



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

---

Seção: Artigos Científicos

## Responsabilidade Civil e execução de obra pública

*Civil liability and execution of public constructions*

Walmor Francisco Molin Neto

**Resumo:** O artigo pretende analisar a responsabilidade civil em relação aos danos advindos da execução de obra pública. Para tanto, aborda aspectos da responsabilidade civil do Estado. Posteriormente, passa a discorrer sobre as obras públicas, que buscam a consecução do bem-estar social. Ao final, examina a relação entre os institutos, expondo a aplicação da lei, doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** Direito administrativo; responsabilidade civil do estado; obras públicas.

**Abstract:** The article intends to analyze a civil responsibility in damages caused by the execution of public works. To do so, it addresses the general theory of civil liability of the state. Then it discusses how public works and its relation to the the achievement of social welfare. Finally, it examines the relationship between both institutes, exposing an application of law, doctrine and legal decisions.

**Keywords:** Administrative law; civil liability of the state; public works.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p267-280>

**Artigo submetido em:** outubro de 2017

**Aprovado em:** dezembro de 2017

## RESPONSABILIDADE CIVIL E EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

Walmor Francisco MOLIN NETO\*

*Sumário: 1 introdução; 2 Aspectos da responsabilidade civil; 3 Responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988; 4 Pressupostos gerais da responsabilidade objetiva do estado; 5 Exclusão de responsabilidade; 6 Responsabilidade civil em obras públicas; 7 Fato da obra; 8 Culpa do executor; 9 Considerações finais; 10 Referências Bibliográficas.*

### 1. Introdução

O Estado tem como um dos objetivos oferecer infraestrutura aos cidadãos para atender à consecução do bem-estar social e promover o interesse público. Para esses desideratos, utilizam-se as obras públicas.

A partir da criação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 1), no ano de 2007 e (PAC 2) em 2010, ocorreram significativos avanços na infraestrutura brasileira. Somente no período entre 2015-2018, os investimentos totalizaram cerca de R\$200 bilhões<sup>1</sup>.

São, igualmente, relevantes as obras de mobilidade urbana, concebidas a viabilizar os megaeventos esportivos, como a Copa do Mundo da FIFA (2014), Paralimpíadas e Olimpíadas (2016).

Os avanços em relação à qualidade de vida da população são perceptíveis, mas os problemas dessas construções também. Parcela expressiva das obras afetou negativamente o comércio e as residências. Vieram à tona notícias de acidentes trágicos, a exemplo de desabamento da ciclovia na Cidade do Rio de Janeiro e do viaduto de Belo Horizonte.

Qualquer processo de construção urbana sempre traz consigo risco potencial de lesar terceiros. Por essa razão, urge a necessidade de realçar as normas da responsabilidade civil aplicáveis aos sujeitos participantes das construções.

### 2. Aspectos da responsabilidade civil

Vivemos numa sociedade de risco devido as inúmeras atividades e serviços que se encontram à disposição de todos. De forma simples, em relação ao Estado, a exposição é significativamente elevada, tendo em vista a dimensão de suas atribuições.

---

\* Advogado. Especialista em Direito Administrativo Pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

<sup>1</sup> Notícia publicada no site do programa. Disponível em: <http://www.pac.gov.br/noticia/3cda3a2e>

O Brasil é um país continental, por essa razão, a probabilidade de suas atividades causarem danos a terceiros é ainda mais elevada. Não somente condutas comissivas, mas também aquelas em que se deixa de agir (omissivas), podem gerar danos.

Villa (1970, p. 26), já na década de 70, afirmava que os danos causados aos particulares pela Administração Pública no exercício das funções continuam sendo umas das instituições mais complexas, problemáticas e, ao mesmo tempo, atraentes da ciência jurídica.

A responsabilidade civil assenta-se no Princípio do *Neminem Laedere*, de formulação romana, com a premissa de que a ninguém é facultado causar prejuízo a terceiros, previsto no artigo 186, do Código Civil Brasileiro, sendo este a principal fonte da responsabilidade civil (BRAGA, 2014, p. 25).

Portanto, tal instituto centra-se na obrigação de indenizar um dano injustamente causado. Nessa perspectiva, Dias (1995, p. 557) reconhece que “o mecanismo da responsabilidade civil visa, essencialmente, à recomposição do equilíbrio econômico desfeito ou alterado pelo dano”.

Já a responsabilidade civil do Estado, nas lições de Marçal Justen Filho (2006, p. 227), “é o dever de indenizar, por via do pagamento de quantia certa em dinheiro, as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.

Assim, os atos tanto *ilícitos* e *lícitos*, quanto os *comissivos* (ação) e *omissivos* (omissão), praticados pelo Estado e que provoquem prejuízos aos particulares poderão ensejar a responsabilidade. Nos ilícitos, há violação do princípio da legalidade e, no caso de comportamento lícito omissivo, o dever de reparar remete ao princípio da igualdade (MELLO, 2016, p. 1025).

Nas atividades lícitas, o fundamento principal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. Este constitui a manifestação expressa do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, correlacionado ao princípio da igualdade. (BRAGA, 2014, p. 25)

A responsabilidade pode se dar no âmbito *contratual* ou *extracontratual*. A diferença reside no dever jurídico violado, se por lei ou contrato. Na responsabilidade *contratual*, o dever jurídico violado pelo infrator tem por base a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente, determinados deveres jurídicos. Já a responsabilidade *extracontratual*, por sua vez, representa violação de um dever estabelecido na lei (CAVALIERI, 2011, p. 307).

Infere-se, nessas linhas gerais, que a responsabilidade civil do Estado representa a obrigação legal imposta por lei (extracontratual) ou contrato (contratual) de

recompor os prejuízos absorvidos por determinados membros da coletividade oriundos de condutas lícitas ou ilícitas, comissivas ou omissivas, provenientes de um comportamento.

### 3. Responsabilidade civil do Estado na Constituição de 1988

A Constituição Federal disciplina, no § 6º do artigo 37, a responsabilidade civil do Estado na forma objetiva. O regramento adveio da teoria do risco administrativo. Dispensa-se o elemento culpa, porque as atividades do Estado geram riscos aos administrados em razão das prerrogativas às quais se submetem.

Essa “facilidade” proporciona equilíbrio ao particular que injustamente é lesado. Tem-se com isso um papel compensador de forças, porquanto, sem o elemento culpa, o Estado é responsável, objetivamente, pelos danos decorrentes de sua atividade (BITTENCOURT, 2010, p. 49).

Do mesmo modo, é objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos. Isso ocorre, uma vez que essas atividades se submetem ao regime jurídico de direito público.

Em ambos os casos, a responsabilidade objetiva está consagrada no direito brasileiro, no art. 5º da CF/88, incisos V e X<sup>2</sup>, e a *fortiori* no art. 37 § 6º

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

### 4. Pressupostos gerais da responsabilidade objetiva do Estado

Para ensejar a responsabilidade objetiva, é necessária a presença de alguns requisitos elaborados pela doutrina clássica, rotineiramente adotados pela jurisprudência. São eles, *fato administrativo*, *dano* e o *nexo de causalidade*.

O *fato administrativo* é qualquer comportamento (externados pelos agentes públicos) atribuível ao poder público. O vocábulo “agentes públicos” é o mais amplo possível, abrange as categorias de agentes políticos, administrativo, como os contratados, estatutários, estagiários, terceirizados, particulares em colaboração com a administração e até voluntários (PINTO, 2008, p. 88).

---

<sup>2</sup> Art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O segundo requisito é o *dano*. Mas não é qualquer dano merecedor de reparação. Somente aquele que provoque diminuição patrimonial expressiva. É comum que atividade administrativa exija sacrifício de interesses privados. Entretanto, é necessário que o dano seja especial e não universal, em outras palavras, somente se certas e determinadas pessoas suportaram o ônus dessa atividade danosa, e não a coletividade, é que se ensejará a reparação (CAHALI, 2014, p. 11).

Rui Stocco (2001, p. 934) afirma que não pode haver responsabilidade sem que haja um dano efetivo. Assim, no plano da responsabilidade civil do Estado, não basta a ilegalidade ou irregularidade sem a presença de um dano efetivo. Nesses casos, configura somente a invalidade do ato.

Necessário que o dano seja anormal. Configura-se anormalidade quando extrapolados os limites de suportabilidade em relação ao homem médio (BACELLAR; FREITAS, 2006, p. 327).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal analisou a anormalidade do dano da seguinte forma:

O viaduto, cuja construção se fez por exigência do interesse público, afetou o grupo de pessoas ou o grupo de imóveis situados em frente ao mesmo viaduto. E, mesmo que tivesse afetado todo o bairro, não deixaria de ter afetado apenas um grupo de pessoas. Induidoso que o dano foi anormal, mesmo considerando o grande centro urbano onde ocorreu (STF, 2.<sup>a</sup> Turma, 18.02.1992, RTJ 140/636 e RT 682/239).

Para Juarez FREITAS (2009, p. 134), o dano, para ser reparável, necessita ser

juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual), caracteriza-se por ser: (a) certo, (b) especial (não-eventual), ainda que reflexo, e (c) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional.

O terceiro e último pressuposto é o *nexo causal*, que consiste na relação entre os requisitos anteriores. A atribuição ao Estado de reparar um dano exige a relação entre o dano (material ou moral) oriundo de um fato administrativo (comissiva ou omissiva).

O *nexo causal* é norteado pela teoria do dano direto e imediato. O STF proclamou que:

em nosso sistema jurídico, (...) a teoria adotada quanto o *nexo* de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do *nexo causal*. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito (...) a responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual,

inclusive objetiva” (STF, RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., unânime, DJ 07/08/92).

Sob outro viés, o nexo de causalidade é entendido como um elemento lógico-normativo: “é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de potencialidade entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito” (STJ, REsp. 719.738/RS, Primeira Turma).

Contudo, seguindo as considerações expostas, o dever de reparação do dano surge quando, efetivamente, originou-se de um fato imputável ao poder público.

## 5. Exclusão de responsabilidade

O dever do Estado de reparar os danos não é absoluto. Hipóteses previstas no ordenamento jurídico, também chamadas de excludentes do nexo causal, permitem a exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado.

Odete Medauar (1998, p. 391) esclarece que:

se outra atuação, outro acontecimento, provados pela administração, levaram ao dano, sem o vínculo ou sem o vínculo total ou parcial com a atividade administrativa, poderá haver isenção total ou parcial do ressarcimento.

As hipóteses de exclusão ou atenuação da responsabilidade consistem na reserva do possível, culpa da vítima (ou culpa recíproca), culpa de terceiro, força maior e caso fortuito.

A reserva do possível não equivale à exclusão de responsabilidade, mas fundamento para elidir-se do seu pagamento. Preza esta teoria que o Estado não é um segurador universal, de modo que não é possível o aparato estatal suportar todas as necessidades dos administrados (BACELLAR, 2006, p. 243).

A culpa da vítima ou culpa recíproca pressupõe que o próprio lesado tenha concorrido para o evento danoso, de modo parcial ou total. Se a culpa for exclusiva da vítima, não gerará o dever de indenizar. Mas, se houver concorrência de ações entre a vítima e fato imputado ao Estado no resultado danoso, ocorrerá o compartilhamento da responsabilidade civil, a ser arbitrado pelo julgador em atividade equitativa na ocasião de julgamento (CRUZ, 2005, p. 169).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a responsabilidade civil do Estado e das prestadoras de serviços público: “[...]responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima” (STF, RE 234.010, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., DJ 23/08/02).

O STJ proferiu decisão interessante, no caso de haver dúvidas quanto à real participação da vítima no evento danoso:

A definição dos níveis de participação da vítima nem sempre é muito clara, de modo que, na prática, tem-se admitido a mesma como excludente apenas nos casos de completa eliminação de conduta estatal. Nos casos em que existam dúvidas sobre tal inexistência, resolve-se pela responsabilização exclusiva do Estado (STJ, REsp. 1.014.520, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ 02/06/09).

Mas se o dano decorreu de conduta alheia ao Estado e do lesado, repercute a *culpa de terceiro*. Como a responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco administrativo, então o Estado somente pode ser responsável por seus próprios atos. O texto constitucional não responsabilizou, objetivamente, a administração por atos de terceiros (MEIRELLES, 2007, p. 100).

Portanto, a *culpa de terceiro* exclui a responsabilidade. Entretanto, nos casos em que o Estado tinha o dever de vigilância especial, ou era o destinado a evitar determinadas lesões, pode-se cogitar sua responsabilização, pois este foi omissivo no seu dever de diligência (responsabilidade por omissão) (JUSTEN; FREITAS, 2006, p. 238).

A exemplo, nos casos de morte do detento durante rebelião, a jurisprudência responsabiliza o Estado a ressarcir os danos causados aos detentos, pois deveria agir a fim de impedir agressão uns aos outros ou a eles mesmos (AgRg 986.208, 1.ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/8/08).

Também no *caso fortuito ou força maior*, em regra, não haverá a responsabilidade civil do Estado, já que o dano decorre de eventos inevitáveis e/ou imprevisíveis, insuscetíveis de impedimento. Mesmo que o poder público adotasse todas as prevenções cabíveis, o dano se concretizaria.

## 6. Responsabilidade civil em obras públicas

Inicialmente, cabe destacar que as obras públicas consistem na modificação de bem imóvel pertencente ao poder público.

Elas podem se dar por meio de *construção* caracterizada pela execução de um projeto de engenharia, de maneira que haja a presença de elementos materiais e de atividades; já a *reforma* remete ao melhoramento de construções preexistentes, sem aumento de sua área ou capacidade, destinada, apenas, a restaurar as suas condições normais de utilização ou funcionamento; por fim, a *ampliação* é a obra reservada para aumentar as dimensões do imóvel ou capacidade da construção, permanecendo, parcialmente, o projeto originário (MARINANGELO, 2010, p. 706).

Entretanto, há necessidade de subdividir as formas dos danos causados pelas obras públicas. Mesmo quando executadas dentro dos padrões técnicos exigidos, ainda assim, as obras podem causar danos a terceiros. Nesses casos temos uma conduta

lícita que gera o dever de indenizar não pela sua juridicidade ou antijuricidade, mas pela obra em si, pelo denominado “fato da obra”.

Por outro lado, quando a obra é executada indiretamente pelo Estado, ou seja, quando um particular assume esse desiderato, contrai, também, a responsabilidade por danos resultantes de sua imperícia, imprudência ou negligência, denominado de “culpa do executor”.

## 7. Fato da obra

Fato da obra constitui o problema causado pela simples execução da obra, decorrido, inevitavelmente, da construção em si, sendo em geral uma ação lícita. A impossibilidade parcial ou total de entrada na propriedade dos administrados, bloqueio de vias, a diminuição de vista, trepidações, cheiro desagradável, excesso de poeira são algumas hipóteses de transtornos oriundos do fato da obra.

Isso ocorre em razão de as obras causarem uma modificação no mundo fático. Quando finalizadas, via de regra, causam mudanças positivas e favoráveis, mas, às vezes, geram repercussão negativa à população da região.

Nesses casos, persiste a modalidade objetiva da culpa, pois as ações decorrem do risco administrativo, isto é, advêm, unicamente, de uma atividade administrativa ordenada pelo Estado visando ao interesse público (MEIRELLES, 2005. p. 309).

Os danos oriundos das obras necessitam reunir algumas características: a) ser certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou, quando menos, um interesse legítimo; c) anormalidade (excesso); e (d) especialidade (suportado por uma pessoa ou grupo determinado de pessoas) (ZANCANER, 1981, p. 67).

Com vimos, o *dano anormal* significa que mero incômodo inerente ao convívio social não faz *jus* à reparação. Nesse sentido, adverte Rui Stocco (1993, p. 126):

a vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.

O *dano especial* caracteriza-se por ser suportado por determinados indivíduos, e não suportado por toda a coletividade. São frequentes os casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesses privados. Porém, para que o dano dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário que o prejuízo seja não universal (CAHALI, 2014, p. 66). Nas palavras de Marcelo Caetano (1965, p. 369): “só quando certa ou certas pessoas forem prejudicadas pela atividade administrativa enquanto a generalidade foi poupada”.

Nota-se a seguir ementa de um caso paradigmático, conhecido como “minhocão”, oriundo do Estado de São Paulo, em que o TJ/SP veio a condenar o Estado à reparação dos danos aos particulares lesados pela construção:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONSTRUÇÃO DE VIA ELEVADA POR PREFEITURA. PREJUÍZOS A IMÓVEL (APARTAMENTO E LOJA) LINDEIRO. OBRIGAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE INDENIZAR. AÇÃO PROCEDENTE. Está patente, nos autos, que o elevado Costa e Silva veio causar danos e prejuízos àqueles proprietários lindeiros do denominado "Minhocão". O ex-prefeito de São Paulo, José Carlos Figueiredo Ferraz, com franqueza aludiu, em conferência, que os elevados "deterioram as áreas por onde passam". Essa opinião, aliás, foi expendida pelo eng. Fernando Palumbo Targat, no jornal "O Estado de São Paulo de 4.2.71 ao declarar "um absurdo irrecuperável a construção do Minhocão da av. São João, em São Paulo". Consequentemente, se o Poder Público pôs em circulação o mencionado "Minhocão" pretendendo melhorar o sistema viário, por outro lado não podia se permitir o luxo de, com suas obras, causar danos a terceiros e se eximir de responsabilidades (Hely Lopes Meirelles). Também Carvalho Santos, citando Otto Mayer e Didimo da Veiga, entende devida a indenização quando as obras ficarem privadas de acesso, de passagem, de ar, de luz e de vista. Ora, é notório que o "Minhocão" veio perturbar os imóveis lindeiros, diminuindo-lhes a capacidade de uso e gozo, limitado às restrições administrativas, o que, sem dúvida, constitui um liame de causa e efeito entre a construção do elevado e as consequências prejudiciais advindas e que causaram danos" (TJSP, 4ª C., 18.7.74, maioria, RT 469/71 e RJTJSP 30/62)<sup>3</sup>

Em julgamento proferido no ano de 2017, o STJ reconheceu que cabe responsabilidade do Estado por danos decorrentes da obra, cuja execução, pelo construtor particular, seguiu fielmente o projeto:

[...] o contratado só responderá direta e exclusivamente pelo dano quando praticar ato não constante do projeto. 6. No caso, o Tribunal local entendeu que o DNIT é responsável pelo agravamento dos problemas verificados na casa da autora, em consequência das obras de duplicação da BR-101. 7. Se os danos materiais decorreram da simples execução do projeto, segue a administração pública, como dona da obra, responsável pelo prejuízo experimentado pela administrada. Assim, descabido falar-se em ilegitimidade passiva do DNIT para a presente ação. 8. A afirmação de culpa exclusiva do proprietário, com o propósito de afastar a responsabilidade civil, esbarra no

<sup>3</sup>O julgado foi confirmado pelo STF (STF - RE: 108360 SP, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 18/08/1988, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03-03-1989 PP-02519 EMENT VOL-01532-03 PP-00688)

óbice da Súmula 7/STJ. 9. A pretensão de alterar o termo inicial dos juros moratórios para a data da citação seria vantajosa apenas para a autora, e não para o recorrente. Essa circunstância impossibilita o conhecimento da tese, por ausência do interesse de recorrer. 10. Recurso especial de que se conhece em parte, e, nessa extensão, nega-se-lhe provimento. (REsp 1633343/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 28/03/2017)

Contudo, os danos oriundos da obra pública devem possuir as seguintes características: (a) o dano deve ser inerente a um imóvel e, assim, derivar de sua situação de vizinhança ou proximidade da obra pública executada; deve competir ao titular da propriedade do imóvel prejudicado; (b) o dano deve ser acompanhado de uma lesão jurídica, quer dizer, da perda ou diminuição de um direito; (c) o dano deve ser permanente; (d) deve tratar-se de um dano efetivo, emergente, não simples frustração de benefício esperado em razão da obra pública; (e) o dano deve ser representado por um verdadeiro e próprio sacrifício concreto, e não uma simples limitação de caráter geral, de um direito; (f) finalmente, deve existir um estreito nexo causal entre a execução da obra pública e o evento danoso (ALESSI, 1955, p. 296).

Em suma, no fato da obra, a conduta do Estado é lícita, mas ainda assim gera o dever de indenizar; logo, é possível verificar, nesses casos, que a responsabilidade do poder público não remete à ideia de antijuridicidade ou juridicidade da conduta, mas sim à suportabilidade desproporcional de um dano por determinados administrados.

## **8. Culpa do executor**

Trata-se da responsabilidade do construtor particular perante terceiros afetos. Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 718) assinala que “os danos que a obra causar a terceiros durante sua execução e que provenham de culpa ou dolo do executor por este deverão ser acobertados”.

O construtor particular responde por atos danosos com base na responsabilidade subjetiva, ou seja, a depender da constatação que este agiu com negligência, imprudência ou imperícia (CRETELLA, 1980, p. 337). Não poderá atribuir-lhe a responsabilidade objetiva para o fim de impô-la ao regime do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Esta, inclusive, é a disposição literal do art. 70 da Lei n. 8.666/1993:

o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Sob essa ótica, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que há necessidade de analisar a culpa do empreiteiro particular para ensejar a responsabilidade:

RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS EM IMÓVEL OBRA PÚBLICA REALIZADA POR ENTIDADE PRIVADA POLO PASSIVO CONSTITUÍDO EXCLUSIVAMENTE PELA CONSTRUTORA EXECUTORA DAS OBRAS PÚBLICAS - ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DESCABIMENTO - NECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA NA EXECUÇÃO DOS TRABALHOS SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO, com observação. (TJSP; Apelação 9125061-97.2009.8.26.0000; Relator (a): Andrade Neto; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 28ª V. CÍVEL; Data do Julgamento: 16/01/2013; Data de Registro: 17/01/2013)

Por outro lado, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 346), perante a Administração Pública, o empreiteiro tem uma verdadeira obrigação de resultado, sendo responsável objetivamente quantos aos defeitos da obra:

A responsabilidade do construtor é de resultado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos, que importem sua ruína total ou parcial configuram violação ao dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantia (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha – força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

O construtor tem responsabilidade objetiva no tocante à solidez e à segurança da obra durante o prazo irredutível de cinco anos, nos termos do art. 618 do Código Civil, cabendo exclusivamente a ele o ônus de demonstrar que não possui nenhuma parcela de culpa na consecução dos vícios eventualmente encontrados. Por isso, a Administração deve estar atenta a resguardar o direito de reparação do seu empreendimento, acionando a empresa responsável no prazo legal. A omissão do gestor, que venha a trazer ônus ao erário, pode implicar sua responsabilização. (Acórdão 1393/2016 – Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Data da sessão: 01.06.2016)

Jose dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 153) explica que a Administração Pública sujeita apenas a responsabilidade civil subsidiária, ou seja, aquela cujo interesse do

credor se inicia quando constatada a insolvência do devedor original, no caso do empreiteiro contratado.

No entanto, Sergio Cavaliere Filho (2012, p. 283) não vê fundamentos jurídicos para proteção exagerada da Administração Pública. Assim, a reponsabilidade seria solidaria com o empreiteiro particular, uma vez que o poder público contratou o particular para realizar uma atividade de sua competência.

De igual forma, Odete Medauar (2008, p. 370) sustenta a tese da responsabilidade solidaria do Poder Público: “por dolo, negligência, imprudência, imperícia da empreiteira na construção, a responsabilidade é solidaria, da Administração e da empreiteira, podendo a vítima escolher quem vai acionar ou acionar ambas.”

O STF proferiu famosa decisão no Recurso Extraordinário n.º 94.121-5, de 26 de março de 1982, quando se tinha uma visão mais protecionista Administração, firmando a responsabilidade solidaria do Estado nos casos de danos decorrentes de culpa do empreiteiro. O Relator, Min. Moreira Alves, fundamentou seu voto, afirmando que a responsabilidade com base no risco administrativo subsiste mesmo quando a obra pública seja confiada a empreiteiro: “irrelevante é a circunstância de no contrato de empreitada ter sido convencionado que a responsabilidade pelos danos decorrentes da execução da obra contratada seria do empreiteiro”.

Contudo, os danos decorrentes por culpa do empreiteiro frente a terceiros são regidos pela responsabilidade subjetiva, o que não significa que a Administração Pública esteja isenta, uma vez que poderá responder, solidariamente, por danos causados a terceiros lesados. Nesses casos, haverá a possibilidade do lesado em pleitear seu direito face ao Estado ou face ao empreiteiro, ou contra ambos, o que garantirá a satisfação de seu crédito. Todavia, a reponsabilidade do empreiteiro em face do Estado, quanto aos defeitos da obra, é objetiva.

## **9. Considerações finais**

A doutrina clássica, dentre elas as de Hely Lopes Meirelles, José Cretella Junior e Odete Medauar, fazem distinção entre o dano oriundo da obra em si (fato da obra) e o dano derivado da culpa do empreiteiro (culpa do executor), para fins de responsabilização.

Assim, diante do dano advindo pelo fato da obra, ou seja, da sua simples execução, natureza, duração e extensão, o Estado será objetivamente responsável, pois este mesmo determinou sua realização no interesse da comunidade.

O empreiteiro da obra pública somente será responsabilizado se o prejuízo causado, na execução da obra, for resultado de sua imperícia, imprudência ou negligência.

Mas o dano, ainda que existente, não se remete à automática responsabilidade em reparar o lesado, pois é necessário a presença de alguns pressupostos. São eles

comumente citados na doutrina e jurisprudência: o fato administrativo (decorrente de um comportamento atribuído ao Estado), um dano especial (atinge determinados indivíduos) e anormal (acima do nível médio de suportabilidade) e o nexo de causalidade.

Além disso, há de se observar as causas excludentes de responsabilidade. Trata-se da culpa da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior. Estas, por sua vez, quando presentes no evento danoso, atenua ou exclui a responsabilidade civil.

Destaca-se que o Estado é responsável, solidariamente, pelos danos provocados por culpa do executor da obra. A doutrina majoritária reconhece que a Administração Pública não pode se proteger atrás do empreiteiro particular, tendo em vista que a realização da obra a ela caberia. Mas não se pode negar o peso do argumento contrário de que o Estado não tem a função de segurador universal de todas as atividades danosas voltadas à sociedade.

Ressalta-se que a jurisprudência a respeito do tema apresenta soluções firmes e, de modo geral resolve, satisfatoriamente, os casos corriqueiros. Todavia, nos casos complexos (ou fora da curva), especialmente os casos de responsabilidade civil por omissão, há dois fatores relevantes para o exame: i) o risco de a obra causar dano, em relação ii) à conduta – razoavelmente – esperada para evitá-lo.

Em suma: quanto maior a potencialidade ou a probabilidade de ocorrência de um dano, maior o dever de vigilância por parte do responsável, seja ele o Estado ou o empreiteiro particular.

## **10. Referências bibliográficas**

- ALESSI, Renato. *La responsabilita dela pubblica amministrazione*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1955.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A questão da omissão: doutrina e jurisprudência*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2014.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Lisboa: Coimbra, 1965.
- CAHILI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa De Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CRETELLA JUNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARINANGELO, Rafael. Responsabilidade Civil do Estado na Execução de Obras Públicas. In: BENACCHIO, Marcelo (Org.). Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12. ed., rev., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 9. ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo (outros). São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STOCCO, Rui. Responsabilidade Civil do Estado por Obras que realiza. In: RT 689/114, 1993.
- STOCCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- VILLA, Leguina. La responsabilidad civil la Administración Pública. Madri: Tecnos, 1970.
- ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. São Paulo: RT, 1981.