on the subject of the first, such as doctrines, articles and precedents. As for the second, in addition to there being little academic, doctrinal and jurisprudential production on the subject, there are numerous controversies to be demonstrated. The objective of this descriptive research is to demonstrate the controversy regarding the requirements for establishing the functional link. The research is guided by three criteria: the causal (whether the military agent appropriated the function to commit a harmful act), the finalistic (whether he was acting in his own or private interest, even if it is difficult to delimit) and the temporal (whether the agent was acting on or off duty). In order to achieve the objective of this research, we will demonstrate the numerous controversies regarding the subject in the legal field, through case law that demonstrates the difficulty of establishing a functional nexus, as well as the doctrinal bias and academic production regarding the subject. Finally, we intend to demonstrate that the functional nexus, like the causal nexus, must be investigated in the abstract and a priori, which would lead to the adoption of the causal criterion with some considerations.

Key words: Civil liability; State; firearm, couple nexus, functional nexus, public agent, private weapon, corporate weapon.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
1.1.	Objeto e motivo da pesquisa	9
1.2.	Método e objetivos da pesquisa	11
2	POR QUAIS MOTIVOS UM ESTADO DEVE SER CIVILMENTE RESPONSÁVEL POR DANOS DECORRENTES DE ATOS ADMINISTRATIVOS?	13
2.1.	Considerações iniciais	13
2.2.	Princípio da legalidade	15
2.3.	Princípio da solidariedade	16
3	QUAIS SÃO OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DE SEUS AGENTES?.....	17
4	O QUE É NEXO FUNCIONAL?	26
4.1.	Primeira tentativa de conceituação	26
4.2.	Divergências doutrinárias	28
4.2.	Divergências jurisprudenciais	Erro! Indicador não definido.
5	QUAIS SÃO AS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DE CADA UM DOS POSSÍVEIS CRITÉRIOS DE NEXO FUNCIONAL?	34
6	NEXO FUNCIONAL E NEXO CAUSAL: DUAS FACES DA MESMA MOEDA	36
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

1.1. Objeto e motivo da pesquisa

Conforme artigo 37, §6º, da Constituição Federal, para configuração da responsabilidade civil do Estado por atos administrativos ou apenas responsabilidade civil da Administração Pública, bastam apenas quatro elementos: a) conduta; b) dano juridicamente indenizável; c) nexo de causalidade entre este e aquele; e d) nexo funcional ou qualidade funcional de agente público por parte daquele que praticou a conduta, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Nada obstante, acerca do dispositivo constitucional, é inegável que há diversas controvérsias, dentre as quais os requisitos para a configuração do nexo causal entre o dano suportado por um particular e a conduta realizada por um agente público. Porém, sobre esse tema, já existem infindáveis teorias, doutrinas, obras e artigos acadêmicos.

Por outro lado, embora igualmente controvertido, o nexo funcional ou a qualidade funcional não tem sido objeto de estudos doutrinários na mesma proporção, sendo certo que, na seara forense, não faltam hipóteses nas quais os tribunais pátrios divergem sobre ter sido o dano causado por uma pessoa natural na condição de particular ou por uma pessoa natural na qualidade de agente público.

É certo que boa parte dos casos não carece de maiores explicações, sendo indubitável a qualidade de agente público. Porém, isso ocorre tão somente nas hipóteses em que qualquer interpretação hermenêutica extraída da expressão constituinte “nessa qualidade” leva à mesma conclusão. Estando o agente lesivo no exercício do cargo público, em horário de serviço, sem

envolvimento particular e tendo se valido da função pública, não há quaisquer dúvidas sobre a configuração do nexo funcional.

Como exemplo, é possível citar os danos decorrentes da atuação de policiais militares durante as operações policiais: os agentes públicos, ou mais especificamente os agentes militares, estão fardados, utilizando-se da função através de armas da corporação, estão de serviço e prestando serviço público, afinal as operações policiais são prestadas em prol do interesse público, e não de interesse particular de agentes militares específicos.

Contudo, as controvérsias surgem assim que é necessário definir uma dentre as possíveis hipóteses interpretativas da expressão constituinte “nessa qualidade” ou um dos sentidos do conceito nexo funcional. Para perceber isso, basta subtrairmos do exemplo acima um dos elementos. Em outras palavras, imagina-se a hipótese em que o agente militar, fardado, usando arma da corporação e de serviço, encontra um desafeto na rua e o agride ou o mata.

Nota-se que, assim como na hipótese acima, i) há relevância causal da função pública para o dano, já que certamente não teria realizado a conduta lesiva se não estivesse fardado e utilizando-se de arma da corporação a que pertence; e ii) o agente militar está de serviço. A única diferença deriva da ausência de finalidade pública na conduta do agente. E, nada obstante, já nesse caso, é possível, desde logo, argumentar que inexistente responsabilidade civil do Estado pela ausência de nexo funcional, uma vez que o agente público não estava atuando em prol do interesse público, mas por uma questão particular.

Se ainda for subtraído mais um dos elementos, qual seja, o fato de o agente militar estar de serviço, é possível encontrar decisões divergentes, embora cada vez mais a jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, esteja também abarcando, dentro do conceito de nexo funcional, casos nos quais o agente portava arma de fogo da corporação, ainda que fora de serviço e sem estar desempenhando serviço para o interesse público.

Nessa esteira, parte-se do pressuposto de que as controvérsias sobre os requisitos necessários para configuração do nexo funcional derivam, em primeiro lugar, da ausência de consenso acerca de qual interpretação hermenêutica, dentre as possíveis, deve se utilizar para a aplicação da norma constitucional à espécie concreta. Há relativa divergência sobre se o

constituente quando menciona “nessa qualidade” está a se referir a um critério temporal (se o agente lesivo estava ou não de serviço), a um critério finalístico (se o agente lesivo estava ou não agindo em prol do interesse público, tal como um agente público) ou a um critério causal (se a condição pública facilitou a prática do ato lesivo).

Ainda, ao lado destas controvérsias, denominadas de primeira ordem, subsistem controvérsias quanto à aplicabilidade do critério escolhido. Isto é, uma vez escolhido, ainda que de forma arbitrária, um dos três critérios possíveis acima mencionados, os julgadores se angustiam no momento da aplicação do critério ao caso.

Quando na aplicação do critério causal, não se tem certeza a expansão do seu alcance. Por exemplo, não se tem consenso jurisprudencial sobre se o mero porte de arma privada é suficiente para responsabilizar o Estado, ainda que a função pública tenha facilitado o porte. Ao se partir do critério temporal, também é possível se indagar se eventos lesivos desenvolvidos entre as horas *in itinere* estão abarcadas. E ainda, quando escolhido como critério a finalidade pública, incorre-se na tumultuada discussão acerca do que seria o interesse público.

A presente pesquisa surge, portanto, exatamente para expor e descrever as diversas controvérsias de primeira e segunda ordem acerca do nexos funcional, tendo como recorte principal os agentes militares devido ao número de casos lesivos envolvendo essa categoria.

1.2. Método e objetivos da pesquisa

Nesse passo, o principal objetivo da pesquisa é mapear as controvérsias de primeira e segunda ordem acerca dos requisitos necessários para configuração do nexos funcional do qual depende a responsabilidade civil do Estado.

Dessa forma, trata-se de pesquisa explicativa, mas, antes de mais nada, descritiva e exploratória. Pretende-se descrever, com o máximo possível de detalhes, o estado da arte sobre o assunto a partir de levantamento de precedentes e doutrinas, bem como expor as contradições internas e externas entre os precedentes e doutrinas, além de formular possíveis causas para tanto.

Espera-se, assim, que o resultado da pesquisa possa, no mínimo, ser de grande utilidade para futuras pesquisas explicativas sobre o tema, tendo em vista a ausência de uma teoria geral e sistemática sobre o tema, qual como a falta de precedentes vinculantes firmados em sede de recursos repetitivos ou de repercussão geral pelos tribunais superiores.

Fato é que uma pesquisa explicativa, no presente momento, mostra-se relativamente inviável justamente pela ausência de interesse doutrinário e acadêmico sobre o assunto. Desse modo, a conclusão a que se chega ao fim do trabalho acerca da defesa do uso do critério causal encontra-se aberta e sensível a críticas.

A tese que será defendida surge, então, como um objetivo indireto do presente trabalho. Acredita-se que, ao longo da exposição, os critérios finalísticos e temporais venham gradualmente se mostrando frágeis e desvinculados da teoria do risco administrativo, que embasa a responsabilidade civil do Estado. Por consequência disso, também espera-se estipular certos limites ao uso do critério causal partindo-se de uma comparação com o uso da teoria da causalidade adequada em relação ao nexo causal.

Quanto à metodologia, objeto será analisado mediante levantamento exploratório das obras doutrinárias mais influentes e de precedentes. Embora não sejam intitulados como tais, os critérios funcional, finalístico e temporal serão extraídos justamente da pesquisa doutrinária, através da qual também já será possível antever as possíveis causas para as confusões que ocorrem na seara forense.

Para a seleção dos precedentes, optou-se por se restringir aos repositórios de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça estaduais. Isto pois nos órgãos jurisdicionais acima há uma maior predominância de casos de responsabilidade civil do Estado por ato de agente militar, tendo este recorte subjetivo sido realizado justamente por ser esta a categoria de agentes públicos que possuem maior potencial lesivo à integridade física dos administrados.

Afinal, sendo os agentes militares formados por Policiais Militares dos Estados e do Distrito Federal e por soldados das Forças Armadas, os entes acionados em eventual litígio

sobre o assunto são a União, os Estados e o Distrito Federal, os quais devem ser julgados, respectivamente, pela justiça federal e pela justiça comum, incluindo os Tribunais Superiores.

2 POR QUAIS MOTIVOS UM ESTADO DEVE SER CIVILMENTE RESPONSÁVEL POR DANOS DECORRENTES DE ATOS ADMINISTRATIVOS?

2.1. Considerações iniciais

Hoje, certamente ao andar-se pela rua e indagar-se a qualquer transeunte se é devida a responsabilidade do Estado em razão de um pedaço de concreto de uma obra pública cair na cabeça de um cidadão, a resposta por certo seria afirmativa. Algo como “*O Estado deve indenizar*” sairia de suas bocas.

Atualmente, um cidadão possui a intuição segundo a qual o Estado deve indenizar cidadãos caso estes tenham sido vítimas de um ato realizado por um agente público. Independentemente de uma compreensão técnica do direito de responsabilidade civil, essa noção provavelmente deriva da expectativa de que o Estado deve prestar benefícios aos cidadãos, e não o contrário, garantindo, p. ex., o bem-estar e a segurança da sociedade. Desse modo, caso a integridade física de um cidadão seja violada por ato próprio do Estado, deveria este, com maior razão ainda, responder por qualquer falha ou abuso cometido por seus agentes no exercício de suas funções. Nem sempre, porém, foi assim.

Quando do absolutismo, período histórico compreendido entre os séculos XVI e XIX, seria considerada absurda a ideia de que o Estado deveria ser penalizado por ato realizado pelos seus agentes. À época, vigorava a ideia de acordo com a qual *the king can do no wrong*. Afinal, o direito brota do Estado, o Estado quem o cria, de modo que não poderia o Estado realizar um ato contrário ao direito.

Além disso, no absolutismo, não havia a ideia de igualdade formal. Por consequência, a ideia segundo a qual o Monarca deve responder por atos de seus prepostos tal como um comerciante por ato de seus funcionários geraria um paradoxo. Isto porque se estaria dizendo que o Monarca deve ter o mesmo tratamento jurídico que um mero comerciante. Deve ser

punido tal como um comerciante, o que vai na contramão de todo o simbolismo e lógica de poder da época.

Foi somente então com o Estado de Direito que a noção segundo a qual o Estado deve ser civilmente responsável por seus atos ganhou força. Com o Estado de Direito, criou-se a ficção de acordo com a qual o Estado, enquanto sujeito de direito, também estaria dentro do direito, que também seria regulado pelo direito. O Estado, assim, deixaria de ser somente poder.

Assim como a teoria do Direito privado pressupõe originariamente que a personalidade jurídica do indivíduo precede lógica e cronologicamente o Direito objetivo, isto é, a ordem jurídica, assim também a teoria do Estado pressupõe que o Estado, enquanto unidade coletiva que aparece como sujeito de uma vontade e de uma atuação, é independente do Direito e até preexistente ao mesmo. Mas o Estado cumpre sua missão histórica -ensina-se - criando o Direito, o “seu” Direito, a ordem jurídica objetiva, para depois se submeter ele próprio a ela, quer dizer: para se obrigar e se atribuir direitos através do seu próprio Direito. Assim o Estado é, como entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso, macro – ánthropos o organismo social, pressuposto do Direito, e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos. (KELSEN, 1998, p. 315)

Nesses termos, Celso Antonio Bandeira de Mello ao defender que a responsabilidade civil do Estado possui ligação umbilical com a noção de Estado de Direito:

Perfilhamos ainda seu entendimento de que a ideia de República (*res publica*- coisa pública) traz consigo a noção de um regime institucionalizado, isto é, onde todas as autoridades são responsáveis, “onde não há sujeitos fora do Direito”. Procede inteiramente a ilação que daí extrai: se não há sujeitos fora do Direito, não sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável. Ser responsável implica responder por seus atos, ou seja, no caso de haver causado dano a alguém, impõe-se-lhe o dever de repará-lo. (MELLO, 2021, p. 947)

Costuma-se referir como *leading case* acerca da defesa da responsabilidade civil do Estado o famoso caso Blanco, como assim o faz Di Pietro:

(...) ocorrido em 1873: a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. (DI PIETRO, 2021, p. 811)

Irônico, por sinal, perceber que o primeiro caso histórico de responsabilidade civil do Estado se deu por ato administrativo realizado por agentes públicos com finalidades particulares, e não para consecução ou na atuação de seu dever funcional. Como se verá mais abaixo, este é um dos critérios para se averiguar se há ou não nexo funcional.

Seguindo adiante, fato é que, com o Estado de Direito, dois ideais ganharam força: o ideal da igualdade e o da legalidade. Embora a princípio pouco relacionados com o tema da responsabilidade civil do Estado, é justamente a partir da concepção de que todos estão submetidos à lei (legalidade), bem como de que todos são iguais perante a lei (igualdade), que surgem os dois fundamentos para se responsabilizar civilmente o Estado, respectivamente, por serviço público irregular e por serviço público que, embora regular, traga risco acima da média a uma parcela específica de administrado.

2.2. Princípio da legalidade

Pelo princípio da legalidade, entende-se que, se um particular não pode praticar ato contrário ao direito ou antijurídico, com maior razão ainda, não poderia um agente público praticar ato antijurídico em desfavor de terceiros, somente com embasamento. Conforme Celso Antônio Bandeira de Melo "o princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado é basilar para o Regime jurídico-administrativo"¹, por isso entende-se que a lei seria aplicável igualmente entre os particulares e pessoas jurídicas de direito público, aí incluindo os entes, sinterizados no conceito de Estado.

Não é por outra razão, então, que o princípio da legalidade só pode ser utilizado como fundamento para a responsabilidade civil do Estado quando houver ato faltoso, culpa administrativa, falta do serviço ou falha no serviço. Todas expressões que querem, de um modo ou de outro, dizer que o Estado deve ser responsável por um atuar equivocado, por um ato administrativo irregular, independentemente de ser possível, inclusive, individualizar qual dos agentes específicos realizou o ato. Basta que o serviço tenha sido defeituoso ou abusivo.

Na mesma linha, Flávia Bahia Martins defende que ““O Estado democrático de Direito (art. 1 caput) repousa sob o signo da legalidade, exposto no dispositivo sob comento em seu sentido material ou amplo. O princípio da legalidade, portanto, expressa a sujeição ou subordinação das pessoas, órgãos ou entidades às prescrições emanadas do legislativo, Executivo e judiciário”(BAHIA, 2011, p. 58)

MELLO, Celso Antonio Bandeira de - Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 26ª ed. 2009.

Para além disso, tendo em vista que a lei é para todos, consequentemente nenhum órgão do Estado pode agir de tal maneira que haja desconformidade com a lei, isto é, “consiste em que nenhum órgão do Estado pode tomar uma decisão individual que não seja conforme a uma disposição geral anteriormente dita” (FRAGA, 1968, p. 100).

Por fim e não menos óbvio, há situações que permitem a atuação do administrador, sem, no entanto, haver disposição de lei. Tal como as edições de medidas provisórias, as situações de estado de defesa e de estado de sítio, mas este projeto não tem por fim destrinchar estas circunstâncias.

2.3. Princípio da igualdade

Situação bem distinta se dá nos casos em que o princípio da igualdade é utilizado como fundamento para o dever de indenizar do Estado. Aqui, não se trata de um serviço público irregular tampouco abusivo. A ideia, na verdade, é que o Estado deve responder, mesmo tendo sido o serviço público prestado regularmente, quando a sua prestação gerar danos específicos a uma parcela específica de cidadãos, que, sendo iguais a todos, merecem igual consideração e respeito, de modo que devem ser reparados pelos ônus reflexos do serviço público.

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário. (DI PIETRO, 2021, p. 810)

Nessa ordem de ideias, surge-se então a responsabilidade objetiva da administração pública, a qual prescinde do elemento culpa ou antijuridicidade, para a sua configuração. Neste caso, mesmo que o serviço público seja executado de maneira regular, é constatada a

responsabilidade objetiva do Estado, a título de exemplo, quando uma usina nuclear² é estabelecida em um local específico, submetendo os moradores próximos a um risco acima da média de sofrer um dano nuclear.

Assim, caso este dano venha a ocorrer, nada mais lógico que os moradores sejam reparados na maior medida possível pelo Estado, que usará do erário público, logo, da contribuição comum de todos os cidadãos. Ocorre, então, a socialização do risco. Aliás, é por essa razão que se costuma chamar tal princípio de solidariedade, em vez de igualdade. Também por esses motivos que se cunhou a conhecida teoria do risco administrativo.

Segundo Nelson Nery Júnior, o princípio de igualdade significa, “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”, portanto se uma parcela da sociedade sofrer um dano, é dever do Estado equiparar os prejuízos a todos, pois não poderá este grupo arcar com o ônus sozinho, ferindo o princípio de igualdade.

3 QUAIS SÃO OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS DE SEUS AGENTES?

Entendidos os fundamentos com base nos quais pouco a pouco os ordenamentos jurídicos introduziram a responsabilidade civil do Estado, cabe agora lançar mão de breves comentários acerca dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil do Estado. Diferentemente dos fundamentos, que explicam a razão de ser da responsabilidade civil do Estado, os requisitos descrevem o conjunto de condições necessárias para aquela se configurar.

² Embora a autora saiba que a doutrina e a jurisprudência costumam classificar a hipótese constitucional de responsabilidade civil do Estado por danos nucleares dentro da teoria do risco integral (art. 21, XXIII, ‘d’, CF), fato é que, para os fins da presente, é irrelevante tal subdivisão, eis que ainda se trata do gênero teoria do risco, cujo fundamento comum a todos as espécies é o princípio da igualdade.

Sem adentrarmos em outras subdivisões, irrelevantes para os propósitos da presente, o ordenamento jurídico brasileiro admite basicamente dois regimes de responsabilidade civil: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

Prevista no art. 927, *caput*, do Código Civil, a responsabilidade civil subjetiva depende da culpa, além da existência de uma (i) conduta, de um (ii) dano e do (iii) nexo causal entre a conduta e o dano. A existência da culpa ou antijuridicidade surge, então, como elemento distintivo entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva, a qual prescinde de ato contrário ao direito ou ato culposo³.

O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916) manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu artigo 927, artigo 931 e outros, como haveremos de ver. (CAVALIERI, 2015, p.34).

A responsabilidade civil do Estado, porém, situa-se exatamente no campo da responsabilidade civil objetiva. Afinal, tanto o preceito constitucional supramencionado (art. 37, §6º, da Constituição Federal), quanto o dispositivo legal (art. 43 do Código Civil), dispensam o elemento culpa para configuração da responsabilidade civil do Estado. O importante é haver nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido por um particular. A culpa somente é necessária para fins de ação de regresso da Fazenda Pública em face do agente público desidioso.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos

³ Vale aqui, inclusive, salientar que, para os fins deste trabalho, os termos culpa e ilicitude serão tratados como sinônimos, eis que sua eventual e discutível diferenciação por parte da doutrina não terá relevância.

Particularmente, entende-se que não há como existir um ato culposos *lato sensu* que não seja antijurídico, isto é, que não seja contrário ao direito e consequentemente ilícito. O juízo de culpa acaba por em última instância depender da contrariedade ao direito, ainda que nem sempre um ato culposos seja ilícito devido à eventual ausência de imputabilidade.

a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Para além disto, é de entendimento quase incontroverso pela jurisprudência brasileira que a responsabilidade civil do estado é objetiva.⁴

Atualmente, é pacífico, no ordenamento jurídico brasileiro e na doutrina comparada e jurisprudência, a responsabilização do ente público pelos danos que seus agentes causam a particulares, nessa qualidade. O surgimento e a evolução do Estado de Direito faz nascer a ideia de que a Administração Pública se submete ao direito posto, assim como os demais sujeitos de direitos da sociedade. (CARVALHO, 2017. P 337)

Por mais, é claro, que exista condições em que a responsabilidade subjetiva do Estado pode vir à tona, como por exemplo no caso de má execução de uma obra em que a empreiteira é contratada pelo Estado. Neste caso, a configuração da culpa do Estado só incidirá mediante a comprovação de que este foi omissor em suas fiscalizações e, haverá responsabilidade subjetiva do estado. Mas este não será o foco da presente dissertação.⁵

A respeito da prescindibilidade do elemento culpa para a responsabilidade civil do Estado, Rosenvald et al:

O Brasil, desde 1946, adota, em relação à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo. O que significa, em essência, que o Estado responde sem culpa, porém fica livre de responsabilização se conseguir demonstrar que não existe nexo causal entre o dano e a ação ou omissão imputada a ele (em outras palavras, o Estado não indeniza se provar: [a] culpa exclusiva da vítima; ou [b] caso fortuito ou força maior). (ROSENVALD ET AL, 2021, p. 684)

O trecho supracitado já demonstra, inclusive, como, ao prescindir de culpa, a responsabilidade civil do Estado só pode ser geralmente afastada caso reste demonstrada alguma excludente do nexo causal. Isto porque as excludentes do nexo causal são excludentes da responsabilidade civil. Um agente, seja ele qual for, só pode ser civilmente responsável caso a sua conduta tenha relação com o dano sofrido pelo terceiro.

⁴ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

É exatamente por essa razão que o nexo causal é o requisito mais trabalhado pela doutrina. Os demais requisitos clássicos, dano, conduta e culpa, apesar de também terem suas controvérsias, inegavelmente são mais autoexplicativos. Senão, vejamos.

Há uma concepção mais ou menos consensual sobre o que é o dano, isto é, de que dano digno de reparação é só aquele reprovado juridicamente como anormal. Se um aluno é reprovado em uma matéria na sua faculdade pública e se entristece com seu desempenho, a autarquia não tem o dever de indenizá-lo. Antes de qualquer indagação acerca da aplicabilidade da excludente do nexo causal fato exclusivo da vítima, fato é que este é um dano comum à vida.

Do mesmo modo, não há grande discussão sobre o que seria, para fins de responsabilidade civil, conduta. Este conceito é interpretado, para fins cíveis, do modo mais aberto possível. Inclusive, prefere-se o termo conduta, em vez de ação, na medida em que a conduta pode ser tanto omissiva ou comissiva. Por sinal, no caso da conduta omissiva, a responsabilidade civil é sempre subjetiva, ainda que se trate de responsabilidade civil do Estado. Para se aferir se alguém foi omissivo, incluindo o Estado, deve se provar que faltou com algum dever específico de cuidado, motivo pelo qual há que se falar de culpa.

Quanto à culpa, a discussão na seara civil hoje já não é das maiores. E isto por um motivo muito simples: o conceito de culpa pouco a pouco foi abstraindo-se, sendo averiguada a culpa através de um padrão geral de conduta, esperado socialmente. Dito doutro modo, não mais se discute, para fins cíveis, se o indivíduo foi culposamente de acordo com sua concepção individual, seus valores etc. tampouco se a conduta era moralmente reprovável. Basta que tenha havido uma assimetria entre a expectativa socialmente criada e a conduta realizada pelo agente.

Por exemplo, devido ao rompimento com sua então esposa depois de anos, pode um médico da rede pública de saúde acabar, ainda emocionalmente abalado, realizando equivocadamente um procedimento cirúrgico. Ora, em tal hipótese, julgá-lo moralmente é difícil. Dizer, porém, que o Estado deve ser responsável pela falha cometida (serviço defeituoso) é inegável.

A questão, como mencionado acima, é bem diversa quando se está discutindo a existência do nexo causal ou não. É até por isso que existem diversas teorias para se definir o que é nexo causal para fins de responsabilidade civil. E isto porque, no fim do dia, tudo é causa de tudo. Se Caio discute com Mévio, deixando-o abalado, e este, ao atravessar a rua, acaba não olhando para os lados e é atropelado, ninguém discute que a discussão provocada por Caio é inegavelmente uma das causas para o acidente. Causa natural ou naturalística, sim. Mas, ainda assim, causa. E é justamente aí que mora toda a controvérsia do nexo causal.

O nexo causal é, com efeito, para boa parte da doutrina, o “mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado” (PEREIRA, 2016, p. 105). Para isso, consolidou-se cronologicamente como primeira teoria do nexo causal a denominada teoria da equivalência das condições, do século XIX. A partir dela, como o próprio título já indica, todas os eventos que foram condições para um evento se equivalem, não se perquirindo qualquer diferença entre elas.

De acordo com esta teoria, entende-se que o dano não teria ocorrido se não existisse cada uma das condições que foram identificadas anteriormente ao resultado danoso (*conditio sine qua non*). Não se considera a maior ou a menor proximidade ou importância de todas as condições das quais dependeram a produção do resultado, haja vista que todas são reputadas, para fins de responsabilidade, equivalentes. (TEPEDINO ET AL, 2020, p.151)

Dessa forma, é interessante perceber como a análise do caso dá-se em concreto e por um juízo a posteriori. Depois de consumado o dano, o intérprete somente analisa quais os eventos anteriores a ele que, caso excluídos, evitariam o dano. Não se faz qualquer juízo de valor, isto é, qualquer juízo derivado do dever ser, parte-se apenas de juízos fáticos, do ser, ignorando a própria essência do direito.

Uma vez conhecido o princípio da causalidade, ele torna-se também aplicável à conduta humana. A Psicologia, a Etnologia, a História, a Sociologia são ciências que têm por objeto a conduta humana na medida em que ela é determinada através de leis causais, isto é, na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural. Quando uma ciência é designada como ciência social por se dirigir à conduta recíproca entre os homens, uma tal ciência social, na medida em procura explicar causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais como a Física, a Biologia ou a Psicologia. (...) Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação; ciências que não descrevem como se processa a conduta humana determinada por leis causais, no domínio da realidade natural, mas como ela, determinada por normas positivas, se deve processar. Se o domínio considerado por estas ciências é contraposto, como uma esfera de valores, à esfera da realidade natural, deve ter-se em conta que se trata de valores que

são constituídos por normas positivas (...). Ciências sociais deste tipo são a Ética, isto é a ciência da Moral, e a Jurisprudência, ciência do Direito. (KELSEN, *ibidem*, p. 96)

Não demorou, então, para doutrina logo perceber que importar um raciocínio próprio das ciências causais para o direito, ciência normativa, geraria consequências práticas paradoxais.

A crítica que se faz a esta teoria funda-se na ilimitada ampliação da cadeia causal, em infinita espiral de concausas, por ela gerada, de maneira a imputar a um sem número de agentes o dever de reparar, levando a exageros inaceitáveis e soluções injustas.¹¹ Nesta direção, afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade. (TEPEDINO ET AL, *ibidem*)

Este ponto, inclusive, como espera se demonstrar mais a frente, será de grande valia para discussão acerca dos critérios de definição do nexos funcional. Fato é que a teoria da equivalência das condições foi suplantada pela teoria da causalidade adequada, consideravelmente mais normativa do que aquela: *“a teoria da causalidade adequada remete a um refinamento científico, pois acresce uma análise jurídica da causalidade, e não mais meramente natural”* (ROSENVALD, 2024, p. 1621).

Não se exclui a etapa de análise acerca das condições históricas que levaram, direta ou indiretamente, ao dano. Porém, a análise não se encerra aí. Sofistica-se a análise. Passa-se, então, a um duplo exame da questão, avaliando quais dessas condições já tinham em abstrato, antes do evento concreto, potencial para gerá-lo. *“Ela se serve de presunções, baseadas em probabilidade e previsibilidade.”* (ROSENVALD, *ibidem*)

Apesar de ou justamente por ser mais sofisticada, a teoria da causalidade até hoje não é um consenso entre os ordenamentos jurídicos. Como principal crítica, a doutrina costuma apontar que os conceitos de previsibilidade ou probabilidade são extremamente abertos. É necessário estabelecer limites ulteriores, tal como a partir de qual ponto de vista deve ser observado a probabilidade. Dito doutra forma, o magistrado deve levar em consideração apenas fatores de conhecimento do agente, todos os fatores existentes ou apenas fatores publicamente conhecidos para definir se o dano y seria provavelmente causado pela conduta x?

Acerca deste ponto, um exemplo basta para explicar a controvérsia de segunda ordem. Tome-se como hipótese uma abordagem policial realizada em um senhor, que embora não aparente, já tenha lá seus 70 (setenta) anos idade, bem como possua pressão alta. A princípio,

o simples fato de um policial militar empunhar desnecessariamente seu revólver contra um cidadão para revistá-lo não possui como consequência provável que o cidadão terá um infarto. É, porém, possível que isso aconteça. Não é provável caso se considerem apenas fatores de conhecimentos de todos. Também não é provável caso se considerem apenas fatores de conhecimento do agente. É, porém, provável caso se considerem todos os fatores, incluindo os ocultos, como a pressão alta e a idade avançada do senhor.

Interessante perceber, com efeito, como, mesmo adotando-se uma teoria do nexo causal, não se estancam as discussões. Surgem, logo em seguida, as discussões de segunda ordem, ou seja, acerca de quais limites ou como deve ser aplicada a teoria escolhida. Isto é exatamente o que ocorre também ao se escolher um dentre os possíveis critérios de definição do nexo funcional, como mais abaixo será demonstrado.

Enfim, diante dessas críticas à teoria da causalidade adequada, parte da doutrina vem regredindo em sofisticação, substituindo-a pela chamada teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal. Para tanto, inclusive, defendem que a teoria estaria supostamente prevista no Código Civil em seu 403.

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

Ocorre que o dispositivo sequer encontra-se topologicamente no título do Código Civil acerca da responsabilidade civil, ramo cuja regulação inicia-se no art. 927, bem como trata expressa e confessadamente de responsabilidade civil contratual. Na verdade, a responsabilidade civil contratual sequer integra propriamente o ramo da responsabilidade civil, sendo preferível tecnicamente inclui-la dentro dos ramos das obrigações e negócios jurídicos.

O inadimplemento corresponde ao descumprimento de um dever jurídico qualificado pela preexistência de relação obrigacional. Requer, portanto, um preceito individual unindo credor e devedor, vinculados a uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Na lógica da obrigação como processo, o inadimplemento corresponderá a uma indesejada etapa final na qual será alterado o conteúdo do vínculo. Substitui-se a prestação originária por uma obrigação sucessiva de indenizar. A responsabilidade negocial é examinada especialmente nos arts. 389 a 420 do Código Civil (Título IV, do Livro I, da Parte Especial). Já a responsabilidade civil em sentido restrito e técnico – extranegocial ou extraobrigacional –, requer o descumprimento de um dever genérico e universal de não causar danos. Não há agora intervenção direta em uma ordem de condutas preestabelecidas pela autonomia privada, mas tão somente a presença de um dever de indenizar, pelo qual se atribui a alguém a obrigação de suportar um dano sofrido por outrem. A violação do *neminem laedere* por qualquer

membro da comunidade se dá no instante em que o agente ofende situações existenciais e patrimoniais alheias, sem que esses danos tenham como causa a violação de deveres oriundos da autonomia privada. Daí se extrai a diversidade das fontes da obrigação de indenizar e, conseqüentemente, das diferentes eficácias dessas obrigações. (ROSENVOLD, *ibidem*, 1578)

A teoria importa inegavelmente em simplificação da discussão, bem como redução das hipóteses de configuração da responsabilidade civil, tudo em prol da segurança jurídica. Basicamente defende-se que causa relevante para fins de responsabilidade civil é apenas a causa imediatamente próxima à ocorrência do dano. Assim, se Mévio vende conscientemente uma vaca contaminada a Tício, que desconhece da doença e a insere em seu rebanho, e as 100 vacas de Tício são contaminadas e morrem, pela teoria do dano direto e imediato Mévio responderia apenas pela morte da vaca que vendeu. Já quanto à centena de vacas mortas, Mévio não responderia, afinal é um dano indireto, embora totalmente previsível e provável no caso.

Por essa e outras razões que a teoria do dano direto e imediato não é aplicada com rigor pelos Tribunais, cujos julgadores, sempre quando se veem diante de si um caso complexo, de dano indireto, acabam por utilizar-se da teoria da causalidade adequada, a mais normativa das teorias e justamente por isso mais sofisticada e complexa. A teoria do dano direto e imediato, assim como da equivalência das condições, é uma solução fácil e por isso só serve para casos fáceis.

São inúmeros os exemplos jurisprudências acerca da insuficiência da teoria do dano direto e imediato. Por questão de economia, cita-se, exemplificativamente, o próprio fato de que o Código Civil expressamente prevê espécie de dano indireto no título acerca da responsabilidade civil (art. 948, II, do Código Civil).

No entanto, o ressarcimento por danos reflexos era vastamente reconhecido pela jurisprudência para condenar também à prestação de alimentos o responsável por homicídio cuja vítima deixara alimentandos, hipótese que restou positivada no art. 948, II, do Código Civil, o qual prevê, no caso de homicídio, indenização consistente “na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. Trata-se, portanto, de hipótese de dano indireto ressarcível, haja vista que o dependente econômico da vítima de homicídio se torna vítima indireta do crime. (TEPEDINO et al, *ibidem*, p. 154)

Fato é que simplesmente não se justifica o abandono da teoria da causalidade adequada em especial quando os Tribunais vêm se esforçando cada vez mais para reparar a maior quantidade de danos, diretos ou indiretos. E isto justamente em razão da cada vez mais difundida aplicação da teoria do risco, ancorada no parágrafo único do art. 927.

Afinal, vivemos em “*sociedades de risco*”, como já previa Ulrich Beck em seu clássico livro do fim do século passado que dá nome àquela expressão.⁶ Agora, o acidente não é mais uma disfuncionalidade do sistema social, mas consequência do sucesso dele. Isto porque, com o avanço industrial, a própria sociedade cria dia após dia os riscos de que sofre atualmente, riscos estes que se difundem para todos os lados, como a recente pandemia do coronavírus, originada em laboratório, como apontam as principais teorias sobre o evento.⁷

A ideia, então, do legislador foi justamente responsabilizar todos os agentes que exercem atividades que geram risco caso alguém venha a ser lesado. Se uma sociedade empresária empreende uma atividade de risco, lucrando com esta, nada mais justo que, acaso esse risco se consume, venha a sociedade a ser condenada a indenizar a vítima. Do mesmo modo, se o Estado presta serviços públicos que apresentam risco à sociedade, como o policiamento ostensivo, nada mais justo que, acaso alguém venha a sofrer dos seus riscos colaterais, seja o Estado condenado a reparar a vítima.

A este respeito, inclusive, recentíssimo julgado do Supremo Tribunal Federal dentro da sistemática da repercussão geral. No Tema 1.237, o STF entendeu que é possível se responsabilizar o Estado por balas perdidas derivadas de operações policiais ainda que não seja possível comprovar pericialmente que o projétil saiu de uma arma empunhada por um agente policial. Este precedente obrigatório, inclusive, é interessante para demonstrar justamente o mencionado acima acerca da insuficiência da teoria do dano direito e imediato.

ARE 1385315 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. EDSON FACHIN
Julgamento: 11/04/2024 Publicação: 20/06/2024 ODS 16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ADMINISTRATIVO. OPERAÇÃO POLICIAL OU MILITAR EM COMUNIDADE. VÍTIMA POR DISPARO DE ARMA DE FOGO. ORIGEM DO DISPARO INCONCLUSIVA PELA PERÍCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. TEMA 1237. JULGAMENTO DE MÉRITO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO

⁶ Beck, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2ª edição. São Paulo: Editora 34. 2011.

⁷Como surgiu o novo coronavírus? Conheça as teorias mais aceitas sobre sua origem. Instituto Butantan, 2020. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/como-surgiu-o-novo-coronavirus-conheca-as-teorias-mais-aceitas-sobre-sua-origem> . Acesso em: 24/12/2024.

EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. 1.A responsabilidade da União está configurada mesmo diante da inconclusão da perícia quanto à origem do projétil. 2.Recurso extraordinário com agravo a que dá parcial provimento, para condenar somente a União ao pagamento da indenização no valor de R\$ 200.000,00 para cada um dos pais (Espólio de Edite Maria de Conceição e José Jerônimo de Albuquerque) e R\$ 100.000,00 para o irmão (Sidnei Conceição de Albuquerque), bem como ao ressarcimento pelas despesas com o funeral e a o pagamento de pensionamento vitalício, nos moldes requeridos na inicial. 3. O colegiado fixou a seguinte tese: “(i) O Estado é responsável, na esfera cível, por morte ou ferimento decorrente de operações de segurança pública, nos termos da Teoria do Risco Administrativo; (ii) é ônus probatório do ente federativo demonstrar eventuais excludentes de responsabilidade civil; (iii) a perícia inconclusiva sobre a origem de disparo fatal durante operações policiais e militares não é suficiente, por si só, para afastar a responsabilidade civil do Estado, por constituir elemento indiciário”. Tema 1237 - Responsabilidade estatal por morte de vítima de disparo de arma de fogo durante operações policiais ou militares em comunidade, em razão da perícia que determina a origem do disparo ser inconclusiva. Tese (i) O Estado é responsável, na esfera cível, por morte ou ferimento decorrente de operações de segurança pública, nos termos da Teoria do Risco Administrativo; (ii) É ônus probatório do ente federativo demonstrar eventuais excludentes de responsabilidade civil; (iii) A perícia inconclusiva sobre a origem de disparo fatal durante operações policiais e militares não é suficiente, por si só, para afastar a responsabilidade civil do Estado, por constituir elemento indiciário.

Assim, atualmente, as únicas teses defensivas utilizadas pela Fazenda Pública que são geralmente aceitas pelo judiciário consistem nas excludentes do nexo causal. As procuradorias procuram, ao longo da lide, demonstrar que o dano, na verdade, originou-se de um fato exclusivo da vítima, quem, exemplificativamente, teria falhado com algum dever de cuidado e caído da ponte pública. Quanto não é possível, recorrem então à tese de caso fortuito ou força maior, argumentando que o dano originou-se de um fato imprevisível e por isso inevitável (que o senhor no referido exemplo tinha pressão alta) ou que o dano foi causado por um terceiro (fato de terceiro), argumentando, por exemplo, que a bala perdida adveio de projéteis disparados por criminosos, e não pelos policiais.

Ocorre que, além dessa forma de defesa mais comum, a Fazenda Pública, por vezes, alega que não houve o nexo funcional, isto é, que a agente público, na verdade, embora tenha lesado um cidadão, não estava agindo na qualidade de agente público e por isso não poderia o o Estado ser responsável. É aqui que mora, então, a controvérsia objeto da presente pesquisa.

4 O QUE É NEXO FUNCIONAL?

4.1. Primeira tentativa de conceituação

O nexo funcional é um requisito específico da responsabilidade civil do Estado. Isto por que o Estado, aqui compreendidas pessoas jurídicas de direito público, são ficções, sem vida própria. O Estado do Rio de Janeiro não existe na realidade natural. Na verdade, o Estado do Rio de Janeiro é o conjunto de todos os seus órgãos, incluindo os agentes públicos individualmente considerados. Quando um policial militar age, é o Estado do Rio de Janeiro agindo. Com efeito, é justamente por essa razão que o nexo funcional é relevante para responsabilizar o Estado, o qual só poderá ser responsável se aquele agente tiver gerado o dano no desempenho da função pública, ou seja, enquanto órgão do Estado.

Aqui, não se pergunta se o dano derivou diretamente ou não da conduta de um agente público tampouco se houve dano reprovado juridicamente, mas se o agente público lesivo agiu na qualidade de agente público. Isto porque o constituinte expressamente prescreveu que o Estado só será responsável *“pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”*.

A dúvida aqui, então, é quem são os agentes públicos a que se referiu o constituinte, ou melhor dizendo, quem deve ser tido como tal partindo-se da teoria do risco administrativo que informa a responsabilidade civil do Estado. Antes mais nada, importa salientar que, diferentemente que foi a própria Constituição da República de 1988 que trouxe alargamento conceitual ao tema ao substituir a expressão funcionários públicos, presente na Constituição de 1967, pela expressão agente público.

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.

Ao se referir apenas a agentes públicos, o constituinte expressamente fez constar que, para responsabilidade civil do Estado, não é necessário estatutário com a administração. Qualquer que seja a natureza desse vínculo, desde que esteja atuando em favor do Estado, deve o Estado ser responsável. Com isso, até um mesário pode dar causa à responsabilidade civil do Estado, embora se trate de vínculo precário e provisório.

“Desse modo, policiais (civis ou militares), médicos de hospitais públicos ou postos de saúde, professores de escolas públicas, mesários a serviço da Justiça Eleitoral, servidores administrativos de tribunais, enfim, poderíamos citar centenas de funções que se encaixam na fórmula constitucional dos agentes públicos.” (ROSENVALD et al, *ibidem*, p. 691)

Até mesmo terceirizados podem ser considerados como agentes públicos para fins de responsabilidade civil

Assim, o sentido do vocábulo é o mais amplo possível, abrangendo as categorias de agentes políticos, administrativos (estatutários ou contratados) e até particulares em colaboração com a administração (é o caso dos mesários convocados pela Justiça Eleitoral), bem como os estagiários, terceirizados e até agentes voluntários.⁸

É também por isso que o nexo funcional tem cada vez mais sido ponto de discussão relevante nos processos, eis que é o único fator possível capaz de afastar a condição de agente público do agente lesivo. Se sobram agentes públicos, nem sempre estes atuam, quando da lesão a alguém, na qualidade de agente público.

Se um policial militar, indignado pela traição de sua esposa, mata o vizinho amante com uma faca durante o período de folga, não pode o Estado ser responsável na medida em que, na hipótese, não subsiste um único fator de ligação entre o ato e a qualidade de agente público. O dano foi praticado durante a folga, o militar estava sem arma ou farda da corporação, bem como o homicídio, obviamente, não foi causado em prol do interesse público. Se, porém, acrescentarmos um único fator de ligação, já surgem inúmeras controvérsias. Imaginemos, por exemplo, que o policial militar matou o vizinho com uma arma de fogo.

4.2. Divergências doutrinárias e jurisprudências

Doutrinariamente, não é difícil encontrar quem defenda que, ainda nessa hipótese, o Estado não deve responder. José Carlos Barbosa Moreira, em julgado paradigmático sobre o tema, votou pelo desprovimento da apelação nº 36.075 (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) interposta pelos parentes de menino de onze anos morto em decorrência de um disparo efetuado por um policial militar que havia deixado o serviço e estava voltando para o edifício em que morava, onde o menino brincava.

À época, alinhavou o então Desembargador e até hoje influente doutrinador que “a pessoa jurídica de direito não público não responderá, se o dano houver sido causado pelo

⁸ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.88

funcionário em situação estranha ao serviço, de tal modo que o seu comportamento se equipare ao de um particular”.

De forma perspicaz, registrou que o simples fato de o policial militar estar fardado não teve qualquer relação com o trágico acontecimento. Vincular o uso da farda à responsabilidade civil do Estado incorreria, ato contínuo, em excluir-se a responsabilidade civil do Estado quando um policial estiver à paisana, o que não faz qualquer sentido. Do mesmo modo, salientou que o Policial estava usando uma arma particular. Porém, nada versou acerca da relevância da função pública para ter conseguido o porte de arma.

Hely Lopes Meirelles, a seu turno, parece defender visão mais aberta, com base na qual seria possível defender a responsabilização civil do Estado por acidente de trânsito causado por um motorista do Tribunal de Justiça que, após cumprido o serviço, conduz o veículo público até um bar, embriaga-se e, no trajeto do bar até sua casa, acaba colidindo o veículo público com um terceiro.

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.

O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha do agente público para a missão que lhe fora atribuída. Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins. (MEIRELLES, 1998, pp. 535-536)

Já no confronto entre a visão desses dois autores, é possível depreender diversas divergências. A questão agrava-se mais ainda quando se analisa a jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, possui precedentes no sentido de que a utilização de bem

público, arma da corporação por exemplo ou veículo, gera o nexo funcional, eis que a função pública estaria sendo relevante para o ato.

Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37 §6º). Policial militar, que, em seu período de folga e em trajes civis, efetua disparo com arma de fogo pertencente à sua corporação, causando a morte de pessoa inocente: reconhecimento, na espécie, de que o uso e o porte de arma de fogo pertencente à polícia militar eram vedados aos seus integrantes nos períodos de folga. Configuração mesmo assim, da responsabilidade civil objetiva do poder público. Precedente (RTJ 170/631). Pretensão do Estado de que se acha ausente, na espécie, o nexo de causalidade material, não obstante reconhecido pelo tribunal 'a quo', com apoio na apreciação soberana do conjunto probatório. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária. Precedentes específicos em tema de responsabilidade civil do estado. Acórdão recorrido que ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. RE conhecido e improvido. (RE 291.035/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

O vínculo com a função pública – nexo funcional – é estabelecido então com base na posse de arma da corporação ou veículo oficial, bem público disponibilizado em razão da função pública. Fala-se em oficialidade da conduta devido ao uso do bem relativo à função.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VEÍCULO OFICIAL. SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Responsabilidade pública que se caracteriza, na forma do § 6.º do art. 37 da Constituição Federal, ante danos que agentes do ente estatal, nessa qualidade, causarem a terceiros, não sendo exigível que o servidor tenha agido no exercício de suas funções. Precedente. Análise das circunstâncias fáticas do caso dos autos inviável por força da súmula em questão. Agravo desprovido. Decisão A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário. Unânime. 1ª. Turma, 14.05.2002. (RE 294440 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002)

A mesma corte possui, porém, precedente diametralmente diverso. Em 2008, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento a um recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo por meio do qual o ente público desejava a exclusão de sua responsabilidade. Para tanto, alegou, na forma do art. 102, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, que o acórdão recorrido do TJSP teria violado o art. 37, §6º, da Constituição, na medida em que condenou o ente público a responder por atos praticados por um policial militar que cometera feminicídio contra sua então namorada, a qual pretendia romper o relacionamento.

A princípio, tudo caminhava para que a Suprema Corte seguisse seus precedentes anteriores. O Min. Relator Carlos Ayres Britto defendeu o acórdão recorrido argumentando que, em que pese o agente lesivo não estar em serviço no momento dos fatos, bem como não estar no exercício de sua função pública, o policial utilizou-se de arma da corporação para matar a vítima (critério causal). Como *obiter dictum*, o Min. ainda salientou que o fato comprovara,

inclusive, que houve culpa *in eligendo* por parte do ente público ao ter entregue uma arma de fogo para uma pessoa sem prepara psicológico para isso.

Com efeito, no caso sob exame, não obstante o fato de o policial que efetuou o disparo não se encontrar no exercício de sua função pública, a arma utilizada era de propriedade do Poder Público e foi entregue ao policial em razão de seu cargo. Nessa contextura, a responsabilidade do Estado reside em ter fornecida a arma a um servidor sem equilíbrio psicológico ou freio moral para recebê-la. O Poder Público assume, com isso, o risco de vir a responder patrimonialmente pelos excessos cometidos. (RE 363423. Rel. Min. Carlos Ayres Brito, DJ 14.3.2008)

Contudo, em voto vista, o Min. Eros Grau destacou o fato de que o agente policial teria agido por interesses particulares (critério finalístico) e fora de serviço (critério temporal). Com base nessas peculiaridades, argumentou, então, que o agente não teria agido na qualidade de agente público, mas enquanto namorado traído, bem como que não houve ato administrativo, mas ato particular, sendo certo, segundo concluiu, que o Estado somente responderia por atos administrativos.

O texto constitucional exige, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, a existência de uma ação – ação administrativa –, ação praticada por agente público no exercício de suas funções – ato administrativo –, e o nexo de causalidade (= a atuação de agente público, no exercício de suas funções, causar dano ao particular).

(...)

Logo se vê, destarte, que o texto constitucional exige, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado, que a ação causadora do dano a terceiro tenha sido praticada por agente público, nessa qualidade; é imprescindível que o agente esteja no desempenho de seu cargo, emprego ou função pública no ente ou entidade a que está vinculado, apresentando-o. De modo que, a contrario sensu, o Estado não responde por dano causado por alguém que não seja seu agente ou que, embora o seja, não esteja, por ocasião do dano, no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público. A expressão “nessa qualidade”, inserida no §6º do art. 37 da Constituição de 1.988, está a definir que o Estado não pode ser responsabilizado senão quando o agente estatal estiver a exercer seu ofício ou função, ou a proceder como se estivesse a exercê-la. Se assim não for, o dano causado a terceiro não poderá ser imputado ao Estado – a responsabilidade pelos atos praticados em sua vida pessoal, mesmo por aquele que seja ou possa ser tido como agente público, será pessoal, acomodando-se ao disposto no quadro do Direito Civil.

O Min. Cezar Peluso, por sua vez, acompanhou a divergência, destacando que “*a Constituição só atribui ao Estado a responsabilidade que o agente causa a terceiro nessa qualidade!*”. Em mesmo sentido, o Min. Marco Aurélio argumentou que:

Peço vênia ao relator para conhecer do recurso e provê-lo. Entendo que se levou ao extremo, e de uma forma a extravasar o que se contém no §6º do art. 37 da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado, ao se assentar que estaria ele envolvido, tendo que indenizar a família da vítima, a partir da utilização da arma pelo

policial militar, muito embora este não estivesse em serviço e houvesse ido até a vítima cobrar não certa postura harmônica com a ordem jurídica, como ocorreu no precedente mencionado pelo ministro Carlos Britto e também pelo ministro Eros Grau, da lavra do ministro Carlos Velloso, mas cobrar o que não se cobra violência, com arma, que é o amor.

Nessa esteira, o Min. Presidente Sepúlveda Pertence também acompanhou o voto do Ministro Eros Grau. Assim, diante da divergência de todos os seus pares, o Min. Carlos Britto convenceu-se dos argumentos expostos e retificou seu voto, sendo provido por unanimidade o recurso extraordinário do Estado de São Paulo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO PERTENCENTE À CORPORAÇÃO. POLICIAL MILITAR EM PERÍODO DE FOLGA. Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de responsabilidade civil do Estado. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 363.423/SP, Primeira Turma, Min. Rel. Carlos Britto, DJ 14.3.2008)

Percebe-se, então, uma divergência dentro do Supremo Tribunal Federal acerca de qual critério se utilizar para averiguação do nexo funcional. Ainda que aparentemente prevaleça a opção pelo critério causal, há precedentes no sentido do critério finalístico, como demonstrado acima. Fato é que por uma interpretação literal, a expressão “*nessa qualidade*” tem mais ligação semântica com os critérios finalístico e temporal do que com o critério causal. Acaso parta do pressuposto segundo o qual o constituinte quis expressar sua intenção através do uso da referida expressão, a dificuldade de se defender o critério é grande. Se assim quisesse, o constituinte teria usado algo como *em razão da função pública*.

Fato é, porém, que o objeto da pesquisa não cinge em descobrir qual era a intenção do constituinte, acaso fosse a pesquisa seria histórica, e não bibliográfica. Aqui, pretende-se elaborar uma interpretação que pareça mais conforme com os conceitos gerais que informam a responsabilidade civil do Estado, partindo, então, da teoria do risco administrativo. Até porque não se deve interpretar a norma de acordo com o modo como o legislador queria que ela fosse interpretada.

Tal como um livro, ao ser publicado, torna-se um ser autônomo do escritor, assim também a norma ao ser positiva torna-se independente do legislador. E isso por uma questão muito simples: a realidade social é dinâmica, já o texto legal é estático, sendo certo que o direito deve acompanhar a sociedade, tarefa a que se prestam os tribunais e a doutrina. O legislador, enquanto humano, não é capaz de prever todas as hipóteses futuras de incidência da norma.

É, entretanto, importante considerar por que razão, excluída essa dependência da linguagem tal como realmente existe, como sua típica textura aberta, não devemos acalantar, nem mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sempre sido respondida antecipadamente, sem nunca envolver, no momento de sua aplicação real, uma nova escolha entre alternativas abertas. Em resumo, a necessidade dessa escola nos é imposta porque somos homens, e não deuses. É típico da condição humana (e também, portanto, da legislação) que labutemos com duas desvantagens interligadas sempre que procuramos regulamentar, antecipadamente e sem ambiguidade, alguma esfera de comportamento por meio de um padrão geral que possa ser usado sem orientação oficial posterior em ocasiões específicas. A primeira desvantagem é nossa relativa ignorância dos fatos; a segunda é a relativa imprecisão de nosso objetivo. (HART, 2009, p. 166)

Dessa forma, os exemplos citados, inclusive, são úteis para demonstrar como a preferência entre um ou outro critério, isto é, as divergências de primeira ordem, influenciam a conclusão alcançada.

Ao optarem pelo critério causal, acabam por concluir que haveria responsabilidade civil do Estado em feminicídio realizado por policial militar através de arma da corporação, eis que a utilização do bem público seria a prova da relevância causal da função pública para a ocorrência do dano. No entanto, ao optarem pelo critério finalístico, concluem pela ausência de responsabilidade civil do Estado nos mesmos pressupostos fáticos.

A divergência, porém, não acaba aí. Mesmo se partindo de um mesmo critério, é possível chegar a respostas distintas. Até o momento, foram expostos apenas exemplos nos quais a arma utilizada era da corporação. Contudo, é possível argumentar, por exemplo, que até mesmo se a arma for particular há nexo causal com a função pública e consequentemente nexo funcional. Isto porque o policial militar só teria porte à arma de fogo particular em decorrência da função pública.

Nesse sentido, precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco manteve a condenação do Estado de Pernambuco pela morte de um terceiro ocorrida durante a perseguição de um policial militar à paisana e portando arma particular contra um suposto meliante. O fundamento se deu tanto com base no critério finalístico quanto com base no critério causal:

O Estado de Pernambuco sustenta que somente as condutas dos agentes estatais que, nessa qualidade, provocarem danos a terceiros, o Estado poderá ser objetivamente responsabilizado. Aduz, ainda, que o Soldado Nilton César Ribeiro da Silva, realizador do disparo, estava de folga, em trajes civis, sem portar arma da corporação.

(...)

Nesse primeiro depoimento já é possível extrair a conclusão de que o Soldado Nilton César Ribeiro da Silva estava em perseguição ao suposto autor de crime na CEAGA. Ora, o ato de “perseguir” um meliante não condiz com condutas de civis, mas, em verdade, se aproxima das atividades ligadas à segurança pública, ou seja, o Soldado não estava agindo como um mero civil em atividades cotidianas.

(...)

Mais ainda, com a devida vênia, a afirmação de que o uso de arma particular e fora do desempenho da função excluiria a obrigação de indenizar do estado aproxima-se mais de um clichê jurídica, sem adentrar aos mínimos detalhes dos fatos e suas verdades.

Repita-se à exaustão, a condição de funcionário para a prática do ato. (TJPE 0021660-22.2011.8.17.0000, AI 260504-5, Min. Rel. Erik de Sousa Dantas Simões, DJ 13.12.2002)

Por estas razões, torna-se útil sistematização sobre os efeitos práticos de se adotar um ou outro critério para definição do nexo funcional. Supõe-se com este quadro geral será possível perceber certas distorções que acabam ocorrendo na utilização de determinados critérios.

5 QUAIS SÃO AS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS DE CADA UM DOS POSSÍVEIS CRITÉRIOS DE NEXO FUNCIONAL?

Como já exposto, são três os critérios considerados para fins deste trabalho, sendo certo que os critérios finalístico e causal são os mais relevantes. O critério temporal é pouco utilizado como argumento exclusivo na jurisprudência. E isso por uma razão muito simples: é excessivamente estanque e artificial.

Caso o nexo funcional configure-se apenas quando o agente público estiver dentro do expediente, teríamos muitas dificuldades de explicar a irresponsabilidade estatal em certas situações. Pensemos, por exemplo, na hipótese de um policial que, fora do serviço, vai a um bar fardado e com arma da corporação. Lá discute com um cidadão devido ao fato de o sujeito estar importunando outros frequentadores. O cidadão, porém, não respeita a autoridade do policial. Indignado, o policial saca sua arma de fogo e acaba atingindo um terceiro alheio à briga.

Dizer que o Estado não deve ser responsável em tal hipótese é insustentável. Ainda que, de fato, o policial não estivesse agindo, propriamente, como policial, na medida em que não

havia situação de flagrante que forçaria ele a agir, fato é que a relevância da função pública no caso é inquestionável. Hipoteticamente, pode se imaginar que sequer haveria o desentendimento caso o policial não estivesse fardado, uma vez que o inconveniente sujeito não teria caçado de seu cargo militar. Além disso, para um terceiro sofrer algum dano, a arma de fogo da corporação foi imprescindível.

Situação mais esquisita se dá quando imaginamos duas hipóteses com diferença entre elas de poucos minutos. Um motorista A do Tribunal de Justiça causa um acidente de trânsito às 17h55min, ainda dentro do seu expediente. Um motorista B do Tribunal de Justiça causa um acidente de trânsito idêntico, só que às 18h10min, já fora do expediente, embora também estivesse transportando um magistrado. Não há qualquer fundamento para condenar-se o Estado apenas na primeira hipótese. Em ambas, a atividade administrativa de transporte estava impondo riscos à sociedade, sendo exigível a reparação de eventuais danos. Em ambas, o agente público foi, inclusive, negligente. Em ambas o agente público agiu na qualidade de agente público, ainda que em uma delas já estivesse terminado o expediente cronologicamente falando.

O critério finalístico, por sua vez, embora não seja a priori de todo indefensável, é extremamente subjetivo, bem como também pode conduzir a situações paradoxais. Antes de mais nada, condicionar a responsabilidade civil do Estado a uma finalidade do agente sempre carrega o ônus de impor ao cidadão a prova de que o agente estava agindo em prol do interesse público ou para cumprir o dever funcional. Trata-se, então, de prova diabólica, afinal, não é possível penetrar na mente do agente à época para precisar com grau de certeza com qual finalidade estava praticando a conduta lesiva.

Assim, por exemplo, é muito fácil dizer que um policial militar estava reprimindo um sujeito em um bar em prol do interesse público. Porém, não há como provar, de fato, se, na verdade, estava o policial utilizando-se de sua autoridade para constranger uma pessoa e impressionar outras pessoas no bar.

A questão da finalidade, além da subjetividade, também produz efeitos indesejáveis. Um policial militar, mesmo durante expediente, se desentende com um transeunte e o mata com a arma da corporação. É claro que a o homicídio não foi praticado no contexto da função pública ou em prol dela. Porém, é inegável que o Estado deve ser responsável em tal hipótese.

Restou, então, o critério causal. Sem dúvidas, o mais utilizado pela jurisprudência. E isso não se dá sem motivo. De fato, é o mais razoável, apesar de não ter previsão no art. 37, §6º, da Constituição Federal, como já comentado acima. É difícil até encontrar situações paradoxais através do critério causal. Pelo menos, dentro do contexto policial. Até mesmo a aplicação mais ampla do critério causal nesse âmbito não gera tanta estranheza como os casos acima, qual seja, a condenação do Estado por dano derivado de disparo praticado por agente policial empunhando arma particular.

Com efeito, diante de tamanha dificuldade, tomemos como exemplo outra categoria de agentes públicos que frequentemente gera danos objeto de ações judiciais, os médicos. Partamos dos mesmos pressupostos fáticos nos exemplos com policiais militares, mas apenas fazendo adaptações necessárias. Tome-se como exemplo agora um médico que realiza, em sua casa, cirurgia equivocada em um parente, o qual vem a morrer. Para tanto, o médico pegou aparelhos do hospital público em que é plantonista, tal como um policial que usa a arma de fogo da corporação.

Certamente, a dificuldade em se convencer da responsabilidade civil do Estado no caso do médico é muito maior. Provavelmente, a primeira reação se dá mais ou menos nesses termos: *“Como o Estado vai responder por uma cirurgia particular e clandestina?”*. Irônico perceber como tal espanto não surge quando se está tratando de policiais militares cometendo feminicídios. Para fins jurídicos, porém, ambas as situações são idênticas, ainda que moralmente a conduta do policial seja certamente mais criticável.

Nessa esteira, ainda que o critério causal, ao teste hipotético mediante exemplos extremados, saia como o mais razoável, fato é que não pode ser aplicado sem alguma ponderação.

6 NEXO FUNCIONAL E NEXO CAUSAL: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

No exemplo do médico, pode se ter como consenso que a ideia de risco administrativo não foi constituída para reparar tais espécies de danos. O médico poderia realizar a cirurgia de outro modo. A função pública não foi relevante, no máximo conveniente. Imaginemos que o médico atenda na rede particular e na rede pública. O fato de ter subtraído aparelhos do hospital público pode ter sido mera coincidência.

Assim também pode ocorrer no caso dos policiais militares. É verdade que a arma de fogo, a princípio, é significativamente mais relevante do que aparelhos hospitalares, até pela sua maior dificuldade de obtenção lícita. Contudo, o seu uso no caso concreto pode também ter sido apenas uma coincidência. Pensemos no caso em que um policial militar descobre, ao ver o celular da sua cônjuge, que está sendo traído. É então tomado por um ataque de ira, desprovido de juízo moral, e mata sua cônjuge com a arma de fogo que estava em sua cintura.

Ora, infelizmente, mulheres são mortas diariamente⁹ pelos seus companheiros sem que seja necessária arma de fogo para isso. Isso se dá tanto pela, em regra, superioridade física do homem perante a mulher, quanto pela maior facilidade prática de se violentar alguém com quem tenha intimidade e está desprevenido. Basta pensarmos que esposas também matam seus maridos e dificilmente utilizam-se de armas de fogo.

Isso, porém, se dá em frequência menor não pela inferioridade física ou dificuldade maior de acesso das mulheres às armas de fogo, mas porque estamos inserindo numa sociedade misógina, dentro da qual os homens sentem-se proprietários de suas esposas, ocorrendo a coisificação destas. Ato contínuo, caso essas a traíam ou apenas queiram terminar o relacionamento, um homem misógino não consegue compreender o evento em razão de ter sufocado ou ignorado a subjetividade feminina de sua companheira.

Responsabilizar sempre o Estado nos casos de feminicídio praticado por policial militar empunhando arma de fogo, seja ela da corporação ou particular, implica em ignorar essas lamentáveis considerações. É claro que a arma de fogo pode ter sido relevante em vários dos casos. Porém, ao lado destes, certamente há casos nos quais o uso da arma de fogo se deu apenas por coincidência num rompante misógino. Se não estivesse com a arma de fogo, o feminicídio teria ocorrido ainda que por uma faca.

Nos feminicídios planejados, e não passionais, a relevância da arma de fogo mostra-se com maior vigor, uma vez que o próprio agente a pressupõe como relevante para prática do

⁹ BRASIL registra, em média, um feminicídio a cada seis horas em 2023. Jornal Nacional, 07.03.2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2024/03/07/brasil-registra-em-media-um-feminicidio-a-cada-seis-horas-em-2023.ghtml>. Acesso em: 24.12.2014.

feminicídio. Assim como em caso de brigas nas quais um terceiro acaba sofrendo um dano. É evidente aí que a posse da arma de fogo foi relevante, sendo irrelevante, tanto aqui, como lá, tratar-se de arma de fogo da corporação ou particular.

A distinção entre esses últimos casos e os primeiros, por sua vez, ocorre na medida em que, nesses últimos, por um juízo a priori e abstrato, já é possível se concluir o bem público, a arma de fogo, seria relevante. Já as conclusões irrazoáveis derivam da análise do caso a posteriori, por meio da qual somos levados a tentar encontrar qualquer bem público no cena do crime e partir daí pressupomos que aquele bem foi relevante, sem discutir se a sua utilização foi mera coincidência.

É, nesse ponto, então, que a teoria da causalidade adequada reaparece mais uma vez. Novamente, os problemas doutrinários derivam da aplicação a posteriori e concreta de um dado elemento, no caso o nexos funcional. O nexos causal e o nexos funcional surgem, então, como dois lados de uma mesma moeda no caso da responsabilidade civil do Estado. O que importa em ambos é aferir se a conduta, em abstrato, era relevante para o dano, bem como se a função pública, em abstrato, era relevante para o dano.

7 CONCLUSÕES

A partir do presente trabalho, foi possível chegar a diversas conclusões acerca do elemento nexos funcional como pressuposto da responsabilidade civil do Estado. Como destacado no início, a configuração da responsabilidade civil do Estado por atos administrativos se dá mediante a cumulação de quatro elementos: a) conduta; b) dano juridicamente indenizável; c) nexos de causalidade entre este e aquele; e d) nexos funcional ou qualidade funcional de agente público por parte daquele que praticou a conduta (art. 37, §6º, da Constituição Federal).

Foi possível demonstrar que, acerca dos elementos acima, o mais discutível é, de fato, o nexos causal. Acerca desse tema, porém, já existem inúmeras teorias, dentre as quais destacou-se a teoria da causalidade adequada. Isto porque, dentre as três principais – teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria do dano direto e imediato

– a referida teoria da causalidade é a que guarda maior harmonia com o atual estágio da ciência jurídica. Afinal, é a mais normativa das teorias, partindo de juízos abstratos de probabilidade.

Ao lado das discussões sobre nexos causal, também foi possível demonstrar o quão controvertido o aqui intitulado nexo funcional, que nada mais é do que a presença ou não da qualidade de agente público por parte do agente lesivo quando da prática do ato danoso. Nada obstante, este tópico é muito pouco explorado na doutrina e jurisprudencialmente é tratado, em boa parte das vezes, de forma irrefletida. Isto pois os julgadores partem de premissas que, levadas às suas últimas consequências, gerariam efeitos inaceitáveis, como foi demonstrado no quinto capítulo do trabalho.

Como exposto, o nexo funcional pode ser compreendido de três maneiras principais, as quais intitulou-se de critérios: o critério temporal, o critério finalístico e o critério causal.

O primeiro e mais minoritário dos critérios é o temporal, pelo qual parte-se de uma análise meramente cronológica para se averiguar o dano ocorreu durante o serviço/carga horário/expediente do agente público.

O segundo critério foi intitulado de finalístico, eis que, por ele, o Estado só seria responsável nas hipóteses em que o agente público tiver praticado o ato lesivo em prol do interesse público ou a fim de cumprir com o dever funcional.

O terceiro e último dos critérios é o causal. Aqui se indaga se a função pública, incluindo eventuais consectários, como bens derivados da função pública (arma de fogo da corporação, p.ex.), foi relevante para a prática do ato lesivo.

Foi possível demonstrar também como existem controvérsias de primeira ordem e de segunda ordem. Inicialmente, há grande controvérsia acerca de qual critério deve se utilizar para definir o nexo funcional, em especial se deve se utilizar do critério finalístico, o qual tem a seu favor a literalidade da Constituição, ou o critério causal, o mais utilizado jurisprudencialmente e também mais referendado pela doutrina. A par destes, o critério temporal surge mais como um reforço argumentativo, nunca como fundamento exclusivo.

Já as controvérsias de segunda ordem têm a ver com a própria aplicação de cada um dos critérios. Em especial, ao adotar-se o critério causal como o mais razoável dentro da concepção da teoria do risco administrativo, procurou-se estabelecer limites à sua aplicação mediante aplicação analógica da teoria da causalidade adequada.

Por esta razão, conclui-se que o nexo causal e o nexo funcional surgem, então, como dois lados de uma mesma moeda no caso da responsabilidade civil do Estado. O que importa em ambos é aferir se a conduta, em abstrato, era relevante para o dano, bem como se a função pública, em abstrato, era relevante para o dano.

REFERÊNCIAS

- Livros:

Beck, Ulrich. *Sociedade de risco*. 2º edição. São Paulo: Editora 34. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2023.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º volume: *Responsabilidade Civil*. 36ªed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FILHO, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015.

Martins, Flávia Bahia - *Direito Constitucional*. 2ª Ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualização por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 44ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 26ª ed. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualização por Gustavo Tepedino. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2021.

.FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 12. ed. México: Ed. Porrúa S.A., p. 100, 1968.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos de direito civil: *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- Artigos

ASSIS, Luciana Vilar de; SILVA, Wilker Jeymisson Gomes da; MUNIZ, Raphael Estêvão de Sousa. Responsabilidade civil estatal: fuga do preso e consequências para o Estado por sua omissão. Revista dos Tribunais [recurso eletrônico]. São Paulo, n.975, jan. 2017. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/112308/141332.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. *Responsabilidade Civil do Estado por balas perdidas*. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Cidade, 2011. v. 3, n.2 p. 329-366.

REINIG, G. H. L.; CARNAÚBA, D. A.; RODRIGUES, A. P. S. *O problema da causalidade na responsabilidade civil do Estado por crime praticado por fugitivo: análise da jurisprudência do TJSC*. civilistica.com, v. 11, n. 1, p. 1-49, 29 maio 2022.

- Monografias, teses e dissertações

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil: a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/T.2.2015.tde-29042015-163932. Acesso em: 2023-11-08.

NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- Documentos eletrônicos

BRASIL registra, em média, um feminicídio a cada seis horas em 2023. Jornal Nacional, 07.03.2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2024/03/07/brasil-registra-em-media-um-feminicidio-a-cada-seis-horas-em-2023.ghtml>. Acesso em: 24.12.2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Grandes litigantes*. Disponível em: <<https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>>. Acesso em: 07/11/2023.

BRASIL registra, em média, um feminicídio a cada seis horas em 2023. Jornal Nacional, 07.03.2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2024/03/07/brasil-registra-em-media-um-feminicidio-a-cada-seis-horas-em-2023.ghtml>. Acesso em: 24.12.2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 06/11/23.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *13º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/anuario-13/>> Acesso em: 06/11/23. P. 67.

NETTO, Elisa Rocha Teixeira. Responsabilidade civil do Estado: requisitos e teorias aplicáveis. Conteúdo Jurídico. 23 de agosto de 2022. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59053/responsabilidade-civil-do-estado-requisitos-e-teorias-aplicveis>. Acesso em: 24.12.2024.

Como surgiu o novo coronavírus? Conheça as teorias mais aceitas sobre sua origem. Instituto Butantan, 2020. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/como-surgiu-o-novo-coronavirus-conheca-as-teorias-mais-aceitas-sobre-sua-origem> . Acesso em: 24/12/2024.

- Legislação

BRASIL. Assembleia Constituinte. de 18 de setembro de 1946. Promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 19 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 07 nov. 2023.

- Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.385.315/RJ (Tema nº 1237). Agte: Edite Maria da Conceição e Outros. Agdo: Estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Edson Fachin, em andamento. Acesso em 08/11/23: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6399725>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.382.159/RJ. Agte: Ana Júlia Rangel Donaly. Agdo: Estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Nunes Marques, 28/03/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6399725>>. Acesso em: 07/11/23.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno) ADPF 995. Número único: 0123560-21.2022.1.00.0000. Requerente: Associação dos Guardas Municipais do Brasil – AGM BRASIL. Relator Min. Alexandre de Moraes. 28 de agosto de 2023. Acesso em 07/11/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6444398>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IDH). Sentença proferida no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Data do julgamento: 16 de fevereiro de 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0151178-81.2006.8.19.0001. Relator: Reinaldo Pinto Alberto Filho. Rio de Janeiro, 26/11/2014. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.1>. Acesso em: 05/06/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário com nº 363423. 1.382.159/RJ. Relator: Min. Carlos Ayres Brito, 14/03/2008. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6399725>>. Acesso em: 24/12/24

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento de nº 260504-5, Min. Rel. Erik de Sousa Dantas Simões, primeira Câmara de Direito Público, DJ 13.12.2012. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml>. Acesso em 24.12.024.