
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E O DIREITO DE REGRESSO EM FACE DO AGENTE PÚBLICO

*GOVERNMENT TORT LIABILITY AND RIGHT OF RECOURSE
AGAINST PUBLIC SERVANTS*

*Shandor Portella Lourenço
Procurador Federal
Mestre em Direito pela FDMC*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade civil extracontratual do Estado; 1.1 A evolução das teorias sobre a responsabilidade extracontratual do Estado; 1.1.1 Irresponsabilidade do Estado; 1.1.2 Responsabilidade subjetiva da Administração. Teoria da culpa administrativa; 1.1.3 Responsabilidade objetiva do Estado. Teoria do risco administrativo; 1.1.4 Teoria do risco integral; 1.2 Omissão e responsabilidade civil do Estado; 1.3 Omissão do Estado e reserva do possível; 1.4 Responsabilidade civil por ato do Legislativo e do Judiciário; 1.5 Responsabilidade por atos terroristas; 2 Excludente de responsabilidade civil do Estado; 3 Sujeitos que compromete o Estado; 4 Dano indenizável;

5 Do Direito de regresso; 5.1 Da natureza jurídica do direito de regresso: poder-dever da Administração; 5.2 Da ação de regresso e denúncia da lide; 5.3 Do momento do ressarcimento pelo agente público; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto a análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado, sobretudo a ação de regresso contra o agente público decorrente do poder-dever de recompor o prejuízo sofrido. O escopo do estudo consiste em examinar, de modo crítico e sistematizado, os principais elementos caracterizadores do dever de indenizar, bem como consolidar os principais aspectos das construções teóricas e normativas que hoje compõem a responsabilidade objetiva do Estado, bem como do agente público. Para uma melhor contextualização do tema, partiu-se de uma análise histórico evolutiva das teorias que embasaram os diversos pensamentos sobre o dever ressarcitório do poder público em face do cidadão. Ultrapassadas essas questões, dedicou-se especial atenção ao estudo da ação regressiva, oportunidade em que foi traçado um perfil normativo e dogmático sobre os pontos mais polêmicos envolvendo o tema e em permanente discussão nos tribunais. Diante dessas considerações, o trabalho tem seu desfecho em criteriosa análise da legislação que regre a ação regressiva do Estado em face do agente público e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, oportunidade em que apresentamos as principais conclusões sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Objetiva do Estado. Ação Regressiva. Agente Público.

ABSTRACT: This work aims to analyze the liability objective responsibility of the State, especially the action of recourse against the public agent due to the power and duty to recover the loss suffered. The scope of the study is to examine critically and systematized the main elements that describes the duty to indemnify, and to consolidate the main aspects of theoretical and normative constructions that today compose the objective responsibility of the State as well as the public agent. For a better contextualization of the topic, we made a historical analysis of the evolutionary theories that supported the various thoughts on the duty of the government to reimburse the citizen. Overcome these issues, special attention was dedicated to the study of the action down, at which time a profile was drawn normative and dogmatic about the most controversial points related with this issue and continuing discussion in the courts. Given these considerations, the work has its outcome in careful

consideration of legislation that supports the action of the State in the face of the public official and his doctrinal and jurisprudential interpretation, at which present the main conclusions on the subject.

KEYWORDS: Objective Responsibility of the State. Public Agent. Action of Recourse.

INTRODUÇÃO

Em razão das diversas atividades desenvolvidas pelo poder público em prol da coletividade, a Administração, inevitavelmente, acarretará danos ao cidadão, mesmo que não seja essa sua intenção.

A complexidade da máquina pública e a gigantesca gama de obrigações atribuídas ao Estado coloca-o numa posição de grande exposição ao risco de ter de ressarcir eventuais prejuízos decorrentes dessas atividades.

Na evolução das diversas teorias que estudaram a responsabilidade civil extracontratual do Estado, vigora hoje, como regra, a responsabilidade objetiva da Administração, conforme a teoria do risco administrativo. Em outras palavras, na maior parte dos casos, entende-se que basta ao prejudicado comprovar uma ação ou omissão imputável ao Estado, o efetivo dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros elementos.

Tal concepção atende ao princípio da igualdade, vez que não seria justo imputar a um só cidadão os prejuízos de uma situação que é criada em prol de toda a sociedade. Assim, comprovados os elementos caracterizadores da responsabilidade do poder público, conforme dicção do art. 37, §6º da Constituição, caberá a mesma ressarcir o prejudicado e, apurado dolo ou culpa do agente estatal, mover a respectiva ação regressiva contra esse de modo a ver-se ressarcida dos prejuízos experimentados em razão da conduta errônea do mesmo.

A ação regressiva do Estado é um assunto ainda polêmico, sendo que, somente agora vem sendo dado seus efetivos contornos pela doutrina e pela jurisprudência.

Diversas são as indagações sobre o tema: a) o “direito” de regresso é uma faculdade ou um poder-dever da Administração? b) Como se dará a responsabilidade do agente público no plano formal? Caberá denunciação da lide contra o mesmo? c) Em que momento deve ser acionado o servidor e quando surgirá para o mesmo o dever de ressarcir os cofres públicos?

No intuito de responder essas e outras questões, iniciamos nosso trabalho com a abordagem da responsabilidade do Estado, seus pressupostos, elementos caracterizadores e análise dos casos mais específicos.

Diante dessas considerações, desenvolvemos o tema da ação regressiva da Administração contra seus agentes. Procuramos, assim, discutir e trazer a lume os principais posicionamentos da doutrina acerca da matéria. Deixamos propositalmente a jurisprudência num plano inferior, só a citando quando absolutamente imprescindível para o deslinde da questão posta. Com isso, procuramos discutir mais os argumentos que os julgados das Cortes Superiores, visto que a composição desses tribunais e, sobretudo, o entendimento dominante sobre determinado assunto tem variado conforme vai se modificando sua composição.

Ao final, trazemos as principais conclusões sobre os diversos temas debatidos, sempre fulcrados no marco teórico do Estado Democrático de Direito, sopesando os direitos fundamentais do cidadão e o interesse público em sua acepção mais contemporânea.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O cotidiano das atividades estatais em busca do bem comum envolve uma gama enorme de condutas que, eventualmente, possam vir a causar danos ao cidadão. O poder-dever de atuar nos mais diversos campos da vida social, acaba por envolver o Estado num feixe inimaginável de relações jurídicas e, assim, torna-o responsável por uma série de situações danosas.

Desse modo, como mero reflexo dessa necessidade de prover o interesse coletivo, surge o inequívoco dever do poder público em responder pelos atos danosos decorrentes de seus atos comissivos e omissivos. Nesse sentido é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹ acerca da responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 799.

Como qualquer sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Ressalte-se, por oportuno, que embora esse conceito englobe os danos decorrentes de atos lícitos praticados pelo poder público, não estamos aqui a tratar daqueles casos em que a ordem jurídica já de antemão confere ao ente estatal o poder de atingir diretamente o direito do privado sob a condição indenizatória, tal como ocorre no caso das desapropriações.

Trataremos, pois, tão somente da atuação estatal cujo dano ao cidadão surge como mera seqüela de uma ação estatal cujo fim não seria, ao menos *a priori*, atingir direitos alheios.

O ponto chave da responsabilidade do Estado e para onde parece caminhar seu desejado equilíbrio é a teoria do risco social. Essa é, segundo consenso doutrinário, o embasamento teórico que dá suporte ao art. 37, §6º da Constituição de 1988:

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

Com efeito, a necessidade de socializar os riscos decorrentes da atividade estatal, evitando que um ou outro particular venha a sofrer prejuízos individualmente em prol da coletividade, parece convergir para os ideais republicanos.

Em adesão a esse pensamento José dos Santos Carvalho Filho² apresenta a fundamentação necessária a essa conclusão:

Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que tornou-se plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas que o administrado. É realmente o sujeito jurídica,

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 475.

política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.

Diante disso, passou-se a considerar que por mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes havia de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

Além do risco decorrente das atividades estatais em geral, constitui também fundamento da responsabilidade objetiva do Estado o princípio da repartição dos encargos. O Estado, ao ser condenado a reparar os prejuízos do lesado, não seria o sujeito pagador direto; os valores integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais.

Verifica-se, portanto, que os postulados que geraram a responsabilidade objetiva do Estado buscaram seus fundamentos na justiça social, atenuando as dificuldades e impedimentos que o indivíduo teria que suportar quando prejudicado por condutas de agentes estatais.

Note-se, contudo, que tal concepção foi precedida por diversas outras teorias, cujos fundamentos foram sendo paulatinamente superadas, conforme a seguir passaremos a expor.

1.1 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

1.1.1 IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ao menos no plano mundial, a primeira manifestação acerca da responsabilidade civil do Estado vigorou durante um bom tempo o princípio da irresponsabilidade do Estado. Embora hoje o dever indenizatório em caráter universal seja um dos pilares do Direito Moderno, vigorou no período absolutista as conhecidas fórmulas “Le roi ne peut mal faire” e sua correspondente inglesa “The King can do not

wrong”. Tais premissas sintetizavam o espírito do despótico e soberano que até então dominante.

Apoiado numa ideia equivocada de soberania, a teoria da irresponsabilidade civil da Administração, conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, jamais vigou no Brasil:

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro; mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação.

As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções.

Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio.

1.1.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO – TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

A lógica evolutiva da responsabilidade do Estado partiu, pois, de sua irrestrita irresponsabilidade, migrando, logo após, para a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa administrativa) para só então alcançar o reconhecimento das teorias calcadas no Direito Público (responsabilidade objetiva).

Nessa escala evolutiva, o reconhecimento da responsabilidade subjetiva do Estado teve importante marco no direito francês, através do famoso aresto Blanco, cujo julgamento se deu em 1º de fevereiro de 1873. Sobre esse ponto, valemo-nos da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴:

O primeiro passo no sentido da elaboração das teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pelo jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco,

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo : Atlas, 2007. p. 600.

4 *Ibidem*, p. 598.

ocorrido em 1873: a menina Agnès 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. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente do funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, por que se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

É a partir dessa decisão que a teoria da culpa administrativa, primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva e culpa objetiva da Fazenda Pública, ganha força.

Hely Lopes Meirelles⁵ expõe a tese com clareza:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do ressico administrativo que sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar culpa administrativa.

Esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização.

A mesma crítica à referida teoria da culpa administrativa é corroborada por Odete Medauar⁶:

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 644.

6 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. op. cit., p. 429.

Numa outra fase, transferiu-se para a atuação administrativa o sentido de culpa, elaborando-se a idéia de que o Estado repararia o dano se fosse comprovado o mau funcionamento, o não funcionamento do serviço, a falha da administração (culpa publicista ou culpa anônima). Essa concepção acarretava para a vítima o encargo da prova do mau funcionamento ou da falha, muito difícil de realizar, sobretudo por demandar um padrão de funcionamento previamente estabelecido, que em geral não existe.

Note-se, contudo, a importante ressalva de que a teoria da culpa administrativa não é uma modalidade de responsabilidade objetiva, mas tão somente a expressão da responsabilidade subjetiva do Estado, conforme nos alerta Mello (2001, p. 809):

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du servisse*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. [...]

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como “falta” (ausência), o que trz ao espírito a idéia de algo objetivo.

1.1.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sob o embasamento da Teoria do risco administrativo, encontra-se sedimentada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 6º.

Essa concepção teórica faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou demonstração de falta do serviço público.

A responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: a) a ocorrência de dano indenizável;

b) ato omissivo ou comissivo advindo do poder público; c) nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e, por fim, d) inexistência de causa excludente de responsabilidade.

Os fundamentos da teoria do risco administrativo é assim justificado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁷:

A nosso ver, a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre todos os cidadãos, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos.

É a idéia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio basilar da igualdade.

Ainda sob esse enfoque observa-se que a responsabilidade objetiva reconhece a desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a este inerentes, prerrogativas estas que, por visarem à tutela do interesse da coletividade, sempre assegurarão a prevalência jurídica destes interesses ante os do particular.

Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação.

1.1.4 TEORIA DO RISCO INTEGRAL

A teoria do risco integral é assim definida por Diógenes Gasparini⁸:

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na

7 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. p. 500.

8 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 978.

produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio sobre uma via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar.

A doutrina e a jurisprudência tem sido vacilante quanto à efetiva adoção da teoria do risco integral. Lucas Rocha Furtado⁹ tem defendido sua incidência:

A teoria do risco integral é mencionada apenas de forma excepcional pelo texto constitucional no art. 21, XXIII, “c”, quando se refere ao denominado dano nuclear.

Em situações igualmente excepcionais, e sem previsão constitucional – o que não deve ser entendido como equívoco dos tribunais –, a jurisprudência pátria tem adotado a teoria do risco integral. Veja-se o exemplo dos acidentes ferroviários envolvendo atropelamento de pessoas que transitam nas linhas férreas em que é aplicada a teoria do risco integral sem que a culpa da vítima seja utilizada para eximir ou atenuar a responsabilidade do poder público.

Defendendo posição diametralmente oposta, Diógenes Gasparini¹⁰ pondera: “Essa teoria, por ser injusta (RT, 589:197, 738:394), não recebeu maiores cuidados da doutrina nem é adotada por qualquer país”.

Sob esse ponto, ousamos discordar da posição adotada pelo preclaro doutrinador. Ora, se mesmo na legislação civil, há diversas hipóteses de responsabilidade civil lastreada no risco integral, por que não adotá-la em similitude de hipóteses em face do poder público? Cite-se, a título de exemplo, a responsabilidade ambiental (Lei 6.938/81 – art.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1012.

10 GASPARINI, op.cit., p. 979.

14), do transportador aéreo (Lei 7.565/86) e até mesmo em nosso Código Civil – coisa caída – art. 938 da Lei 10.406/2002.

Não seria, pois, razoável, em face de toda evolução ocorrida sobre o tema, admitir que o particular respondesse nas hipóteses supra mencionadas com base da teoria do risco integral e o poder público não, sobretudo em matéria afeta a danos nucleares.

1.2 OMISSÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Muito embora a teoria da responsabilidade subjetiva da Administração tenha sido, ao menos de um modo geral, superada pela teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade da teoria do risco administrativo, em relação aos danos gerados por condutas omissivas do Estado, tem-se discutido acerca da sua efetiva aplicação, tomando-se, para tanto, como norte decisório a existência ou não sobre a efetiva existência de um especial dever de agir em relação ao dano sofrido pelo particular. Lucas Rocha Furtado¹¹ nos dá um exemplo bastante ilustrativo acerca da controvérsia:

Para melhor entendermos a questão, tomemos por como exemplo a situação comum em centros urbanos: a queda de árvores em veículos estacionados com vias públicas.

O poder público é chamado a ressarcir esse tipo de dano, porque lhe compete conservar as vias públicas, adotando as medidas necessárias à segurança e à preservação da integridade das pessoas e dos bens que por elas trafegam. Na hipótese de árvores ou galhos que danificam veículos, o Estado é chamado a ressarcir o prejuízo, independentemente de culpa, em razão do nexo de causalidade decorrente da sua omissão, que deve providenciar a poda das árvores, e o dano dela decorrente. Se, todavia, o poder público é demandado e demonstra que adotou as providências que lhe cabia, ou seja, que realizou a poda com a observância de todos os parâmetros técnicos e ambientais exigidos, e que, em razão de forte vendaval – de intensidade poucas vezes vista naquela região – houve dano, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado. No caso, se o Estado logra demonstrar que não houve omissão, ele é isento de responsabilidade civil do Estado. No caso, se o Estado logra demonstrar que não houve omissão, ele é isento de responsabilidade

11 FURTADO, op. cit., p. 1030.

porque descaracteriza o nexa de causalidade, e não por que houve ou deixou de haver culpa.

Em conclusão, a discussão sobre a responsabilidade civil do Estado na omissão, especificamente acerca do seu enquadramento na teoria objetiva ou na teoria subjetiva, vem de muito tempo, e não há sinais de que venha a ser adotada uma teoria em detrimento da outra. É certo, todavia, que na jurisprudência é mais fácil identificar a menção à teoria subjetiva quando se trata de omissão do Estado.

Sob esse aspecto, não podemos nos furtar de transcrever a argumentação dispendida pelo Celso Antônio Bandeira de Mello¹², mesmo porque nela, ele ressalta que caberá à Administração desconstituir a presunção do seu dever de agir:

Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de uma assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evita-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando acúmulo de água. Nestas situações, sim terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.

Finalmente, quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de “culpa presumida”.

Com efeito, em inúmeras situações de “falta de serviço” é de admitir-se uma presunção de culpa contra o Poder Público, sem o quê o

¹² MELO, op. cit., p. 821.

administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado. Ora, quem quer os fins não pode negar os necessários meios. Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito que permitiriam coloca-la em jogo. Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra a inversão do ônus da prova.

Sem embargo do peso argumentativo das questões postas, temos que, no que tange aos danos ocorridos por suposta omissão da Administração, a melhor solução será sempre verificar, no caso em concreto, a existência de um efetivo dever de agir do Estado de modo a embasar a necessária existência do nexo de causalidade alegada entre o dano sofrido e a omissão do poder público. Desnecessário, pois, perquirir sobre questões processuais de inversão do ônus da prova. Todo Juiz, pautado pelas regras de experiência, é capaz de inferir, pautado pelo princípio da razoabilidade se determinada conduta era ou não exigível da Administração.

1.3 OMISSÃO DO ESTADO E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Outra importante questão sobre o tema, é a tese da “reserva do possível” como fator excludente da responsabilização do Estado, sobretudo quanto às prestações positivas devidas pela Administração. O tema, diretamente relacionado aos estudos da “Análise Econômica do Direito”, ganhou especial relevo nos tribunais brasileiros.

A solução até agora acenada pelos Tribunais Superiores é no sentido de que a tese de limitações orçamentárias não podem, como regra, ser utilizadas como fundamento para eximir o Estado do dever de cumprir seus deveres constitucionais básicos, especialmente no que diz respeito àqueles relacionados à realização dos direitos fundamentais.

Tal posicionamento deve, contudo, ser adotado com parcimônia, conforme entendimento sufragado por Lucas Rocha Furtado¹³:

13 FURTADO, op. cit., p. 1032.

A regra não é fixada, todavia, de forma absoluta. Em seu voto, o relator ressalva que “comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”.

Em resumo, é possível afirmar que se for demonstrado que a impossibilidade de agir do Estado é real, que se deve à efetiva inexistência de recursos orçamentários, deve ser afastada a responsabilidade do poder público pela não prestação de serviços ou pela não realização de obras públicas. Ou seja, a teoria da reserva do possível não é totalmente afastada do nosso ordenamento e não deve ser, portanto, desconsiderada por completo nas situações em que a impossibilidade de agir do Estado se deva à absoluta incapacidade de atuação por força de limitações orçamentárias ou financeiras.

Por óbvio, não poderá ser invocado a “reserva do possível” em casos como o assassinato de um detento em razão da superlotação da penitenciária, óbito de pacientes do SUS por falta de medicamentos ou tratamentos médicos minimamente aceitáveis ou mesmo acidentes e calamidades públicas pré-anunciadas em razão da falta de investimento em políticas de saneamento e infraestrutura básicas.

1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DO LEGISLATIVO E DO JUDICIÁRIO

É recorrente o debate acerca da responsabilização dos agentes políticos, membros do Poder Legislativo e magistrados. Não obstante, a dicotomia entre servidores públicos “comuns” e agentes políticos deite suas razões em critérios históricos e pouco convincentes sob a ótica democrática, é de se reconhecer que a responsabilização dos atos legislativos e judiciais devem ser sopesados em face de critérios ontológicos e não formais.

Quanto à primeira hipótese, vale dizer, a responsabilidade por ato legislativo cumpre ponderarmos que a lei, ao menos em seu aspecto material, possui a caráter abstrato, razão pela qual seu potencial ofensivo à esfera dos direitos dos cidadãos é diminuta, ao contrários dos atos administrativos que, dada a sua concreção, invariavelmente atingirão em alguma medida o interesse privado.

Sobre o tema, Edimur Ferreira Faria¹⁴ discorre:

14 FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 651.

A função precípua do Poder Legislativo é a de editar o Direito consubstanciado em normas gerais e abstratas, materializadas na lei. Ora, sendo de natureza geral, a lei, em princípio, destina-se à comunidade como um todo e não ao indivíduo. Por esse motivo, seria impossível identificar-se dano individual provocado por lei geral.

A lei, mesmo que aparentemente prejudicial, por ser dirigida a todos que se encontram nos raios de seu alcance, não pode ser considerada danosa para os efeitos de indenização. A regra é, por conseguinte, a da irresponsabilidade do Estado por ato do Legislativo, no exercício de sua atividade fim: editar a lei. Hely Lopes Meirelles inadmitte o dever de a Fazenda Pública indenizar por dano causado em virtude de ato típico do Legislativo. Argumenta que, se admitisse a reparação, a sociedade estaria indenizando a si mesma, visto que o Estado é gestor de coisa pública, por conseguinte, paga aos lesados com recursos arrecadados da sociedade por intermédio, principalmente, de tributos. Outro argumento de Hely Lopes e de outros autores é de que a sociedade não pode cobrar do Estado por atos danosos praticados pelos legisladores, escolhidos por ela para lhe representarem na atividade administrativa.

Ademais, parece-nos acertado o entendimento de que os cidadãos não tem direito a um regime jurídico específico. Diz a Constituição em seu art. 5º que lei apenas respeitará o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Não verificada na prática uma dessas violações, o que certamente se dará através de um ato administrativo e não legislativo, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado.

No que pertine a responsabilidade da Administração por atos jurisdicionais, tem-se defendido a tese que a ao Judiciário cabe a pacificação das relações jurídicas postas ao seu crivo. Evidentemente, prestigia-se, nesse momento, o princípio da segurança jurídica. Assim, questionar-se sobre a responsabilidade por ato jurisdicional significaria perpetuar as lides, substituindo-se apenas o polo passivo das ações, em afronta ao postulado da coisa julgada.

A questão, entretanto, tem singeleza apenas aparente. Odete Medauar¹⁵ defende a solução positivista para o assunto:

Somente vem aceita a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário de natureza criminal, em virtude do art. 630 do Código de Processo Penal, cujo teor é o seguinte: “O tribunal, se o interessado

15 MEDAUAR, op. cit., p. 437.

o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. O direito à reparação por erro judiciário (criminal) independe da revisão da sentença, como se depreende do art. 5º, LXXV, da CF, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. O preceito não vincula o direito à indenização à revisão da sentença.

O ordenamento pátrio previu a responsabilidade pessoal do juiz, no art. 133 do Código de Processo Civil: “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lha atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”.

Com a devida vênia ao entendimento acima esposado, ressalta-se contraditório defender que a responsabilidade por erro judicial, sobretudo nos casos de dolo e fraude, limitar-se-á aos casos de natureza penal. Primeiro porque não há fundamento jurídico limitador para tanto. Ao contrário, o art. 133 do CPC nos conduz a entendimento diverso. Segundo, porque esse entendimento violaria o princípio da isonomia. Um exemplo talvez deixe a questão um pouco mais clara: suponhamos que uma determinada lide de natureza cível tenha sido decida desfavoravelmente em detrimento de um particular. Logo depois, descobre-se que a sentença foi fruto de propina (corrupção passiva praticada pelo Juiz em conluio com a outra parte). Ora, inequívoco o dever indenizatório na espécie, assim como nos lamentáveis casos de erros judiciários na esfera penal.

1.5 RESPONSABILIDADE POR ATOS TERRORISTAS

Embora absolutamente casuística a hipótese, felizmente atribuível à elogiável posição pacifista do Brasil no cenário internacional, coube ao Congresso Nacional regulamentar hipótese de responsabilidade civil perante terceiros no caso de atentados terroristas.

Com efeito, Diógenes Gasparini¹⁶ recorda:

16 GASPARINI, op. cit. p. 993.

A União responde objetivamente por atos terroristas, consoante disciplina imposta pela Lei federal 10.744, de 9 de outubro de 2003, que dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresa brasileira de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.

2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Como já dito alhures, a responsabilidade objetiva do risco administrativo exige a ocorrência dos seguintes requisitos: a) a ocorrência de dano indenizável; b) ato omissivo ou comissivo advindo do poder público; c) nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e, por fim, d) a existência de uma excludente de responsabilidade civil do Estado.

A toda evidência, a primeira questão a ser indagada é se, uma vez caracterizado o dano ao particular, houve de fato uma ação ou omissão imputável ao Estado e há o imprescindível nexos de causalidade do mesmo com o prejuízo experimentado.

Costuma-se relacionar como causas excludentes da responsabilidade estatal, a culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito.

Diógenes Gasparini¹⁷ traz a lume os elementos dessa discussão:

Afirma-se, assim, que em duas hipóteses o Estado não tem que indenizar. A primeira diz respeito a acontecimento, imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado, do tipo tufão e da nevasca (caso fortuito) ou da greve e da grave perturbação da ordem (força maior). Destarte, demonstrado que o dano é uma decorrência de acontecimentos dessa ordem, não há o Estado que indenizar, dado não ter sido ele o causador do dano, conforme decisões de nossos tribunais, a exemplo do STF (RDA, 128: 554) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT, 509: 141). Assim, demonstrado o estado de imprevisibilidade e de irresistibilidade do evento danoso, nada mais é necessário para liberar a Administração Pública da obrigação de indenizar o dano sofrido pela vítima. [...]

A segunda diz respeito à situação em que a vítima deu causa ao evento danoso. É o que ocorre quando a vítima se atira sob as rodas de um caminhão de lixo pertencente ao Estado. Por evidente,

17 GASPARINI, op. cit. 979.

nada fez o agente estatal para a ocorrência desse evento gravoso para a vítima. Nesse caso e em outros semelhantes, não cabe qualquer responsabilidade do Estado, pois não está presente o nexo indispensável entre a ação do Estado e o dano sofrido pela vítima. Ao contrário, se algum prejuízo deve ser indenizado é o do Estado, pois foi a vítima quem, com sua contribuição exclusiva e total para o evento, causou dano ao veículo público.

Costuma-se, ainda, mencionar como causa excludente o fato do agente público estar fora de suas atividades funcionais. Acerca do assunto, Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁸ dispõe:

A característica destas circunstâncias excludentes da responsabilidade estatal é a inexistência do vínculo causal entre o comportamento da entidade pública ou da entidade concessionária de serviço público e o dano produzido. Assim, não obstante tenha ocorrido dano, este não é imputável ao Estado, por ser oriundo da causa estranha à conduta da pessoa jurídica. Consoante antes afirmado, é o elo de causalidade entre o comportamento e o dano dele decorrente que circunscreve o espaço da responsabilidade estatal. Onde este não se puder acertar, não sobrevirá a responsabilidade. [...]

Não se cogita, assim, de responsabilidade estatal quando o autor do comportamento causador do dano, não obstante seja agente público, não tenha agido nessa qualidade. O agente público pratica atos em sua vida que não têm pertinência com a função correspondente ao cargo, função ou emprego público no qual se encontra investido, vale dizer, não são todos os seus atos praticados na sua condição de servidor público. O que exorbita daquela qualidade, ainda que ocasione dano, não terá qualquer relação obrigacional gerada para a entidade a cujo quadro ele pertença.

Assim, nas hipóteses mais comuns de responsabilidade objetiva do Estado decorrentes de atos comissivos e lastreada na teoria do risco, adotar-se-á o entendimento retro sufragado. Quanto às hipóteses de risco integral (quando admitidas) e atos omissivos, uma análise mais ou menos aprofundada da questão no caso em concreto far-se-á necessária.

18 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p. 278.

3 OS SUJEITOS QUE COMPROMETEM O ESTADO

Obviamente, por tratar-se de uma ficção jurídica, o Estado manifesta diretamente sua vontade, fazendo-o, outrossim, por meio da atuação de seus agentes, na medida em que investidos dessa qualidade.

Hoje em dia há uma gama de agentes e entes públicos atuando em nome do Estado. Nesse contexto, surgiram diversas teorias que buscam explicar a relação do Estado com seus agentes (teoria do mandato, teoria da representação e teoria do órgão).

Uma infinidade de entes também atuam em prol do interesse público e investidos da condição de poder público.

Sobre o tema, é de se trazer a lume a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹:

A relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica. O que o agente queira, em qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada –, entende-se que o Estado quis, ainda que haja requerido mal. O que o agente nestas condições faça é o que o Estado fez. Nas relações não se considera tão-só se o agente obrou (ou deixou de obrar) demodo conforme ou desconforme com o Direito, culposamente ou dolosamente. Considera-se, isto sim, se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

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

Quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam engajamento da responsabilidade do Estado? São todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.

19 MELLO, op. cit. p. 814.

Nesta qualidade interessam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.

Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.

Embora esclarecedora a lição do professor paulista, a questão da responsabilidade por atos praticados por prestadores de serviço público, pessoas jurídicas de direito privado, ainda suscita dúvidas.

Para aclará-las, tomamos a lição de Lúcia Valle Figueiredo²⁰:

Que tipo de responsabilidade é empenhada quando o dano for praticado não propriamente por alguém ligado ao aparelho estatal, mas por quem esteja prestando, descentralizadamente, serviços públicos cabentes ao Estado?

A responsabilidade também é objetiva. É dizer, depende apenas do nexó de causalidade entre o dano e o agente que o causou; e, atualmente, pelo texto constitucional vigente, descabe dúvida.

Se a atividade é estatal e, por delegação legal, foi transferida a uma pessoa estatal, responsável último será sempre aquele que delegou ou transferiu o exercício do serviço.

Enfatizamos: não há por que se falar em responsabilidade subsidiária. Consoante nos afigura, a responsabilidade seria solidária, colocando-se, evidentemente, o indisponível dever de regresso.

Tal afirmação parece-nos mais afinada ao texto constitucional.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 279.

Todavia, se a prestação de serviço foi cometida a concessionário de serviço, pessoa de direito privado, na verdade temos duas relações instauradas: 1) a do concedente e concessionário, nos termos do contrato de concessão; 2) a do concessionário em face de terceiros ou dos usuários do serviço público. Nessa última hipótese a responsabilidade é objetiva do concessionário. Entretanto, se exauridas as forças do concessionário, responderá o concedente, subsidiariamente.

Vê-se, pois, que, a lei é bem abrangente quanto aos agentes que comprometem a Administração no seu dever de indenizar.

5 O DANO INDENIZÁVEL

A abertura democrática, ao mesmo tempo em que teve o mérito de tornar a acessibilidade à justiça uma máxima do direito do indivíduo, propiciou seu efetivo abuso, notadamente daqueles que litigam sob o pálio da justiça gratuita.

Talvez por uma concepção distorcida acerca da missão do Judiciário, observa-se, sobretudo nas duas últimas décadas uma litigiosidade exacerbada. Não se pondera mais sobre o efetivo direito posto em juízo. Assim como num cassino, jogam-se as fichas (no caso, petições iniciais) ao crivo do Judiciário na esperança de obter algum benefício ou prestação.

Note-se que não estamos aqui a falar dos legítimos direitos assegurados por este importante Poder da República. Dizemos das milhares de lides consubstanciadas em pedidos de indenizações pelos fatos mais estapafúrdios e corriqueiros.

Nesse passo, cabe-nos analisar quais são os danos decorrentes da responsabilidade civil extracontratual do Estado são realmente indenizáveis.

Aqui, mais uma vez é irretocável a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello²¹:

Inobstante o quanto se expôs, cumpre advertir que não é qualquer dano relacionável com comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização.

[...]

21 MELLO, op. cit., p. 826.

Não basta para caracterizá-lo a mera deteriorização patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.

Por isso, a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca, de uma repartição, pode representar para os comerciantes e profissionais instalados em suas imediações evidentes prejuízos, na medida em que lhes subtrai toda a clientela natural derivada dos usuários daqueles estabelecimentos transferidos. Não há dúvida de que os comerciantes e profissionais vizinhos terão sofrido um dano patrimonial, inclusive o “ponto” ter-se-á destarte desvalorizado. Mas não haverá dano jurídico. [...]

Há ainda outro traço necessário à qualificação do dano.

Para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidentes sobre um direito, seja certo, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.

Nele se engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo). [...]

Assim também, não configurariam dano moral providências legítimas, embora às vezes constrangedoras, como a revista, desde que eventuada sem excessos vexatórios, por agentes policiais ou alfandegários em alguma pessoa, seja por cautela, seja por suspeita de que porta consigo uma arma, bem ou produto que não poderia portar ou que, na circunstância, ser-lhe-ia defeso trazer consigo.

Também nessa mesma linha Robertônio Santos Pessoa²² aduz:

Não há responsabilidade sem prejuízo. A responsabilidade civil do Estado somente se manifesta ante a demonstração inequívoca de um dano efetivo causado por uma ação ou omissão administrativa. Contudo, o dano suscetível de indenização, de forma a desencadear de forma legítima a responsabilidade civil do Estado, deve revestir algumas características especiais.

²² PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 582.

Cumpra, antes de tudo, que do dano seja certo, ou seja, que seja efetivo, real e que esteja perfeitamente configurável no presente, embora sua amplitude e dimensão possa ainda não estar perfeitamente determinada, sendo assim, passível de aferição futura quanto a este aspecto.

Importa que o prejuízo seja, conforme já destacado, especial, ou seja, que onere uma situação particular, perfeitamente determinável, pertinente a um ou a alguns indivíduos. Gravames demasiado genéricos, disseminados por toda a sociedade, não são objeto de indenização.

O dano deve ser anormal, isto é, exceder àqueles gravames normais decorrentes da vida societária, mormente em nossos dias, quando a crescente atuação estatal e do grande número de demandas a serem equacionadas importam, com frequência, na imposição de constantes restrições ao conjunto da população. Assim, v.g., descabe indenização no caso de breves interrupções no tráfego de ruas e avenidas, decorrentes de obras públicas, e que venham, temporariamente, a causar transtornos aos seus residentes e comerciantes.

Um caso emblemático tomou lugar na cidade de Belo Horizonte, em função das obras preparatórias para recebimento da Copa do Mundo no Brasil. Pois bem. O bairro Savassi, zona urbana de uso comercial intenso passou a sofrer uma série de obras de melhoria o que acarretou inegavelmente a perda abrupta da clientela ao longo dos meses em que a intervenção se fez necessária. O fato foi amplamente noticiado pela imprensa local. Passados alguns meses e concluída a obra, houve inegável melhoria do bairro, com significativo acréscimo não só ao valor dos imóveis, mas dos próprios pontos comerciais que passaram a ser intensamente frequentados. Esse exemplo, em nosso sentir, ilustra com riqueza a necessidade de cautela na aferição do dano alegado pela parte prejudicada, muita das vezes em seus interesses e não em seus direitos.

5 DO DIREITO DE REGRESSO

Aferido o dano e reunidos os elementos responsabilizatórios do Estado exsurge a questão do “direito” de regresso da Administração em face do agente causador do dano.

Tal iniciativa, expressamente prevista no art. 37, § 6º da Constituição de 1988, só se dará nas hipóteses em que o agente agiu de

modo ilícito, com dolo ou culpa, já que, em relação a este, como regra, ao contrário do que ocorre no caso do ente público, vigora o princípio da responsabilidade subjetiva.

Ocorre que, diante dessa situação surgem diversas indagações: a) o “direito” de regresso é uma faculdade ou um poder-dever da Administração? b) Como se dará a responsabilidade do agente público no plano formal? Caberá denunciação da lide contra o mesmo? c) Em que momento deve ser acionado o servidor e quando surgirá para o mesmo o dever de ressarcir os cofres públicos?

5.1 DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE REGRESSO: PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO

Quanto a natureza judícia da ação de regresso, Fábio Bellote Gomes²³ afirma:

Caso a Administração Pública seja condenada ao pagamento da indenização, uma vez transitada em julgado a respectiva sentença condenatória e efetuado o pagamento pela Administração Pública, essa poderá promover ação regressiva contra o agente público que praticou o ato danoso, na hipótese de ficar demonstrado que o referido agente concorreu com culpa ou dono para o evento lesivo.

Assim, para a propositura da competente ação regressiva pela Administração Pública contra o agente causador do dano, serão necessários: a) a condenação da Administração Pública ao pagamento da indenização; b) a prova efetiva do dolo ou da culpa do agente público na ocorrência do evento lesivo; c) o efetivo pagamento, pela Administração Pública, da indenização fixada em juízo.

Muito embora o sobredito doutrinador tenha se referido ao “direito” de regresso como uma opção à Administração, não parece ser esta a vontade do legislador.

Com efeito, a Lei 4.619/65, que dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, prevê, em seu artigo 1º, que os procuradores são obrigados a propor competentes ações regressivas contra os funcionários de qualquer categoria declarados culpados por haverem causado prejuízos aos cofres públicos.

23 GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006. p. 237.

Corroborando essa assertiva, Marçal Justen filho²⁴ afirma:

De todo modo, se o particular promover a ação de responsabilização do Estado, caberá a este o poder-dever de promover a ação regressiva contra o agente estatal cuja conduta gerou a condenação. No âmbito federa, esse dever está disciplinado pela Lei n. 4.619/65).

Estabelece-se, assim, um verdadeiro poder-dever da Administração Pública em mover a devida ação regressiva contra seus agentes.

Lamentavelmente, não se sabe por espírito *interna corporis* ou mera praxe administrativa, não se tem verificado na prática o ressarcimento dos prejuízos da Fazenda Pública por seus agentes. Pelo menos é isso que nos tem revelado a prática não só como representantes judiciais da fazenda pública, mas também como servidores.

5.2 DA AÇÃO DE REGRESSO E DENUNCIÇÃO DA LIDE

De outra parte, revela-se igualmente relevante é se saber quanto ao momento do exercício do direito de regresso, conforme estabelece Edimur Ferreira Faria²⁵:

Nos casos em que comporta o exercício do direito de regresso do Estado contra o servidor causador do dano, a doutrina se biparte quanto ao momento do exercício do direito. Uma corrente etende que o ente estatal, uma vez acionado pela vítima, terá que, imediatamente, denunciar a lide o servidor causador do dano. Assim entendem os integrantes da corrente, fundados no art. 70, III do CPC. Para essa corrente, a Administração perderá o direito de regresso se, no momento processual próprio, não denunciar a lide o servidor culpado.

Outra corrente posiciona-se em sentido contrário. Entende esta que a denúncia é dispensável e até inoportuna. [...]

Este parece-nos ser o entendimento que melhor se adapta à situação jurídica, pois tem-se, de um lado, um direito com fundamento na responsabilidade objetiva e, de outro, um direito baseado na culpa subjetiva. O lesado, titular do direito de indenização, terá que

²⁴ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 812.

²⁵ FARIA, op. cit., p. 443.

provar na ação própria, apenas o nexo causal do comportamento da Administração Pública e o dano dele decorrente. Não terá de perquirir a culpa do agente e nem de apontar o agente. Já a entidade estatal responsabilizada pelo dano e compelida ao pagamento da indenização, na ação de regresso, terá de provar a atuação culposa ou dolosa do seu agente. São duas ações distintas que exigem procedimentos probatórios diversos. Logo, não devem ser discutidas em um mesmo processo. Em princípio, a ação da vítima contra o Estado é muito mais rápida do que a do Estado contra o seu agente, dada a simplicidade probatória da primeira em relação a segunda. Por essa razão, o lesado titular de um direito cristalino, não deve ficar esperando a Administração provar a culpa do agente causador do dano.

Nessa linha, parece direcionar-se o comando do art. 122, §2º, da Lei 8.112/90 ao prescrever que, “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”. Não cuidou a norma nem de denúncia da lide e nem do litisconsórcio.

A questão posta, suscita, em nosso sentir e conforme concepção discutida pela doutrina, a existência do direito do administrado demandar diretamente o servidor público (ou mesmo ambos) ou se lhe cabe direito de ação tão somente contra a Fazenda Pública.

Hely Lopes Meirelles²⁶ defende a separação dessas responsabilidades nos seguintes termos:

A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública como direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele despendido, através da ação regressiva autorizada pelo §6º do art. 37 da CF.

O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente.

Defendendo tese oposta, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que:

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

26 MEIRELLES, op.cit., p. 653.

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições a lesado. A interpretação deve coincidir como sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.

Ao seu turno, a parte final do §6º do art. 37, que prevê o regresso do Estado contra o agente responsável, volta-se à proteção do patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público.

Daí a conclusão de que o preceptivo é volvido à defesa do administrado e do Estado ou de quem lhe faça as vezes, não se podendo vislumbrar nele intenções salvaguardadoras do agente. A circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado.

Não obstante a relevância do argumento em prol da salvaguarda dos interesses do administrado prejudicado em seu direito, sobretudo num país onde Estados e Municípios em quase sua totalidade, descumprem o prazo de pagamento dos precatórios por eles devidos, com a vergonhosa complacência da cúpula do Judiciário, não é esta a tese atualmente reinante no Supremo Tribunal Federal, conforme noticiado no Informativo n. 436, de 18 de agosto de 2006, que traz em seu bojo as conclusões do RE 327904/SP, de relatoria do Ministro Carlos Britto:

Responsabilidade Civil do Estado e Agente Público

A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se sustentava ofensa ao art. 37, §6º da CF, ao argumento de ser cabível o ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o agente público, sem a responsabilização do Estado. No caso, a recorrente propusera ação de perdas e danos em face de prefeito, pleiteando o ressarcimento de supostos prejuízos financeiros decorrentes de decreto de intervenção editado contra hospital e maternidade de sua propriedade. Esse processo fora declarado extinto, sem julgamento

de mérito, por ilegitimidade passiva do réu, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça local.

Considerou-se que, na espécie, o decreto de intervenção em instituição privada seria ato típico da Administração Pública e, por isso, caberia ao Município responder objetivamente perante terceiros. Aduziu-se que somente as pessoas jurídicas de direito público ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos podem responder, objetivamente, pela reparação de danos ocasionados por ato ou omissão de seus agentes, enquanto estes atuarem como agentes públicos. No tocante à ação regressiva, asseverou-se a distinção entre a possibilidade de imputação de responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à pessoa física do ente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e entre o direito concedido ao ente público, ou a quem lhe faça as vezes, de ressarcir-se perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. Em face disso, entendeu-se que, se eventual prejuízo ocorresse por força de agir tipicamente funcional, não haveria como se extrair do citado dispositivo constitucional a responsabilidade per saltum da pessoa natural do agente. Essa, se cabível, abrangeria apenas o ressarcimento ao erário, em sede de ação regressiva, depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público. Assim, concluir-se que o mencionado art. 37, §6º da CF consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer. A Min. Cármen Lúcia acompanhou com reservas a fundamentação. (STF, RE 327904/SP, rel. Min. Carlos Brito. 15.8.2006).

Esse parece ser, ao menos no presente momento, o entendimento dominante no plano jurisdicional, Hely Lopes Meirelles²⁷ traz importante reflexão sobre a hipótese específica de dano decorrente de abuso de responsabilidade:

A Lei federal 4.898, de 9.12.65, passou a regular o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Esse diploma legal criou, assim, um sistema especial de responsabilização dos servidores,

²⁷ MEIRELLES, op. cit, p. 657.

facultando à vítima promover a ação civil antes mesmo da condenação da Fazenda Pública pelo dano causado por seu agente (art. 9º). Não se trata, pois, de ação regressiva, mas de ação direta do ofendido contra a autoridade que o lesou, por abuso de poder.

5.3 DO MOMENTO DO RESSARCIMENTO PELO AGENTE PÚBLICO

A Lei federal n. 4.619/65 dispõe que, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do trânsito em julgado a Administração deverá exercer o direito de regresso.

A doutrina critica o termo inicial como sendo o “transito em julgado”, já que o mais correto seria o termo de efetivo desembolso pela Administração, sobe pena de enriquecimento ilícito desta.

A matéria se torna ainda mais controversa na medida em que o Código Civil estabelece prazo prescricional distinto em seu art. 206, §3º, V (lei 10.406/02).

Sobre a questão vale transcrever a lição de Fábio Bellote Gomes²⁸:

O prazo para ajuizamento da ação regressiva, nos termos do disposto no art. 2º, é de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda Pública, sendo que a competência para iniciar a ação regressiva cabe ao procurador lotado no Estado em que haja corrido o processo judicial cuja decisão contra a Fazenda haja transitado em julgado.

Por fim, note-se que a liquidação do que for devido pelo funcionário estável à Fazenda Nacional poderá ser feita mediante desconto em folha de pagamento, que não excederá de uma quinta parte da importância de seu vencimento ou remuneração (conforme art. 6º, da Lei n. 4.619, de 28.04.1965).

Contudo, Fernanda Marinella²⁹ parece fixar com precisão os conceitos relativos ao tema, o que nos conduziria, inclusive a não recepção da Lei 4.619/65, em face do disposto no art. 37, § 5º da CF/88. Senão vejamos:

Quando o Estado indeniza a vítima por prejuízos causados por seus agentes, a Constituição garante-lhe o direito de regresso em face do infrator ter agido com culpa ou dolo. Essa ação de ressarcimento

²⁸ GOMES, op. cit. p. 237.

²⁹ MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 964.

(exercício do direito de regresso) é imprescindível, isto é, não tem prazo, regra prevista no art. 37, §5º, da CF. Entretanto, se o causador do dano não for um agente público, mas um terceiro sem vínculo com o Estado, não há aplicação do artigo citado e o regime será o do Código Civil, art. 206, §3º, inciso V, prescrição trienal.

6 CONCLUSÃO

O Brasil já adota, há algum tempo, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado com fulcro na teoria do risco administrativo.

Tal obrigação tem respaldo constitucional no art. 37 da Constituição que prevê textualmente em seu § 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.”

A ação regressiva prevista nesse dispositivo constitucional foi regulamentada pela Lei 4.619/65 e tem sido compreendido não como uma faculdade, mas sim um “poder-dever” do Estado.

Lamentavelmente, a praxe tem impedido que maus servidores sejam responsabilizados por danos decorrentes de condutas dolosas e culposas. Isso tem propiciado grande prejuízo aos combalidos cofres públicos.

Quando aos aspectos procedimentais, não se tem aceito a denúncia da lide a esses agentes nas ações em que os particulares buscam o ressarcimento perante o Estado. O entendimento dominante é no sentido de que o art. 37, §6º “consagra dupla garantia: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer”.

Ressalte-se, contudo, que, em nossa concepção, o agente público só será obrigado a efetivar o ressarcimento do dano quando a Fazenda Pública efetivamente cumprir com a obrigação que lhe foi imposta judicialmente. Caso contrário, estaríamos admitindo o enriquecimento ilícito do Estado.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Niterói: Ímpetus, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DI PIERTRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*. Barueri: Manole, 2006.
- MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. Niterói: Impetus, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.