

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

MARCIA WEBER LOTTO RIBEIRO¹

RESUMO

Objetiva-se demonstrar através deste trabalho a evolução ao longo dos séculos, das teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, no cenário mundial e notadamente no ordenamento jurídico brasileiro, que culminou na disposição contida no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que abarca a teoria da responsabilidade objetiva do Estado na modalidade risco administrativo. A interpretação do dispositivo constitucional traz várias discussões na doutrina e na jurisprudência que serão aqui abordadas. Dentre elas destacamos a legitimidade do pólo passivo, a figura da denúncia da lide, o prazo prescricional e a possibilidade de responsabilização por atividade legislativa e judiciária.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado, indenização, ação de regresso

¹ Procuradora Nível V do Município de Diadema, Professora do Curso de Direito da UNIANHANGUERA, Especialista em Direito do Trabalho, Especialista e Mestre em Direito Constitucional

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	03
2. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO	04
3. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO	06
4. CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES	09
5. RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE LEGISLATIVA E REGULAMENTAR ..	12
6. RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE JURISDICIONAL	14
7. REPARAÇÃO DO DANO POR VIA JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA	15
8. CONCLUSÃO	19
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A responsabilidade civil do Estado é tema que envolve todas as funções que representam o exercício da tripartição de poderes.

É certo que tal responsabilidade incide, com maior ênfase, sobre as condutas tipicamente administrativas, mas, ainda que de maneira excepcional, é possível falarmos em responsabilização estatal em relação a atos e omissões não só do Legislativo, mas também do Judiciário.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, pp. 602-603) “a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos das atividades da administração”.

Iremos tratar aqui da chamada responsabilidade extracontratual do Estado (em contraposição à responsabilidade civil, de origem contratual), que de acordo com Di Pietro (2009, p. 639) “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Nesse passo, temos que a responsabilização pode ocorrer não só pelo comportamento comissivo, mas também ser fundada na ausência de atitude.

Também devemos registrar que, diferentemente do direito privado onde a ilicitude do ato é fundamental para caracterizar a responsabilidade, no direito administrativo muitas vezes ela se origina de atos lícitos, mas que trazem consequências danosas.

A corroborar a assertiva trazemos à colação os dizeres de Cravalho Filho (2012, pp. 541- 542):

“No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. Nesse ponto, a caracterização do fato como gerador de responsabilidade obedece ao que a lei estabelecer a respeito”.

Neste particular devemos consignar que há autores, como Justen Filho, que não compartilham deste entendimento. Para ele (2009, p. 1073), “a responsabilidade civil do

Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.²

Di Pietro (2009, p. 647) esclarece melhor a questão ao asseverar que:

“Segundo alguns doutrinadores, o Estado só reponde objetivamente se o dano ocorre de ato antijurídico, o que deve ser entendido em seus devidos termos. Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, o ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”.

O conceito de ato lícito pode ser extraído do art. 188 do Código Civil, assim aceito aquele praticado em legítima defesa ou no exercício regular de direito ou ainda aquele que cause deterioração, destruição ou lesão, a fim de remover perigo eminente. Assim, ainda que o ato seja lícito, calcado no poder de polícia administrativa, ele poderá, em tese, gerar indenização.

Completando o exame da definição do instituto, cumpre anotar o que devemos entender por agente público. Agente público é gênero, do qual são espécies os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Em suma, toda pessoa física que presta serviços aos poderes do Estado e aos entes que integram a administração direta, com ou sem remuneração, é considerada agente público.

2. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO COMPARADO

O conceito de responsabilidade estatal hodiernamente adotado foi evoluindo ao longo do tempo e, apesar das várias terminologias adotadas pelos autores, podemos resumir

² Não podemos deixar de registrar que o autor diferencia a responsabilidade civil do Estado da responsabilidade administrativa (2009, p. 1072), sendo que esta última “consiste na submissão da organização estatal do dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta”.

a temática em três grandes teorias, a saber: teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas e teorias publicistas.

A primeira é denominada teoria da irresponsabilidade que vigorou durante a existência dos Estados absolutistas.

A ideia é fundada na soberania do Estado, que detém uma autoridade não passível de questionamentos pelos súditos, embasada na premissa de que o Estado exerce a tutela jurídica e, portanto, não age contra o direito.

A partir do século XIX, passou-se a adotar a teoria civilista da culpa.

Inicialmente, os atos da administração foram divididos em atos de império e atos de gestão. Os atos de império (não indenizáveis) seriam atribuídos ao monarca e, os atos de gestão (indenizáveis) ao Estado, que os praticaria através de seus agentes.

A não aceitação da teoria se deve à impossibilidade de distinguir claramente a diferença entre os dois tipos de atos e enquadrá-los na categoria correta.

A seguir foi consagrado entendimento de que era possível configurar a responsabilidade estatal, desde que fosse demonstrada a culpa pelo evento danoso.

Assim, firmou-se a teoria da responsabilidade do Estado por culpa civil ou teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

Por fim, surgem as teorias publicistas, que tiveram seu marco inicial no final do século XIX, em razão de uma decisão da justiça francesa.

O caso concreto que basilar o nascedouro desse novo entendimento, ficou conhecido como Caso Blanco e ocorreu em 1873, na cidade de Bordeaux.

Trata-se de uma ação civil de indenização movida pelo pai da menina Agnès Blanco, que foi atropelada por um veículo da Companhia Nacional da Manufatura de Fumo.

O fundamento da demanda residia na premissa de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos que cause a terceiros, em decorrência da conduta danosa de seus agentes.

Na oportunidade foi deliberado que a questão deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque a responsabilidade alegada decorria do funcionamento do serviço público e assim, não poderia se submeter aos ditames do Direito Civil.

Aflora assim, a teoria da culpa do serviço, também chamada teoria da culpa administrativa e teoria do risco, que se desdobra em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.

A teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa, retira a culpa do agente público para atribuí-la ao serviço público.

Assim se houvesse culpa individual do agente ele responderia pelo dano pessoalmente, ao passo que, se a culpa fosse anônima ela seria atrelada ao serviço público sob a argumentação de que ele - o serviço - não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal, independentemente da identificação do funcionário.

O aprimoramento continuou e, numa nova visão, o Conselho de Estado da França optou por adotar, em situações determinadas, a teoria do risco, que é o embrião da teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Nesse diapasão a ideia de culpa é substituída pela constatação denexo causal entre a conduta administrativa e o evento danoso. Também é denominada como teoria do risco, porque parte da premissa que a atuação do Estado é permeada pelo risco de dano, o qual lhe é inerente.

A nova teoria é classificada em duas espécies: risco administrativo e risco integral. A primeira admite as seguintes excludentes de responsabilidade: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior. A segunda não comporta nenhuma espécie de excludente, o que equipara o Estado à figura de “indenizador universal”.

Assim temos que a obrigação da Administração Pública de reparar danos patrimoniais exsurge da responsabilidade civil objetiva.

Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes (2002, p. 234):

“Os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano;nexo causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; a oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado”.

3. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo leciona Di Pietro (2009, pp. 644-647) o ordenamento jurídico pátrio nunca consagrou a teoria da irresponsabilidade do Estado.

A Constituição Imperial (1824) e a primeira Constituição Republicana (1891) não tratavam especificamente do tema responsabilidade civil do Estado, apenas previam a responsabilidade do funcionário decorrente de abuso ou omissão no exercício de suas funções.

Contudo, existiam leis ordinárias que previam a responsabilidade estatal, interpretada pela jurisprudência da época como sendo solidária com a dos funcionários.

Com o advento do Código Civil, em 1916, pugna-se pela adoção da teoria civilista da responsabilidade subjetiva, em razão do contido no art. 15 daquele diploma legal, *in verbis*:

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

As Constituições que se seguiram de 1934 e de 1937 previram o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e seus funcionários, respectivamente, em seus arts. 171 e 158, nos seguintes termos:

“Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

A partir da Constituição de 1946, passamos a adotar a teoria da responsabilidade objetiva, consoante o artigo abaixo transcrito:

“Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Na sequência a Constituição de 1967 (art. 107) e a Emenda nº1, de 1969 (art. 107), continuam com o mesmo entendimento, todavia, alteram o parágrafo único para constar que a ação regressiva será exercida não só em caso de culpa, mas também em caso de dolo:

“Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Finalmente a Constituição de 1988, consolida a teoria da responsabilidade objetiva, consoante o disposto no art. §6º:

“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”.

Interessante anotar que o dispositivo consagra a teoria da responsabilidade objetiva em relação ao Estado e a teoria da responsabilidade subjetiva em razão do agente público.

Destarte, a exegese da regra constitucional nos permite elencar algumas questões que carecem de melhores esclarecimentos.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 603) observam que a responsabilidade objetiva “reconhece a desigualdade jurídica existente ente o particular e o Estado, decorrente das prerrogativas de direito público a este inerentes”, que, como sabido, levam a prevalência do interesse público sobre o particular. E concluem que seria injusto que aqueles que sofressem prejuízos em razão da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa para que fossem indenizados.

O ato lesivo deve ser praticado por agente de pessoa jurídica de direito público, vale dizer União, Distrito Federal, Estados e Municípios suas autarquias ou fundações ou ainda os agentes de pessoas jurídicas de direito privado, que prestem serviços públicos, inserindo-se nesta categoria as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos³.

Por agente público devem ser entendidos não só os servidores públicos em sentido lato e estrito, como também os agentes políticos, e os particulares em colaboração com o Poder Público, desde que estejam agindo no exercício de suas funções.

Importante anotar, que em 2005 o Supremo Tribunal Federal entendia que a expressão “terceiros”, que legitima a responsabilidade objetiva dos concessionários de serviço público, abarcaria somente o usuário do serviço público, e se eventualmente o dano atingisse o terceiro não usuário do serviço, aplicar-se-ia a regra da responsabilidade subjetiva (RE 262.651/SP).

³ Saliente-se que as empresas públicas e as sociedades de economia mista exploradoras da atividade econômica não estão sujeitas a tese da responsabilidade objetiva, respondendo pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas.

Em 2009, o órgão máximo do Judiciário brasileiro reviu seu posicionamento e hoje vigora o entendimento de que a responsabilidade dos concessionários prestadores de serviços públicos por danos causados é objetiva em relação aos usuários e terceiros não usuários (RE 591.874/MS).

A doutrina e a jurisprudência entendem que o dano que enseja indenização é aquele que se configura anormal e específico, ou seja, aquele que quebra o sistema isonômico dos indivíduos mediante as obrigações sociais.

Por outro lado, no que tange à responsabilização do agente público, a mesma só se consagra se restar comprovado que o mesmo agiu com dolo ou culpa hipótese na qual, surge para o Estado o direito de regresso, evidenciando-se, portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva.

Enfatizamos, por oportuno, que o ato danoso perpetrado pelo agente público além da responsabilização civil, pode ensejar ainda responsabilidade administrativa e/ou responsabilidade criminal.

4. CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES

Como já apontamos linhas atrás a teoria da responsabilidade objetiva do Estado comporta duas variantes: risco administrativo a risco integral.

No Brasil, predomina a modalidade risco administrativo, embora, excepcionalmente, a lei infraconstitucional enumere casos em que se aplica a modalidade risco integral, como veremos mais adiante.

São consideradas cláusulas excludentes da responsabilidade estatal a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro. Com relação à causa atenuante elencamos a hipótese da culpa concorrente da vítima.

Por força maior devemos entender o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, geralmente exemplificado por ações decorrentes da natureza como, por exemplo: raios, tempestades, terremotos.

Frise-se que a figura do caso fortuito, prevista na lei civil, não é aceita como excludente de responsabilidade administrativa, haja vista ser entendida como decorrente de ato humano ou de falha da Administração.

Ademais, também há o entendimento de que, ainda que o dano decorra de força maior, poder-se-á em casos concretos evidenciar-se a responsabilidade do Estado, se restar comprovado que a omissão da Administração contribuiu para o resultado do sinistro. Exemplo típico dessa situação são as enchentes decorrentes das chuvas, que apesar de se enquadrarem como eventos naturais poderiam ter suas consequências danosas evitadas ou mitigadas, se o Poder Público atuasse de maneira preventiva.

Para melhor ilação, citamos o escólio de Di Pietro (2009, p. 651):

“No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ser evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do estado para impedir o dano”.

Complementado a tese, discorre Justen Filho (2009, p. 1085):

“Excluídas as hipóteses em que o direito estabelecer que a omissão estatal é em si mesmo ilícita, será descabido reputar que a mera e simples inação produzirá a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. Assim, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixar de limpar galerias pluviais, daí derivando inundação das vias públicas e prejuízos a terceiros. Mas a reprovabilidade atinente à omissão imprópria é idêntica àquela que se põe nos casos de responsabilidade por ação de omissão própria. Em todos os casos, é necessário avaliar a conduta estatal e verificar se houver infração a um dever de diligência. A conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica”.

No que tange à culpa da vítima, se exclusiva, a responsabilidade estará excluída; se concorrente, vale dizer, se ela e o Estado atuam conjuntamente para a efetivação do evento, haverá uma atenuante de responsabilidade, dividindo-se entre ambos a responsabilização,

proporcionalmente às atitudes perpetradas por cada parte envolvida. Nesse sentido aponta o art. 945, do Código Civil⁴.

Com relação à culpa de terceiro, embora aceita como excludente, deve-se registrar que a mesma não é absoluta. Com efeito.

De acordo com o art. 930 do Código Civil⁵, c.c. com o art. 188, inc. II⁶, do mesmo diploma legal, se o perigo iminente ocorrer por ato de terceiro e seja necessária a deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão à pessoa a fim de remover o referido perigo, cabe ação de regresso contra o terceiro.

Curioso apontar que, em sede de transporte de passageiros, a Lei Civil foi enfática e adentrou na seara do direito público, notadamente em relação do disposto em seu art. 731, assim redigido; “o transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código”.

A não aceitação da excludente denominada culpa de terceiro, em casos dessa espécie, é explícita no art. 734: “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. E, complementando, reza o art. 735: “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

A culpa de terceiros também não pode ser invocada como excludente da responsabilidade do Estado nas relações de custódia, ou seja, as relações de sujeição especial, onde o Estado tem o dever de resguardar a integridade das pessoas e coisas. Para

⁴ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o do autor do dano”.

⁵ “ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)”.

⁶ “ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

elucidar citamos o clássico exemplo do detento que é assinado na cadeia por outro preso ou bens avariados num galpão da polícia judiciária.

Por outro prisma torna-se imperioso elencar as hipóteses em que o ordenamento jurídico pátrio, adota a modalidade do risco integral, onde inexistem excludentes de responsabilização, a saber: indenização por acidente de trabalho nas relações de emprego público; indenização coberta pelo seguro obrigatório para automóveis, o chamado DPVAT (Lei n° 6.194/74) e danos decorrentes de atentados terroristas em aeronaves (Leis n° 10.309/1 e n° 10.744/03).

5. RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE LEGISLATIVA E REGULAMENTAR

Muito se discute no cenário jurídico sobre a existência de responsabilidade estatal decorrente de atos ou omissões do Poder Legislativo e do poder regulamentar do Executivo.

De toda sorte todo argumento que sustenta a irresponsabilidade encontra um contra-argumento em sentido oposto como podemos observar no quadro abaixo:

IRRESPONSABILIDADE	RESPONSABILIDADE
O Poder Legislativo só se limita a situações previstas na própria Constituição, podendo criar, alterar ou revogar normas.	Exatamente pelo fato do Poder Legislativo se limitar à Constituição ele deve ser responsabilizado pela edição de leis inconstitucionais.
O Poder Legislativo edita leis, que por definição, são normas gerais e abstratas, sendo que os ônus dela decorrentes são imputados a todos que se encontrem na mesma situação não havendo, portanto, a inobservância de isonomia.	Nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, devendo o Legislativo responder por danos causados a pessoas determinadas.
Os indivíduos não podem responsabilizar o Estado, em razão dos parlamentares terem sido por eles escolhidos.	Quando o parlamentar é eleito ele deve cumprir a Constituição e, portanto editar leis constitucionais.

Nesse passo, cita Di Pietro (2009, p. 654), que tem se reconhecido a responsabilidade do Estado por atos legislativos ou regulamentares nas seguintes situações: leis inconstitucionais; atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com funções normativas (como por exemplo, as agências reguladoras), com vícios de inconstitucionalidade ou de ilegalidade; leis de efeitos concretos, constitucionais ou inconstitucionais e omissão no poder de legislar e regulamentar.

A responsabilização por leis inconstitucionais depende do reconhecimento prévio da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (RE 153.464).

Já a indenização por atos regulamentares inconstitucionais ou ilegais pode ser pleiteada na mesma demanda que pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

No que tange às leis de efeito concreto, ou seja, aquelas que atingem pessoas determinadas é aceitável a responsabilidade estatal por danos dela decorrentes, ainda que as mesmas sejam constitucionais, porque a elas faltam os requisitos da generalidade e abstração.

Com relação à omissão legislativa a Carta Magna enumera duas medidas judiciais que têm por objetivo sanar o vício.

Tratam-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. Neste particular o Supremo Tribunal Federal já reconheceu em caso concreto (art. 8º, §3º, do ADCT), a omissão legislativa do Congresso Nacional responsabilizando-o por perdas e danos.

Discorrendo sobre o tema Justen Filho (2009, p. 1091) afirma:

“Pode ser indagado se a ausência de produção da lei poderia gerar a responsabilização civil do Estado. Ora, a ausência de produzir lei configura uma atuação omissiva do Estado. Poderá existir infração omissiva própria ou infração omissiva imprópria. A atuação omissiva própria se configurará quando existir um dever jurídico de produzir a lei.

Assim, se a Constituição estabelecer o dever de exercer a competência legislativa, a omissão será uma infração á ordem jurídica. Já a ausência de norma jurídica qualificando a conduta ativa como obrigatória conduz a uma infração omissiva imprópria. Nesse caso, a responsabilização civil do Estado depende da comprovação da violação ao dever de diligência. Mas, em todas as hipóteses, a situação problemática reside na avaliação das perdas e danos”.

6. RESPONSABILIDADE POR ATIVIDADE JURISDICIONAL

Da mesma forma que ocorre com os atos legislativos, a responsabilidade civil por atos jurisdicionais também é bastante discutida pelos doutrinadores, senão vejamos:

IRRESPONSABILIDADE	RESPONSABILIDADE
O Poder Judiciário é soberano.	A soberania é do Estado e não do Poder que somente é autônomo.
Os juízes agem com independência.	A independência é um atributo do Poder.
O juiz não é funcionário público.	No direito brasileiro juiz ocupa cargo público, e a norma constitucional utiliza a expressão “agente”, do qual temos várias espécies, dentre elas os magistrados.
A indenização decorrente de decisão judicial infringe a coisa julgada.	<p>Sendo possível a ação rescisória não haverá coisa julgada.</p> <p>No caso de sentença criminal, além da revisão criminal, cita-se a regra prevista no inc. LXXV, do art. 5º, da C.F: “o Estado indenizará o condenado por erros judiciários, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença⁷”.</p>

É bem verdade que a jurisprudência brasileira tem como regra excluir a responsabilidade por atos jurisdicionais. Di Pietro (2009, p. 660) critica essa realidade ao afirmar que:

“As garantias de que se cerca a magistratura no direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos, gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados

⁷ Neste particular o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo, venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior”. (RE 429.518/SC)

àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça”.

Mutatis mutandi, não podemos esquecer que o art. 133, do Código de Processo Civil estabelece que o juiz responderá por perdas e danos, quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude ou ainda, se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Comentando o tema, Carvalho Filho (2012, p. 570), ressalta que o magistrado é um agente do Estado, razão pela qual não há como afastar neste caso, a incidência da norma constitucional. E finaliza:

“Para a compatibilização da norma do Código de Processo Civil com a Constituição, forçoso será reconhecer que o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz responsável pelo dano, ou ainda contra ambos, o que é admissível porque o autor terá que provar, de qualquer forma, que a conduta judicial foi consumada de forma dolosa”.

Com relação aos atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício de suas atividades meramente administrativas (atos não jurisdicionais) não existe discussão sobre o cabimento da responsabilização.

7. REPARAÇÃO DO DANO POR VIA ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL

De acordo com a doutrina o dano indenizável perante o direito administrativo é aquele que se configura como anormal (porque ultrapassa os inconvenientes naturais e esperados na vida em sociedade) e específico (porque atinge um indivíduo ou uma classe delimitada de indivíduos).

Assim é possível a indenização por danos morais, materiais, emergentes e lucros cessantes, sendo que a maior dificuldade para a vítima é a instrução probatória.

A reparação dos danos causados pode ser requerida na esfera administrativa, dependendo tão somente que a Administração reconheça sua responsabilidade e haja concordância com os valores que serão pagos a título de indenização.

Para Justen Filho (2009, p. 1095):

“O Estado tem o dever de promover espontaneamente a liquidação do dano. Configurados os pressupostos da sua responsabilização civil, a remessa do interessado à via judicial configurará uma segunda infração pelo Estado a seus deveres. A primeira infração se consumou quando o Estado deu oportunidade à

concretização do dano. A segunda ocorre quando se recusa a arcar com a responsabilização daí derivada”.

Caso não obtenha êxito a vítima pode propor ação de indenização na instância competente: Justiça Federal ou Justiça Estadual, dependendo do ente federativo envolvido. Frise-se que também pode se optar em instar diretamente o Poder Judiciário, não havendo necessidade de esgotar o tema na esfera administrativa.

A demanda judicial é uma ação de conhecimento que seguirá o procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme o caso (arts. 272 e 275 do Código de Processo Civil).

A ação terá no pólo passivo a pessoa jurídica causadora do dano, devendo esta exercer seu direito de regresso em face do agente em caso de dolo ou culpa. Contudo, como ressalta Justen Filho (2009, p. 1096): “não há obstáculo a que o particular lesado promova a responsabilização civil do estado concomitantemente com a do agente estatal”. E complementa “a situação tende a um litisconsórcio unitário – na acepção de que a decisão condenatória ou absolutória tenderá a ser idêntica para ambos”.

Por outro lado, em 2006, o Supremo Tribunal Federal passou a rejeitar a propositura de ação indenizatória diretamente contra a pessoa física do agente público (RE 327.904/SP).

No enfoque processual existe uma celeuma sobre a possibilidade de se aplicar à espécie, o instituto da denunciação da lide (art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil), que prevê a denunciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Há também a tese de que a denunciação seria cabível somente em casos de arguição de culpa ou dolo do agente público, excluindo-se tal possibilidade quando houver culpa anônima ou responsabilidade decorrente do risco administrativo.

Alexandre Mazza (2012, p. 305) destaca que a aceitação da denunciação da lide em casos dessa natureza “é visivelmente prejudicial aos interesses da vítima à medida que traz para a ação indenizatória a discussão sobre culpa ou dolo do agente público, ampliando o âmbito temático da lide em desfavor da celeridade da solução do conflito”.

Destacamos que na esfera federal a polêmica foi pacificada em razão da disposição contida no art. 112, §2º, da Lei nº 8.112/90 que determina que em caso de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

De toda sorte, se a demanda for intentada somente em relação à pessoa jurídica e, caso não se promova a denúncia da lide do agente, o Estado tem o poder-dever de promover a ação de regresso em face do referido agente, cabendo ao autor da ação, o ônus da prova, consoante o disposto no art. art. 331, inc. I, do Código de Processo Civil.

Para concluir o tema, não podemos deixar de tecer as considerações atinentes aos prazos prescricionais da ação indenizatória e da ação de regresso.

Com relação à ação de indenização anotamos a controvérsia estabelecida entre o art. 206, §3º, inc. V, do Código Civil que prevê o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil e o do art. 1º, do Decreto-Lei nº 20.910/32 que prevê a prescrição de cinco anos das dívidas dos entes federativos e de todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública federal, estadual ou municipal, contados da data em que verificado o fato em que se fundarem.

Uma parte da doutrina afirma que a regra civilista não se aplica às ações que envolvam pretensão de reparação civil em razão da responsabilidade do Estado. Isso porque a regra do Código Civil é genérica e a lei administrativa é especial.

Como defensor dessa corrente, citamos Justen Filho (2009, p. 1118):

“O argumento de que o Código Civil disciplina de modo genérico todas as ações, inclusive aquelas contra a Fazenda Pública, foi rejeitado na vigência do Código anterior. O Código de 1916 estabelecia que as ações pessoais prescreviam em 20 anos. Lembre-se que essa disposição constava do art. 177, cuja redação foi determinada pela Lei n. 2.437/55. Essa regra geral em nada afetou a disciplina especial que já estava prevista no Decreto n. 20.910/32.

Ou seja, consagrou-se a orientação de que prevalecia a lei anterior especial sobre prescrição em face da Fazenda Pública, a qual determinava o prazo de cinco anos para prescrição das ações. A lei posterior, que fixara o prazo de prescrição de vinte anos para as ações pessoais, foi reputada como norma geral, não apta a afetar a disciplina constante da norma especial.

Por decorrência, a edição de uma lei geral posterior, fixando o prazo de três anos para a prescrição de determinadas ações pessoais, não pode ter o efeito jurídico de revogar a lei especial de 1932. As disposições contidas no Decreto n. 20.910/32 não foram afetadas pela Lei n. 2.437/55 nem pelo Código Civil de 2002.

O prazo prescricional de cinco anos é enfatizado pelo art. 1º-C da Lei nº 9.494/97, *in verbis*:

“Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”. (incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Por sua vez, Alexandre Mazza (2012, p. 305) defende a prevalência da lei civil, que fixa o prazo prescricional em três anos, abalizado por no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 698.195/DF).

Na mesma linha de raciocínio Carvalho Filho (2012, pp. 572-574) pugna pela prevalência do prazo prescricional trienal, argumentando que a regra é mais benéfica para o interesse público:

“Cumpre nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto nº 20.190/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil). Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre lei especial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta. A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal”.

No que tange ao prazo prescricional da ação de regresso, fundada no §5º, do art. 37⁸, da Constituição Federal, a maioria dos autores defende a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que causem prejuízo ao erário.

A título ilustrativo citamos o saudoso Mestre Diógenes Gasparini (2009, p.1063):

“O direito da Administração Pública de recompor seu patrimônio ofendido por comportamento culposo ou doloso de seus agentes, servidores ou não, não prescreve, conforme estabelece o §5º do art. 37 da Constituição Federal, embora prescreva o ilícito que lhe tenha dado causa”.

Por outro lado Justen Filho (2009, p. 1114) defende que :

“Essa orientação não pode ser albergada, sob pena de gerar efeitos incompatíveis com a própria Constituição, que prestigia a segurança jurídica. Não se pode admitir que o Estado manteria o direito de ação de modo eterno. Afigura-se que a determinação constitucional não se aplica para as hipóteses em que a pretensão indenizatória pressuponha o desfazimento de determinada situação jurídica. Assim, por exemplo, suponha-se que o Estado tenha emitido

⁸ § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

indevidamente uma titulação imobiliária. A pretensão de indenização pressupõe o acolhimento da pretensão de desconstituição do ato. Nesses casos, a prescrição da ação para desconstituir o ato acarreta a impossibilidade de exercícios da ação de indenização.

Logo, o dispositivo constitucional examinado apenas se aplica para os casos de ilícito absoluto, em que a indenização pode ser pleiteada diretamente pelo Estado, sem a necessidade de desconstituição dos efeitos de outros atos jurídicos. Aliás, é usual a utilização da expressão 'ação de ressarcimento' para iniciar esses casos".

Por seu turno Alexandre Mazza (2012, p. 306) defende a imprescritibilidade da ação regressiva, mas ressalva que quando o dano for causado por agente de pessoa jurídica de direito privado, o prazo prescricional será de três anos, contados do trânsito em julgado da decisão condenatória.

8. CONCLUSÃO

Como vimos, vigora como regra atualmente no Brasil, por força de disposição constitucional, a tese da responsabilidade objetiva do estado, na modalidade risco administrativo.

Na prática isso significa dizer que o Estado tem o dever de indenizar ainda que não se configure dolo ou culpa do agente do agente público, bastando caracterização do nexo causal entre a conduta estatal e o evento danoso, devendo o Estado buscar o ressarcimento junto ao agente público se restar comprovado que este último agiu com dolo ou culpa.

Geralmente são admitidas três espécies de excludentes de responsabilidade: culpa exclusiva da vítima, força maior e culpa de terceiro e uma atenuante a culpa concorrente. Mas também existem entendimentos de exclusão da força maior se for constatada conduta omissiva da Administração e não aplicação da culpa de terceiro nos serviços de transporte de passageiros e em relações de custódia.

Também foi abordada a possibilidade de responsabilização por exercício da atividade legislativa e regulamentar, notadamente em face de normas inconstitucionais e normas de efeito concreto.

Com relação à atividade jurisdicional fica clara a tendência da tese da irresponsabilidade do estado, exceto com relação ao erro judiciário previsto no próprio texto constitucional.

No que tange ao enfoque processual, o maior debate está em estabelecer qual é o prazo prescricional da ação de indenização a ser intentada pela vítima em face do Estado: trienal ou quinquenal?

Como podemos constatar a doutrina e a jurisprudência ainda não são pacíficas e ambas as teses podem ser sustentadas. Neste particular, o prazo prescricional de três anos é mais favorável ao interesse público.

Todavia, como ainda não temos um entendimento dominante, principalmente no âmbito judicial sobre a questão, nos parece razoável asseverar que sempre que fosse possível, seria mais oportuno que o interessado ajuizasse a demanda dentro do triênio, evitando-se assim discussões acerca de eventual prescrição, que, se reconhecida, levaria a extinção do processo com resolução do mérito (inteligência do art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo descomplicado. 16 ed. rev. e atual., São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. . <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 14. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009.

JURISPRUDÊNCIA DO STF disponível em <<http://www.tcu.jus.br>> Acesso em 02 jun. 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 28. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.