

Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
edição atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.^a edição.
- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

15

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

15.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Quando se fala em responsabilidade do **Estado**, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do **Estado**, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A **capacidade** é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária.

A referência à responsabilidade **extracontratual** é necessária para restringir o tema tratado neste capítulo a essa modalidade de responsabilidade civil, ficando excluída a responsabilidade **contratual**, que se rege por princípios próprios, analisados no capítulo referente aos contratos administrativos.

A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato **ilícito** (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Pode-se, portanto, dizer que a **responsabilidade extracontratual do Estado** corresponde à **obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.**

15.2 EVOLUÇÃO

O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço; inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada, por muito tempo, foi a da **irresponsabilidade**; caminhou-se, depois, para a **responsabilidade subjetiva**, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da **responsabilidade objetiva**, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo.

As várias teorias que serão analisadas são adotadas preferencialmente no sistema europeu-continental, graças, em especial, ao trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês. Em outros direitos, filiados ao sistema anglo-saxão, a orientação é diversa e não será aqui aprofundada, por não exercer grande influência no direito brasileiro.

As **teorias** sobre o tema compreendem:

1. teoria da irresponsabilidade;
2. teorias civilistas;
 - teoria dos atos de impérios e de gestão; e
 - teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva;
3. teorias publicistas;
 - teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; e
 - teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

Antes de analisar cada uma dessas teorias, cabe assinalar que existe muita divergência de terminologia entre os autores, o que torna difícil a colocação da matéria; o que alguns chamam de culpa civil outros chamam de culpa administrativa; alguns consideram como hipóteses diversas a culpa administrativa e o acidente administrativo; alguns subdividem a teoria do risco em duas modalidades, risco integral e risco administrativo.

15.2.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de **soberania**: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações.

Os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e *Crown Proceeding Act*, de 1947, respectivamente.

Nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja **culpa**, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias. Trata-se de **responsabilidade subjetiva**.

Na Inglaterra, a partir do *Crown Proceeding Act*, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade. A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais.

15.2.2 TEORIAS CIVILISTAS

Foi no século XIX que a tese da irresponsabilidade ficou superada. Porém, ao admitir-se, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa; daí falar-se em **teoria civilista da culpa**.

Numa primeira fase, distinguiram-se, para fins de responsabilidade, os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento

do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – *the king can do no wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do **Estado**, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era a **teoria da culpa civil** ou da **responsabilidade subjetiva**.

A doutrina civilista serviu de inspiração ao artigo 15 do Código Civil Brasileiro (de 1916), que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

15.2.3 TEORIAS PUBLICISTAS

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, 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 de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque 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.

A partir daí começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da **culpa do serviço** ou da **culpa administrativa** e teoria do **risco**, desdobrada, por alguns autores, em teoria do **risco administrativo** e teoria do **risco integral**.

A teoria da **culpa do serviço**, também chamada de **culpa administrativa**, ou teoria do **acidente administrativo**, procura desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público.

Distinguiu-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa **anônima do serviço público**; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Sem abandonar essa teoria, o Conselho de Estado francês passou a adotar, em determinadas hipóteses, a **teoria do risco**, que serve de fundamento para a **responsabilidade objetiva do Estado**.

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

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de **nexo de causalidade** entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause **dano específico** (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e **anormal** (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.

É chamada teoria da **responsabilidade objetiva**, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada **teoria do risco**, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo (cf. Cretella Júnior, 1970, v. 8, p. 69-70).

O Código Civil acolheu expressamente a teoria da responsabilidade objetiva, ligada à ideia de risco. Em consonância com o artigo 927, parágrafo único, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2003:623), a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco **administrativo** e a do **risco integral**; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior.

No entanto, durante muito tempo, aqui no direito brasileiro, grande parte da doutrina não fazia distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimas ou falando em risco administrativo como correspondente ao acidente administrativo. Mesmo alguns autores que falavam em teoria do risco integral admitiam as causas excludentes da responsabilidade.

Yussef Said Cahali (1995:40), criticando a distinção feita por Hely Lopes Meirelles, diz que “a distinção entre **risco administrativo** e **risco integral** não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas simplesmente em função das **consequências** irrogadas a uma outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu **efeito** de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, **efeito** que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção”. E acrescenta que “deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco – risco integral, risco administrativo, risco proveito – aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como **causa** na verificação do **dano injusto**”.

Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade **objetiva**, que implica averiguar se o dano teve como **causa** o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

Ocorre que, diante de normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido que lhe atribuiu Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei nº 6.453, de 17-10-77; e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nºs 10.309, de 22-11-01, e 10.744, de 9-10-03.

Também o Código Civil previu algumas hipóteses de risco integral nas relações obrigacionais, conforme artigos 246, 393 e 399.

15.3 DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

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.

Com o Código Civil, promulgado em 1916, entende-se que teria sido adotada a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, à vista do disposto em seu artigo 15: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”.

A expressão *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei* conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse. No entanto, a redação imprecisa do dispositivo permitiu que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva.

A Constituição de 1934 acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário. Nos termos de seu artigo 171, os funcionários são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. A mesma norma se repetiu no artigo 158 da Constituição de 1937.

Com a Constituição de 1946 é que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com seu artigo 194, “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Pelo parágrafo único, “cabem-lhes a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de **culpa** ou **dolo**, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107.

A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina que “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”.

O Código Civil de 2002 não repete a norma do artigo 15 do Código Civil de 1916. Determina, no artigo 43, que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

De certa forma, está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Entende-se que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da ideia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da **responsabilidade objetiva do Estado** e a da **responsabilidade subjetiva do agente público**.

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição:

1. que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público);
2. que as entidades de direito privado prestem **serviço público**, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; as que prestam serviço público respondem objetivamente, nos termos do dispositivo constitucional, quando causem dano decorrente da prestação de serviço público; mesmo as concessionárias e permissionárias de serviço público e outras entidades privadas somente responderão objetivamente na medida em que os danos por elas causados sejam decorrentes da prestação de serviço público;
3. que seja causado **dano a terceiros**, em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito; como o dispositivo constitucional fala em **terceiros**, é inaceitável o entendimento adotado

pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Carlos Velloso,¹ no sentido de que a responsabilidade só é objetiva se o dano for causado ao **usuário** do serviço público; se for causado a **terceiro**, a responsabilidade é subjetiva (RE-262.651, 2ª turma, e RE-302.622-4, 2ª turma); em julgado posterior, no entanto, o STF retomou o seu entendimento anterior, favorável à existência de responsabilidade objetiva decorrente de dano causado a terceiro, independentemente da qualidade de usuário de serviço público;² não poderia ser outra a interpretação, tendo em vista que o dispositivo, ao falar em danos causados a terceiros, não distingue entre o usuário e o não usuário; em consequência, não pode o intérprete fazê-lo, sob pena, inclusive, de derogar o princípio da repartição dos encargos sociais e a ideia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado;

4. que o dano seja causado por **agente** das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes **políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração**, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço;
5. que o agente, ao causar o dano, aja **nessa qualidade**; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

Segundo alguns doutrinadores, o Estado só responde objetivamente se o dano decorrer 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, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o **ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico**.

¹ O STF possui interessante precedente a respeito do alcance da expressão “terceiros”, constante do art. 37, § 6º, da Constituição (curiosamente tendo como relator o próprio Min. Carlos Velloso): “O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo ‘terceiro’ contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não” (AI-AgR 473381/AP, Relator Min. Carlos Velloso, Julgamento em 20-9-05).

² RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-8-09, DJe nº 237.

Exemplo típico de ato lícito que enseja a responsabilidade civil do Estado encontra-se no artigo 188, combinado com os artigos 929 e 930 do Código Civil. O artigo 188 estabelece que “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 a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Neste último caso enquadra-se inteiramente a atuação do Estado quando, no exercício do poder de polícia, provoca danos com o objetivo de remover perigo iminente. Nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, “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”.

Não obstante a licitude dos atos praticados com base no artigo 188, inciso II, o Código Civil não afasta a responsabilidade civil de quem os praticou. Pelo artigo 929, “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”. Vale dizer que incide a responsabilidade civil do Estado, com a excludente de culpa da pessoa lesada ou do dono da coisa.

Além disso, o artigo 930 determina que “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”. Mais uma vez, a conclusão é a de que incide a responsabilidade civil do Estado, sem possibilidade de invocar a culpa de terceiro, a não ser para contra este exercer o direito de regresso. Pelo parágrafo único do artigo 930, “a mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)”. Isto é, no caso de danos decorrentes de prática de atos em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido, a responsabilidade civil incide, apesar da licitude do ato, cabendo direito de regresso contra aquele em defesa de quem se causou o dano.

15.4 CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a **causa** do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, **quando não for a causa única**. Além disso, nem sempre os tribunais aplicam a regra do risco, socorrendo-se, por vezes, da teoria da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço público.

São apontadas como **causas excludentes** da responsabilidade a **força maior**, a **culpa da vítima** e a **culpa de terceiros**. Como causa atenuante, é apontada a **culpa concorrente da vítima**.

Existe toda uma controvérsia sobre as diferenças entre força maior e caso fortuito. O Código Civil parece identificar os dois conceitos, no artigo 393, parágrafo único,

ao estabelecer que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Sem maiores aprofundamentos sobre a controvérsia, temos entendido, desde a primeira edição deste livro, que **força maior** é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já o **caso fortuito** – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.

No entanto, mesmo ocorrendo motivo de **força maior**, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é **objetiva**, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de **omissão** do poder público.

A mesma regra se aplica quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, como na anterior, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a **culpa do serviço público**, demonstrada pelo seu mau funcionamento, não funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado.

Quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva ou concorrente com a do Poder Público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a da vítima. Essa solução, que já era defendida e aplicada pela jurisprudência, está hoje consagrada no Código Civil, cujo artigo 945 determina que “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 a do autor do dano”. E, em matéria de transporte, o artigo 738, parágrafo único, estabelece que “se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”; nesse caso, não ocorre a excludente de culpa

da vítima, mas apenas a mitigação da responsabilidade do transportador; o Código Civil tratou dessa hipótese como sendo de culpa concorrente.³

A **culpa de terceiro** também tem sido apontada como excludente de responsabilidade. No entanto, nem sempre é essa a solução diante de inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002.

Conforme demonstrado no item 15.3, no caso de deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente (conforme previsto no artigo 188, II, do Código Civil), a regra é a de que incide a responsabilidade de quem praticou tais atos. Essa responsabilidade se exclui com a invocação da culpa da vítima (art. 929), mas não se exclui com a culpa de terceiro, contra o qual é possível ser exercido o direito de regresso (art. 930).

Em matéria de transporte de pessoas, o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula 187, já havia fixado o entendimento de que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação regressiva”.

E o Código Civil, no artigo 735, do mesmo modo, determina que “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

O Código Civil de 2002 avançou no âmbito do direito público ao trazer algumas normas referentes ao transporte exercido por meio de autorização, permissão ou concessão. Com estas duas últimas expressões, está abrangendo as permissionárias e concessionárias de serviços de transportes. De acordo com o artigo 731, esse tipo de transporte rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido nos atos de autorização, permissão e concessão, “sem prejuízo do disposto neste Código”.

E foi precisamente a propósito da responsabilidade das empresas transportadoras de pessoas que o Código Civil incluiu normas relevantes sobre excludentes de responsabilidade, que escapam ao entendimento anteriormente adotado (cf. Alice Gonzáles Borges, 2006:28-31).

Pelo artigo 734, a única causa excludente é a **força maior**, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade. Além disso, conforme visto, a culpa de terceiro não exclui a responsabilidade do transportador, pois este responde pelo prejuízo e tem ação de regresso contra o terceiro causador do dano (art. 735). E a culpa da vítima não exclui a responsabilidade do transportador, pois apenas constitui causa atenuante de responsabilidade; pelo artigo 738, parágrafo único,

³ De acordo com o magistério de Heleno Taveira Torres, citado no julgamento do REsp 1014520/DF, do STJ (Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, DJe 1º-7-09), “a definição dos níveis de participação da vítima nem sempre é muito clara, de modo que, na prática, tem-se admitido a mesma como excludente apenas nos casos de completa eliminação de conduta estatal. Nos casos em que existam dúvidas sobre tal inexistência, resolve-se pela responsabilização exclusiva do Estado”. Adotando esse entendimento, o STJ assentou a responsabilidade do Estado pelo suicídio de militar que, depressivo, teve acesso a armas da corporação, pondo em risco não apenas a sua própria existência, mas a vida de terceiros.

“o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano”.

15.5 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar.

Alguns, provavelmente preocupados com as dificuldades, para o terceiro prejudicado, de obter ressarcimento na hipótese de se discutir o elemento subjetivo, entendem que o dispositivo constitucional abarca os atos comissivos e omissivos do agente público. Desse modo, basta demonstrar que o prejuízo sofrido teve um nexo de causa e efeito com o ato comissivo ou com a omissão. Não haveria que se cogitar de culpa ou dolo, mesmo no caso de omissão.

Para outros, a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa.

Com algumas nuances referentes aos fundamentos, pode-se mencionar, entre outros que adotam a teoria da responsabilidade subjetiva em caso de omissão, José Cretella Júnior (1970, v. 8:210), Yussef Said Cahali (1995:282-283), Álvaro Lazzarini (RTJSP 117/16), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, vol. II:487), Celso Antônio Bandeira de Mello (RT 552/14). É a corrente a que também me filio. A maioria da doutrina, contudo, parece pender para a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em casos de sua omissão.

No dizer de José Cretella Júnior (1970, v. 8:210),

“a omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. *Devendo agir*, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental”.

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 ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o *dever* de agir, se omitiu.

Isto 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 lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. 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.

A esse respeito, Juan Carlos Cassagne (citado por Flávio de Araújo Willeman, 2005:122) ensina que “a chave para determinar a falta de serviço e, conseqüentemente, a procedência da responsabilidade estatal por um ato omissivo se encontra na configuração ou não de uma *omissão antijurídica*. Esta última se perfila só quando seja razoável esperar que o Estado atue em determinado sentido para evitar os danos às pessoas ou aos bens dos particulares. Pois bem, a configuração de dita *omissão antijurídica* requer que o Estado ou suas entidades descumpram uma obrigação legal expressa ou implícita (art. 186 do Cód. Civil) tal como são as vinculadas com o exercício da polícia administrativa, descumprimento que possa achar-se imposto também por outras fontes jurídicas”.

Por outras palavras, enquanto no caso de atos comissivos a responsabilidade incide nas hipóteses de atos lícitos ou ilícitos, a omissão tem que ser ilícita para acarretar a responsabilidade do Estado.

Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma *presunção de culpa* do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.

Na jurisprudência também existe a mesma controvérsia a respeito da responsabilidade subjetiva ou objetiva em caso de omissão do Poder Público. Mesmo no Supremo Tribunal Federal existem acórdãos nos dois sentidos. Pela responsabilidade objetiva, citem-se os acórdãos da 1ª Turma, proferidos no RE-109.615-2-RJ, tendo como Relator o Ministro José Celso de Mello (j. 28-5-96, v. u.), e RE-170.014-9-SP, sendo Relator o Ministro Ilmar Galvão (j. 31-10-97, v. u.). Pela responsabilidade subjetiva, os acórdãos da 2ª Turma, proferidos no RE-180.602-8-SP, sendo Relator

o Ministro Marco Aurélio (j. 15-12-98, v. u.) e RE-170.147-1-SP, sendo Relator o Ministro Carlos Velloso (j. 12-12-97, v. u.). Sobre a análise da evolução do pensamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da responsabilidade por omissão, confira-se Luciano Ferraz (2006:210-212).

Ainda quanto à responsabilidade do Estado por omissão, o Supremo Tribunal Federal vinha exigindo, para a caracterização do nexo de causalidade, a **teoria do dano direto e imediato**. Serve como exemplo acórdão envolvendo indenização devida a vítimas de homicídios praticados por fugitivos de penitenciárias; a Corte vinha reconhecendo a responsabilidade do Estado quando não há rompimento da cadeia causal (ou seja, quando existe ligação direta entre causa e dano), mas elide tal responsabilidade quando já se tenham passado “meses” da fuga, por falta de nexo causal.⁴ A teoria do dano direto e imediato, expressamente mencionada em acórdão do STF,⁵ citando Agostinho Alvim, “só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim: ‘os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis’”.

Esse entendimento, que vinha sendo adotado reiteradamente, parece estar se alterando, no sentido de aceitar um alargamento da responsabilidade do Estado, independentemente da aplicação da teoria do dano direto e imediato. Em dois julgados pelo menos, o Supremo Tribunal Federal deu mostras de caminhar nesse sentido.

No primeiro caso, considerou-se a omissão do Estado em cumprir a Lei de Execução Penal como causa suficiente para responsabilizá-lo pelo crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciária. Nas palavras do relator, Min. Joaquim Barbosa, “tal omissão do Estado constituiu, na espécie, o fator determinante que propiciou ao infrator a oportunidade para praticar o crime de estupro contra menor de doze anos de idade, justamente no período em que deveria estar recolhido à prisão. Está configurado o nexo de causalidade, uma vez que se a lei de execução penal tivesse sido corretamente aplicada, o condenado dificilmente teria continuado a cumprir a pena nas mesmas condições (regime aberto), e, por conseguinte, não teria tido a oportunidade de evadir-se pela oitava vez e cometer o bárbaro crime de estupro”.⁶

No segundo caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a responsabilidade do Estado por danos causados em razão da falta de policiamento ostensivo em lo-

⁴ RE-573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, DJ de 15-8-08.

⁵ Mencionado no *Informativo* 329, do STF, com citação a ensinamento de Agostinho Alvim.

⁶ RE 409.203, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-3-06, DJ de 20-4-07).

cais de alta periculosidade,⁷ deixando de lado, inclusive, o princípio da reserva do possível que costuma ser invocado em situações semelhantes.

15.6 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE LEIS E REGULAMENTOS

Existem divergências a respeito da incidência ou não de responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos e omissões do Poder Legislativo e do Poder Regulamentar.

Vários argumentos já foram invocados em defesa da irresponsabilidade:

1. o Poder Legislativo atua no exercício da **soberania**, podendo alterar, revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos.

A isso, responde-se que:

1. mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais;
2. nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais;

⁷ O Estado de Pernambuco foi condenado a pagar todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) ao agravante. Segundo o Informativo nº 502, “entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade” (STA 223-AgR, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-08).

3. ao terceiro argumento, responde-se que a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais.

Atualmente, aceita-se a responsabilidade do Estado por atos legislativos pelo menos nas seguintes hipóteses:

- a) leis inconstitucionais;
- b) atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, com vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade;
- c) leis de efeitos concretos, constitucionais ou inconstitucionais;
- d) omissão no poder de legislar e regulamentar.

Com relação às **leis inconstitucionais**, a tese da responsabilidade do Estado é aceita, entre outros, por Amaro Cavalcanti (1957:313), Guimarães Menegale (1957:50), Cretella Júnior (1970, v. 8:253), Diógenes Gasparini (1995:593), Juary C. Silva (1985:292), Lúcia Valle Figueiredo (2004:287-288), Yussef Said Cahali (1996:520), Odete Medauar (2001:438). É a tese que adotamos.

Existe decisão nesse sentido do Supremo Tribunal Federal, com voto do Ministro Celso de Mello (RE 153.464, JSTF 189/14, Lex Editora), no qual são citados vários precedentes em que aquela Corte decidiu no mesmo sentido.

Juary Silva coloca o tema da responsabilidade do Estado de forma **unitária**, que abrange atos dos três poderes. O fundamento que ele aponta, nos três casos é o “**princípio do Estado de Direito**, vale dizer, o da plena submissão de toda a atividade estatal ao Direito, concebendo-se este como criado pelo Estado, senão como algo que se coloca **acima do Estado**”.

Na lição de Amaro Cavalcanti, referida por Celso de Mello no voto referido, “declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar a União, o Estado ou Município a reparar o dano causado ao indivíduo cujo direito fora lesado – quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido do mesmo, como sucede nos casos de impostos, taxas ou multa inconstitucionais, quer satisfazendo-se os prejuízos *provavelmente* sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta”.

A responsabilidade por leis inconstitucionais depende da prévia declaração do vício pelo STF, conforme, aliás, consta expressamente da lição de Amaro Cavalcanti.

O mesmo entendimento adotado em relação às leis inconstitucionais pode ser adotado, pelos mesmos fundamentos, para os regulamentos **do Poder Executivo** e para os atos normativos das agências reguladoras e de outros entes que exerçam competência normativa no âmbito da Administração Pública, não só quando sejam inconstitucionais, mas também quando sejam ilegais, por exorbitarem dos limites de sua competência regulamentar, contrariando normas de hierarquia superior. Só que, no caso de ilegalidade, não há necessidade de prévia apreciação judicial. A in-

denização pode ser pleiteada, tendo por fundamento a ilegalidade do ato normativo do Poder Executivo ou dos entes reguladores. É o ensinamento, que endossamos, de Yussef Said Cahali (1995:661), que faz a seguinte distinção:

“a) Se o decreto regulamentar é ilegal, conseqüente de abuso do poder regulamentar, por ultrapassado o limite de atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, os danos que dele resultam para o particular podem ser reclamados desde logo, questionando-se incidentalmente a legalidade do decreto;

b) Se o decreto regulamentar se ajusta aos parâmetros da atribuição que a lei havia delegado ao Poder Executivo, neste caso, decreto e lei se complementam, de tal modo que a pretensão indenizatória do particular prejudicado, se fundada em pretendida inconstitucionalidade do decreto, mais se condiciona ao reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade desta pelo tribunal competente, como dano provocado por lei inconstitucional.”

Pela mesma razão, os atos normativos das agências reguladoras, se inconstitucionais, têm que ter esse vício declarado pelo órgão judicial competente, antes que se pleiteie indenização pelos danos deles decorrentes. Já os prejuízos decorrentes de atos normativos ilegais podem ser pleiteados desde logo, na mesma ação em que se pede o reconhecimento da ilegalidade, tendo em vista que o juízo de ilegalidade não está sujeito às mesmas exigências impostas ao juízo de inconstitucionalidade.⁸

Com relação às **leis de efeitos concretos** (também chamadas de leis materialmente administrativas), que atingem pessoas determinadas, incide a responsabilidade do Estado, porque, como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui, quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não. Incide, nesse caso, o princípio da repartição dos encargos sociais, como fundamento da responsabilidade civil do Estado.

⁸ O STF já decidiu que “a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem Econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público: CF, art. 37, § 6º” (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 6-12-05, DJ de 24-3-06).

Vale dizer que, em se tratando de lei de efeitos concretos, aceita-se a responsabilidade do Estado mesmo que ela seja constitucional. É também a opinião de José Cretella Júnior (1970, v. 8:255-261), para quem “o Estado responde civilmente pelos danos que o ato legislativo cause a **um** ou a **um número** restritíssimo de administrados”. Lembra ele que às vezes o próprio legislador insere na lei um dispositivo atenuante, prevendo uma indenização pelo dano.

Yussef Said Cahali (1995:674), citando a doutrina estrangeira e nacional existente sobre o assunto, mostra que “a lei, produto da vontade soberana do órgão competente, perfeita constitucionalmente, pode causar um **dano injusto** aos particulares”. Menciona, como situações mais frequentemente discutidas na doutrina: o caso em que o particular desfruta de certas vantagens econômicas asseguradas por um ato legislativo, e sendo este modificado ou revogado, resulta para ele a supressão ou diminuição daquelas vantagens; também a hipótese em que o Estado estabelece a seu benefício um monopólio industrial ou comercial de certa atividade, que assim fica interdita aos particulares, sofrendo aqueles que a exerciam a sua privação.

Ainda o mesmo autor transcreve acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em que foi acolhida a tese de responsabilidade do Estado por lei estadual que criou a reserva florestal do Vale do Paraíba, afetando totalmente o direito de propriedade do autor. Nesse acórdão foi feita com precisão a diferença entre limitação administrativa e o sacrifício que decorre da lei para pessoas determinadas; no primeiro caso, o princípio da solidariedade determina que todos os componentes do grupo social têm o dever de suportar um sacrifício gratuito em benefício da coletividade; no segundo caso, quando o sacrifício passa a ser **particular**, surge o direito à indenização.

Em resumo, quando se trata de lei de efeito concreto, a responsabilidade civil do Estado em nada difere da responsabilidade por atos da Administração Pública.

Do mesmo modo, o Poder Executivo e outros órgãos administrativos com função normativa, bem como as agências reguladoras, muitas vezes baixam regulamentos, resoluções, portarias, para disciplinar situações concretas. São atos administrativos quanto ao aspecto formal, mas com conteúdo de atos administrativos com efeitos jurídicos concretos. Nesse caso, incide a responsabilidade civil objetiva, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição, fundado no princípio da repartição, entre todos, dos encargos impostos a alguns membros da coletividade.

Quanto à **omissão do legislador**, a Constituição prevê os remédios da ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI).

O pressuposto do mandado de injunção é a omissão de norma regulamentadora, que pode ser de natureza regulamentar ou legal e ser de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta. É o que se deduz dos artigos 102, I, *q*, e 105,

I, *h*, da Constituição, que fixam a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para julgar os mandados de injunção, em função da autoridade que se omitiu.

Mas não há dúvida (porque assim decidiu o Supremo Tribunal Federal) de que a omissão da norma pode ensejar a responsabilidade por perdas e danos. No caso julgado no Mandado de Injunção 283-DF, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, tratava-se de omissão do Congresso Nacional em disciplinar a matéria do art. 8º do ADCT (*RTJ* 135-03, p. 882; *DJU* de 22-4-94, p. 8.925; e *DJU* de 1º-7-94, p. 17.495). A decisão foi no sentido de reconhecer a responsabilidade do Congresso Nacional (ou seja, da União) pelos danos decorrentes da omissão legislativa. Na parte final da ementa do acórdão consta o deferimento do mandado de injunção para:

“a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8, par. 3, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável”.

Solução diferente foi adotada em outras hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal não reconheceu o dever de indenizar diante da inércia do Executivo em iniciar a revisão geral dos vencimentos, prevista no artigo 37, X, da Constituição.⁹ A diversidade de tratamento diante da omissão do legislador mostra a insegurança do Poder Judiciário em relação à matéria, ou talvez a sua resistência em invadir matéria legislativa que envolve o servidor público.

A mesma solução adotada no MI-283-DF é cabível se a omissão danosa for do Chefe do Poder Executivo, que deixe de regulamentar norma legal, tornando inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

⁹ “Revisão geral anual de vencimentos. Competência privativa do poder executivo. Dever de indenizar. Impossibilidade. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Não compete ao Poder Judiciário deferir pedido de indenização no tocante à revisão geral anual de servidores, por ser atribuição privativa do Poder Executivo” (RE 548.967-Agr, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20-11-07, *DJ* de 8-2-08). No mesmo sentido: RE 529.489-Agr, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 27-11-07, *DJ* de 1º-2-08; RE 561.361-Agr, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 20-11-07, *DJ* de 8-2-08; RE 547.020 Agr, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-11-07, *DJ* de 16-2-08.

15.7 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Com relação aos atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, também existem divergências doutrinárias.

Os que refutam essa responsabilidade alegam que:

1. o Poder Judiciário é soberano;
2. os juízes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado;
3. o magistrado não é funcionário público;
4. a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei.

Com relação à soberania, o argumento seria o mesmo para os demais Poderes; a soberania é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é una, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – não são soberanos, porque devem obediência à lei, em especial à Constituição. Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade.

A ideia de **independência** do Judiciário também é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. O mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo e o Legislativo.

Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entenda ser ele agente político, é abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo **agente** para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.

O argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional acarreta ofensa à coisa julgada.

No direito brasileiro, a força da coisa julgada sofre restrições na medida em que se admite a ação rescisória e a revisão criminal.

Neste último caso, dúvida inexistente quanto à responsabilidade do Estado, prevista no artigo 630 do CPP e, agora, no artigo 5º, LXXV, da Constituição: “o Estado indenizará o condenado por erros judiciários, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

As divergências que ocorrem abrangem outras hipóteses que não a de revisão criminal provida. Nos casos em que a ação rescisória não soluciona o assunto, ou

porque prescreveu, ou porque foi julgada improcedente, a decisão se torna imutável. A admitir-se a indenização por dano decorrente da sentença, estar-se-ia infringindo a regra da imutabilidade da coisa julgada; esta tem em seu bojo uma **presunção de verdade** que não admite contestação.

Edmir Netto de Araujo (1981:137-143), mostrando as divergências doutrinárias a respeito do assunto, coloca de modo adequado a questão, dizendo que “uma coisa é admitir a incontestabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano”. Acrescenta que “o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada”.

Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

A própria **presunção de verdade** atribuída às decisões judiciais aparece enfraquecida num sistema judiciário como o nosso, em que o precedente judiciário não tem força vinculante para os magistrados; são comuns decisões contrárias e definitivas a respeito da mesma norma legal; uma delas afronta, certamente, a lei.

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.

Maria Emília Mendes Alcântara (1986:75-79) menciona várias hipóteses em que o ato jurisdicional deveria acarretar a responsabilidade do Estado: prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado. Apenas para o caso de dolo, fraude, recusa, omissão, retardamento injustificado de providências por parte do juiz, o artigo 133 do CPC prevê a sua responsabilidade pessoal por perdas e danos. O artigo 143 do CPC de 2015 determina, de forma análoga, que “o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos 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”. Nos termos do parágrafo único, “as hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”.

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

Merece menção uma importante decisão do STF que pode significar mudança de orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 5-3-02 (DJU de 12-4-02). Nele se decidiu que a autoridade judicial não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados, devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem o direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Com relação a atos judiciais que não impliquem exercício de função jurisdicional, é cabível a responsabilidade do Estado, sem maior contestação, porque se trata de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo.

Cabe lembrar que o CPC de 2015 prevê a responsabilidade dos integrantes das funções essenciais à Justiça, de forma semelhante à do artigo 143, para os membros da Magistratura. Trata-se dos artigos 181, 184 e 187, que preveem a responsabilidade dos membros do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, respectivamente, quando agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Tais dispositivos não afastam a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica a que forem vinculados, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição. Apenas reforçam a norma que já decorre do dispositivo constitucional: como agentes públicos, respondem em ação regressiva, quando agirem com dolo ou fraude. Vale dizer que sua responsabilidade é subjetiva.

15.8 REPARAÇÃO DO DANO

A reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.

Caso contrário, o prejudicado deverá propor ação de indenização contra a pessoa jurídica que causou o dano.

Pelo artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, quem responde perante o prejudicado é a pessoa jurídica causadora do dano, a qual tem o direito de regresso contra o seu agente, desde que este tenha agido com dolo ou culpa.

Não obstante a clareza do dispositivo, muita controvérsia tem gerado na doutrina e na jurisprudência. As principais divergências giram em torno da aplicação, a essa hipótese, do artigo 70, III, do CPC (art. 125, II, do novo CPC), que determina seja feita a *denúnciação da lide* “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Contrários à denúncia à lide, merecem menção os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:1019), Lúcia Valle Figueiredo (1994: 177), Vicente Greco Filho (*Justitia*, v. 94, p. 9-17), Weida Zancaner (1981:64-65). Os principais argumentos contra a denúncia são os seguintes: (a) são diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor; (b) essa diversidade de fundamento retardaria injustificadamente a solução do conflito, pois se estaria, com a denúncia à lide, introduzindo outra lide no bojo da lide entre vítima e Estado; (c) o inciso III do artigo 70 do CPC refere-se ao garante, o que não inclui o servidor, no caso da ação regressiva prevista no dispositivo constitucional.

Yussef Said Cahali (1995:186) faz, no entanto, uma distinção entre duas hipóteses, e que nos parece relevante para o deslinde da questão:

1. de um lado, a hipótese em que a ação é proposta contra a pessoa jurídica com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano: neste caso, se a pessoa jurídica fizesse a denúncia da lide, estaria incluindo novo fundamento não invocado pelo autor, ou seja, a culpa ou dolo do funcionário; nas palavras de Cahali, seria “imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para inovar a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e visto que só este pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para o reembolso”;
2. de outro lado, há a hipótese em que a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário; aqui, então, deve ser feita a denúncia da lide ao funcionário, com aplicação do artigo 70, III, do CPC (agora 125, II, no novo Código), que em nada contraria a Constituição; antes, pelo contrário, visa disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização. Aceitando essa doutrina, citem-se acórdãos in *RT* 526/221, *RT* 500/103. O mesmo autor admite, ainda, que a ação seja proposta ao mesmo tempo contra o funcionário e a pessoa jurídica, constituindo um **litisconsórcio facultativo**; ou apenas contra o funcionário, hipótese também admitida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1992:358); para ele, o dispositivo constitucional “visa 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 dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado”.

Quanto à possibilidade de litisconsórcio, Cahali menciona acórdão do STF (in *RT* 544/260), em que o Tribunal Pleno entendeu que propositura da ação ao mesmo

tempo contra a Administração e o funcionário não traz qualquer prejuízo a um ou a outro e mais se coaduna com os princípios que disciplinam a matéria. “Isto porque a Administração, sobre não poder nunca isentar de responsabilidade seus servidores, vez que não possui disponibilidade sobre o patrimônio público, não se prejudica com a integração do funcionário na lide, já que a confissão dos fatos alegados pelo autor, por parte do funcionário, afetava apenas sua defesa, e não a da Administração, cuja responsabilidade se baseia no risco administrativo.”

Em resumo:

1. quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúncia não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor;
2. quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúncia da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente contra o agente público.

Na esfera federal, a Lei nº 4.619, de 28-4-65, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República. Tem-se que entender que a competência, hoje, é dos Advogados da União, a quem cabe a representação judicial da União, conforme artigo 131 da Constituição Federal. A propositura da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda Pública, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a contar da data em que transitar em julgado a sentença condenatória.

A Lei nº 8.112/90 determina, no artigo 122, § 2º que, “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”, afastando quer a denúncia à lide quer o litisconsórcio. Também o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que a ação deve ser proposta contra a **pessoa jurídica** e não contra o agente público, nem mesmo em litisconsórcio.¹⁰

¹⁰ No RE 327.904/SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto (DJ 8-9-06), entendeu o STF que o § 6º do art. 37 da Constituição 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, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”. No mesmo sentido foi a decisão proferida no RE 344.133, em que foi relator o Min. Marco Aurélio; segundo consta do Informativo 519, o STF “deu provimento a recurso extraordinário para assentar a carência de ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de diretor de universidade federal que, nessa qualidade, supostamente teria ofendido a honra e a imagem de subordinado ... Enfatizou-se, no ponto, que o ora recorrido ingressara com ação em face do recorrente, cidadão. Desse modo, pouco importaria que o ato praticado por este último

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê um “*procedimento de reparação de danos*” na esfera administrativa (arts. 65 e 66).

O interessado deve requerer a indenização, indicando o montante atualizado da indenização pretendida; a decisão incumbe ao Procurador-Geral do Estado ou ao dirigente de entidade descentralizada; acolhido o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado; a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 dias, contados da intimação, implicará concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos. Os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica. Nas indenizações pagas não incidirão juros, honorários advocatícios ou qualquer outro acréscimo.

A mesma lei estabelece normas sobre a reparação do dano pelo agente público responsável (arts. 67 a 70). O artigo 67 exige que, em caso de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador-Geral do Estado, no prazo de 15 dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade. Recebida a comunicação, o Procurador-Geral do Estado, no prazo de 10 dias, determinará a instauração de procedimento administrativo para apurar a responsabilidade civil de agente público, por culpa ou dolo. Se a indenização foi paga administrativamente, o Procurador-Geral do Estado instaurará de ofício o procedimento para apuração de responsabilidade de agente público. Comprovada a responsabilidade, será intimado o agente para, em 30 dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente. Vencido esse prazo, sem pagamento, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito.

Quanto à prescrição, o artigo 1º-C, acrescentado à Lei nº 9.494, de 10-9-97, pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-01, estabelece que “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”. Vale dizer que a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública, nesse caso, estendeu-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, expressão que abrange não só as entidades integrantes da Administração Indireta, como também as concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título.¹¹

tivesse considerado certa qualificação profissional. De outro lado, reputou-se violado o § 6º do art. 37 da CF, haja vista que a ação por danos causados pelo agente deve ser ajuizada contra a pessoa de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que, no caso, evidenciaria a ilegitimidade passiva do recorrente” (julgamento em 9-9-08, *DJe* nº 216).

¹¹ Sobre prescrição quinquenal, v. item 17.5.3.