

CAPÍTULO XIX

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sumário: XIX.1 - Origens civilistas - XIX.2 - Direito positivo brasileiro - XIX.3 - Fundamentos - XIX.4 - Sujeitos que podem ensejar a responsabilidade do estado - XIX.5 - Condutas geradoras da responsabilidade: XIX.5.1 - Ação do estado; XIX.5.2 - Omissão do estado; XIX.5.3 - Situação de risco criada pelo estado - XIX.6 - Requisitos da indenizabilidade do dano - XIX.7 - Excludentes da responsabilidade - XIX.8 - Responsabilização do agente: XIX.8.1 - Comunicação de instâncias - XIX.9 - Responsabilidade por atos legislativos - XIX.10 - Responsabilidade por atos judiciais - XIX.11 - Responsabilidade pela atuação postulatória e apuratória.

XIX.1 - ORIGENS CIVILISTAS

A responsabilidade civil do Estado traz alguns problemas hermenêuticos por ser um instituto do Direito Civil que sofreu adaptações no seu transporte para o Direito Administrativo: no Direito Civil, a evolução de uma responsabilidade por culpa para a teoria do risco decorreu da complexização de algumas atividades econômicas de massa, cujos riscos e consequentes responsabilidades passaram a ser incluídos nos custos da própria atividade empresarial.

A adoção da teoria do risco em relação à Administração Pública possui, pela natureza desta de *res publicae*, peculiaridades. Isso se explica "pela circunstância de que a responsabilidade da Administração Pública é sustentada pelos cidadãos - através do sistema fiscal -, que arcam com os ônus. Desta forma, a questão de fundo que habitualmente envolve a responsabilidade civil (quando individuar se deve atribuir os custos de uma ação a quem provocou o dano, e não a quem o sofreu) tem o risco de na nossa seara possuir conotação de todo diversa: trata-se,

Pois bem, no Recurso Extraordinário n. 459.749, no qual se discutiu a ação do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que condenara empresa privada concessionária de serviço público de transporte ao pagamento de indenização por dano moral a terceiro não usuário, atropelado por veículo da empresa, os quatro votos até então proferidos – Ministro Relator JOAQUIM BARBOSA, Ministra CARMEM LÚCIA, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI e Ministro CARLOS BRITTO – afirmaram a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviços públicos, relativamente aos terceiros não usuários de serviços públicos. Em seu voto, o relator reputou indevido diferenciar a sistemática de responsabilidade aplicável conforme a qualidade da vítima, uma vez que a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, da Constituição Federal decorre, tão somente, da natureza da atividade administrativa, não fazendo qualquer distinção quanto ao lesado.

O julgamento em questão havia sido suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro EROS GRAU e constitui uma esperança de que o entendimento esposado no primeiro caso acima mencionado seja definitivamente sepultado pela Corte. Deveremos, no entanto, aguardar mais um pouco para que isso seja consolidado, já que, segundo o *site* do STF, as partes chegaram a um acordo, requerendo a sua homologação e a consequente extinção do processo.

Outra possível exclusão da aplicação do art. 37, § 6º, CF, às delegatárias de serviços públicos se deve ao fato de que muitos dos comportamentos dessas empresas não podem ser considerados oriundos de decisões próprias, mas sim de determinações do Poder concedente. Nesses casos, se ocasionarem prejuízos a particulares, a responsabilidade do Estado (ou de eventual autarquia reguladora) não será meramente subsidiária (apenas em caso de insolvência da prestadora privada de serviço público), como é a regra, mas direta e exclusiva.

A assertiva se deve ao fato de, em casos tais, o nexo de causalidade existir diretamente entre o prejuízo do particular e a atuação ou omissão do Poder concedente, não sendo relevante para esse efeito a execução meramente material pelo concessionário das determinações estatais. O concessionário é, nesses casos, mera *longa manus* do Poder concedente ou do regulador, sem atitude volitiva própria.¹²

¹² “Se for apurado e comprovado que usuários ou terceiros tenham sofrido algum dano diretamente relacionado com a prestação dos serviços, e que esse dano foi ocasionado em razão das cláusulas de organização e funcionamento fixadas pelo concedente (ou omissão), não há possibilidade de responsabilizar o concessionário ou permissionário, mas quem responde por esse prejuízo é aquele que lhe deu causa, ou seja, o Poder concedente. Se o concessionário e o permissionário aceitam essas cláusulas regulamentares, fixadas pelo poder concedente, parece evidente que as referidas entidades delegadas não devem responder perante os usuários e terceiros, caso algum dano lhes tenha sido

O ponto extremo da responsabilidade civil estatal é a teoria do risco social ou risco integral, em que o Estado é responsável até por danos não imputáveis ao seu comportamento independentemente até mesmo de nexos de causalidade, sem possibilidade de causas de exclusão (caso fortuito, força maior, culpa de terceiros, da própria vítima etc.). Além da responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, d, CF, regulamentado pela Lei n. 6.453/77), outro exemplo dessa espécie de obrigação pecuniária do Estado, mais de seguridade social que de responsabilidade civil propriamente dita, é a instituída pela Lei n. 10.744, de 09 de outubro de 2003, que venham a ser causados por atos terroristas.¹³

XIX.3 - FUNDAMENTOS

Os dois principais fundamentos da responsabilidade civil dos entes públicos são o princípio do Estado de Direito, pelo qual todos estão sujeitos às regras do ordenamento jurídico, inclusive o próprio Estado, razão pela qual todos devem indenizar as violações de direito cometidas, e o princípio da igualdade, da solidariedade social ou da repartição dos encargos sociais, pelo qual apenas uma ou algumas pessoas não podem ficar individualmente oneradas por prejuízo a elas infringido para beneficiar todos os membros da coletividade (ex.: se para construir uma estação do metrô que aproveitará a toda a coletividade algumas lojas tiverem de ser interditadas por mais de um ano, enquanto durar a obra, a sociedade terá de arcar com os prejuízos sofridos pelos comerciantes).¹⁴

ocasionado em decorrência de uma condição imposta pela Administração concedente, apesar de ligada à prestação do serviço delegado. É o Poder Público concedente que responde diretamente pelos danos que causar aos usuários em decorrência das cláusulas de organização e funcionamento do serviço (ou da falta delas), pois essa é uma obrigação que lhe é própria no regime de concessão de serviços públicos” (OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. p. 210-211). No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 324 e 325.

¹³ “Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de taxi aéreo.”

¹⁴ O primeiro fundamento só se aplica, naturalmente, quando o comportamento estatal ensejador da responsabilidade for ilícito, fundando-se no Princípio da Legalidade.

A doutrina clássica (aproximadamente do início do século passado até o final da Segunda Grande Guerra) era unânime na adoção do fundamento da igualdade dos indivíduos perante as cargas públicas: "As coisas se passariam como se o Estado gerisse, na sua qualidade de pessoa jurídica, um seguro mútuo contratado entre os administrados contra os riscos dos acidentes administrativos. A ideia de tal seguro advém logicamente do princípio da igualdade perante a lei e os encargos públicos".¹⁵

CHARLES EISENMANN critica a generalização do fundamento da responsabilidade do Estado como sendo a equânime repartição de encargos em virtude do princípio da igualdade e da solidariedade social, que seria compatível apenas com os encargos específicos sofridos para satisfazer um interesse público expresso (ex.: em razão de uma obra pública), não em razão de ilegalidades ou acidentes (ex.: como alegar que a sociedade se beneficiou com uma tortura realizada por policiais). Apenas nos primeiros casos (responsabilidade por atos lícitos), poderíamos dizer que a coletividade é beneficiária das atividades que ocasionaram danos necessários e conscientes a um particular específico, que, portanto, foi desigualmente onerado para propiciar este benefício.¹⁶

XIX.4 - SUJEITOS QUE PODEM ENSEJAR A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado, como poder jurídico, manifesta a sua vontade e pratica atos materiais por pessoas físicas que revestem a condição de agentes seus. Há uma relação de imputação direta ao Estado dos atos de seus agentes, pela qual o ato da pessoa é considerado um ato da pessoa jurídica estatal.¹⁷

O Estado será responsável pelos atos ou omissões de seus agentes, de qualquer nível hierárquico. De nada interessa se o agente agiu ou não dentro de suas competências. O que importa é que o dano tenha sido causado em razão da condição de agente público (art. 37, § 6º, CF: "danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros"), mesmo que, no momento do dano, não esteja no exercício

¹⁵ HAURIOU, Maurice. Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'Administration Publique. In: *Revue de Droit Public*, p. 51 e segs., 1896.

¹⁶ EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1983. t. II, p. 870 a 872.

¹⁷ Incluem-se os servidores que estejam agindo com abuso de poder, e os servidores de fato que, os que, pela teoria da aparência, denotam ser servidores públicos, mas que não têm título que legitimam como tal (ex.: servidor aposentado que continua aposentando, irmão de servidor que por seu irmão poder viajar, ficou no seu lugar por esse período).

da sua função pública (ex.: policial militar que, com a arma da corporação e, de folga, num bar, atira em alguém).

O que deve ser aferido é se o dano ocorreu porque a pessoa que o causou é agente público, isto é, se esta sua condição lhe proporcionou a prática do ato lesivo (ex.: bombeiro que, fardado, pega carona e assalta o motorista). Mas o simples fato de ser agente público não implica que qualquer ato por ele causado seja imputável ao Estado (ex.: o agente público que, durante as férias, colide com seu automóvel particular não gera a responsabilidade do Estado).

Vejamos agora as pessoas jurídicas que, mesmo sem serem o próprio Estado (entes federativos), podem, verificadas algumas condições, vir a ser responsabilizadas objetivamente nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, o Estado responde subsidiariamente, ou seja, no caso de insolvência, pelas pessoas jurídicas integrantes de sua Administração Indireta, sejam elas de direito público ou de direito privado. O mesmo se diga em relação às delegatárias privadas de serviços públicos não integrantes da Administração Indireta.¹⁸ Todas essas entidades, públicas ou privadas, como já vimos, em princípio também têm responsabilidade objetiva originária para si próprias (art. 37, § 6º, CF).

No que diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica *stricto sensu* em concorrência com a iniciativa privada, não possuem responsabilidade objetiva, e, quanto à responsabilidade subsidiária do Ente federativo que a criou, há discussões quanto à sua compatibilidade com o art. 173, § 1º, CF. A maioria da doutrina e o art. 2º, II, da Lei n. 11.101/05

¹⁸ "Um acórdão do STJ, em matéria ambiental, reconheceu a solidariedade entre concedente e concessionário e não apenas essa subsidiariedade na responsabilidade, porque em matéria ambiental a competência pela proteção do meio ambiente é competência comum das entidades federadas; portanto, o Poder Público não poderia se afastar da responsabilidade pela gestão adequada do patrimônio ambiental só pelo fato de ter feito uma delegação. Há, é claro, um voto vencido da Ministra Eliana Calmon, mas a corrente majoritária fixou esse entendimento em matéria ambiental" (SCUTO, Marcos Juruena Villela. Serviços públicos concedidos. In: *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, n. 10, ano XXI, p. 1.108, 2005). Vejamos a decisão: "I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou 'convênio' para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrão, ou Ribeirão Taboadozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do Poder concedente não é subsidiária, na forma da atual lei das concessões (Lei n. 8.987, de 13.02.1995), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. Não se discute, portanto, a licitude das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação" (REsp n. 28222/SP, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi).

(Lei de Falência e Recuperação de Empresas), ao excluir da falência as estatais em geral, indicam no sentido da impossibilidade de falirem e, conseqüentemente, de que o ente federativo que as criou e controla é subsidiariamente responsável por suas dívidas.

Uma última palavra nesse tópico merece o tema da responsabilidade do Estado por dano causado por obra pública executada por empreiteira privada: pelo fato em si da obra, mesmo que lícito, a responsabilidade é diretamente do Estado (ex.: de uma estação do metrô); mas se o dano não decorrer da obra em si, porém de sua má execução pelo empreiteiro (ex.: detritos da obra que foram lançados contra janela de vidro de apartamento em razão de não ter sido colocada a rede de proteção adequada), a responsabilidade, no caso subjetiva, será do empreiteiro, respondendo o Estado apenas subsidiariamente (cf. HELY LOPES MEIRELLES), ressalvando-se a opinião de ODETE MEDAUR de que esta responsabilidade do Estado é solidária com a do empreiteiro.¹⁹

A diferença entre a responsabilidade subsidiária e solidária é que o responsável subsidiário só responde no caso da impossibilidade (normalmente por insolvência/falência) de o devedor principal arcar com a dívida; já na responsabilidade solidária não há devedor principal, já que ambos são igualmente responsáveis perante o credor por toda a dívida (arts. 275 e segs., CC).

XIX.5 - CONDUTAS GERADORAS DA RESPONSABILIDADE

Para a eclosão da responsabilidade patrimonial do Estado, temos três situações distintas, que também levarão a regimes jurídicos distintos da sua responsabilização.

XIX.5.1 - Ação do Estado

Nesta hipótese, o dano é causado diretamente pelo próprio Estado, que tem responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa e da ilicitude do ato.

Mesmo que o Estado sem culpa e lícitamente cause dano a outrem, deve indenizá-lo com fundamento no princípio da solidariedade social, conforme vimos ao analisarmos os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. Não é porque uma conduta do Estado é lícita que um indivíduo pode sofrer sem qualquer espécie

de proteção um prejuízo em prol de toda a coletividade, observados os requisitos do dano que veremos no tópico XIX.6.

A responsabilidade objetiva em relação à subjetiva ou por culpa. Se a sociedade teve os proveitos, também deve arcar com os ônus sofridos especialmente por um(s) dos seus membros (art. 37, § 6º, CF).

É lógico que, muitas vezes, o comportamento comissivo lesivo será ilícito. Mas este aspecto é irrelevante para a responsabilização do Estado, sendo de se considerar apenas a responsabilidade objetiva. Em outras palavras, mesmo que o ato estatal tenha sido ilícito, o particular, para deflagrar a responsabilidade do Estado, não precisa provar tal ilicitude, bastando demonstrar o nexo de causalidade. Apenas a responsabilidade pessoal do próprio agente público exige aquela comprovação.

Resumindo a responsabilidade comissiva do Estado, sempre objetiva, pode-se dar tanto nos casos de atos jurídicos lícitos (ex.: proibição do trânsito em rua em que até então funcionava um edifício-garagem privado, que naturalmente não terá mais como subsistir); atos materiais lícitos (ex.: nivelamento de rua, em que as janelas das casas possam ficar abaixo do nível da rua); atos jurídicos ilícitos (ex.: apreensão de jornais contrariamente ao direito de livre expressão) e atos materiais ilícitos (ex.: espancamento de prisioneiro pelo carcereiro).

XIX.5.2 - Omissão do Estado

Quanto aos atos comissivos (ação estatal), objeto do subtópico anterior, o ordenamento pátrio claramente adotou a teoria objetiva da responsabilidade, sob a modalidade do risco criado, emergindo o dever de indenizar o dano causado pela atividade estatal, seja ela lícita ou ilícita.

Todavia, em relação à responsabilidade do Estado por omissão, a doutrina e a jurisprudência dominantes exigem a presença do elemento culpa, sendo suficiente para caracterizá-la provar que a situação impunha um dever de agir ao Estado, e esse ficou inerte por dolo, desídia ou negligência, ainda que anônima do serviço (sem identificação de um servidor concretamente culpado).²⁰

¹⁹ O ponto é controverso. Parte da doutrina advoga a impossibilidade de se admitir a responsabilidade subjetiva da Administração nas questões omissivas, alegando que esse entendimento não teria guarda constitucional: "Não é dado ao intérprete restringir onde o Legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte - ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base nos princípios

¹⁹ Obras citadas.

Realmente, a imputação de um dano decorrente de omissão estatal não pode ser realizada de forma imediata, uma vez que a inércia não é a causa direta do dano, mas sim um fato da natureza, da própria vítima ou de terceiros, não evitado pelo Estado (ex.: um assalto não evitado; uma enchente que levou à perda total de carros).

Como não temos nesses casos uma ação do Estado, logicamente não foi ele o autor direto do dano. O dano adveio de força humana ou natural, mas o Estado será responsável se, naquele caso concreto, tinha o dever jurídico de evitar o dano.

Sendo assim, a omissão que pode ensejar a responsabilidade do Estado é sempre ilícita, ao contrário do que se dá com a ação, que pode ser lícita ou ilícita para o Estado. A responsabilização por omissão terá lugar apenas se o Estado tinha o dever de agir, ou seja, se estava legalmente obrigado a impedir a ocorrência do evento danoso, e se omitiu.²¹

axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil (de 1916), que se torra, assim, revogado, ou, mais tecnicamente, não foi recepcionado pelo sistema constitucional" (TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 191). Cumpre mencionar que a referência é ao art. 15 do Código Civil de 1916, já revogado. HELY LOPES MEIRELLES acha que este caso também é de responsabilidade objetiva, mas, contraditoriamente, afirma que a culpa do Estado pela *faute da service* tem que ser provada.

²¹ "Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, há uma razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. Sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há culpa do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constitui em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, p. 447). "A Administração Pública só poderá vir a ser responsabilizada por danos (ocasionados por enchentes, vendavais etc.) se ficar provado que, por sua omissão ou atuação deficiente, contribuiu decisivamente para o evento, deixando de realizar obras que razoavelmente seriam exigíveis. Nesse caso, todavia, a responsabilidade estatal será determinada pela teoria da culpa anônima ou falta do serviço, e não pela objetiva, como corretamente assentado pela maioria da doutrina e jurisprudência" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, p. 163). "Responsabilidade Civil do Estado - Ato ilícito causado por agente público - Responsabilidade objetiva com base no risco administrativo - Hipótese, entretanto, em que a responsabilidade será subjetiva se o fato decorrer de ato omissivo." Em outro julgado o STF também decidiu: "A Administração Pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exija a sua presença para evitar a ocorrência danosa" (Supremo Tribunal Federal - STF, 2ª Turma, RE n. 61.378). Para uma ampla exposição das divergências sobre o tema, inclusive no sentido do próprio STF, ver MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de responsabilidade civil do Estado*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Esta "culpa" pela omissão à que a doutrina alude, que seria mais bem traduzida (*faute da service*) como "falha", pode consistir em um não funcionamento do serviço, um funcionamento tardio ou um funcionamento ineficiente. Não se refere necessariamente a um agente público determinado, mas ao aparato estatal como um todo. Em alguns casos, por disposição legal (cf. e.g. presunções probatórias estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor) ou por questões práticas concernentes ao ônus da prova (ex.: dificuldade de prova negativa), poderá haver uma presunção relativa da culpa do Estado.

A tese da responsabilidade subjetiva do Estado para as omissões decorre também de o art. 43 do Código Civil aplicar-se apenas aos atos comissivos e de, no sistema do Código, a responsabilidade objetiva somente ter lugar quando expressamente prevista (art. 927, parágrafo único), sendo que não haveria norma determinando a responsabilidade objetiva estatal em casos de omissão, nem mesmo o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cuja redação pressupõe uma causalidade comissiva ("causarem a terceiros").²²

Em nossa opinião não há como se objetivar uma responsabilidade civil por omissão, na qual inexistente um ato que possa representar o elemento primordial do nexo de causalidade. Se a omissão do prestador do serviço público fosse objetivamente considerada como fato gerador de responsabilidade civil, o Estado seria um segurador universal dos membros da coletividade, arcando com todos os prejuízos que não conseguisse evitar.²³

Portanto, a omissão, quando caracterizar um ilícito administrativo e gerar danos - individuais, coletivos ou difusos -, desencadeará, além naturalmente do dever de agir para suprir a omissão, a responsabilidade civil da pessoa pública que não cumpriu o seu dever.

Não é suficiente apenas haver relação entre um dano não evitado com o qual estamos adotando a Teoria do Risco Integral ou Social (ex.: todos os assaltos seriam indenizáveis pelo Estado), exigindo-se também a falha do serviço do Estado.

²² TELLES, Eduardo Maccari. *A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e o novo Código Civil*. In: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra (Coord.). *Responsabilidade civil empresarial e da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 242 e segs.

²³ A divergência sobre se a responsabilidade por omissão do Estado é subjetiva ou objetiva tem relevo mais teórico. Mesmo para os que consideram que a objetivação da responsabilidade também se aplica às omissões, as diferenças práticas seriam poucas ou nenhuma, já que permaneceriam aplicáveis as regras do nexo de causalidade, uma vez que a teoria adotada pelo ordenamento brasileiro é excludente do nexo de causalidade. Para os que consideram que a teoria do risco integral para responsabilidade omissiva do Estado, com o que nenhuma das correntes concorda.

Como expõe CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,²⁴ deve-se ter em vista mais especificamente o padrão "normal" do serviço, conceito subjetivo, mas aferível por elementos como o nível de expectativa comum da sociedade, a atuação do Estado em situações análogas e a expectativa do próprio Estado em relação aos seus serviços, inferida, principalmente, da legislação (ex.: o Estado é civilmente responsável pelo assalto que tenha sido realizado em frente a uma cabine da Polícia Militar; morte de pessoa em incêndio em razão de o Estado não possuir escada magirus com altura suficiente para efetuar o salvamento, apesar de ter licenciado a construção naquele gabarito; ambulância que demora horas para chegar; inundação conjugada com a má manutenção das galerias pluviais; prejuízo causado por um particular a outro por omissão do poder de polícia mesmo tendo a ação do Estado sido solicitada diversas vezes sem nada acontecer; danos advindos de protestos populares quando fosse razoavelmente possível ao Estado prevê-los etc.).²⁵

Advém muitas vezes a responsabilidade civil do Estado por omissão de uma combinação da proteção da confiança legítima dos cidadãos em relação à atuação do Estado com a proteção da sua dignidade humana e da efetividade de direitos fundamentais, inclusive de natureza prestacional, a que façam jus. Se, observados os requisitos da teoria dos direitos fundamentais como a reserva do possível e o núcleo essencial,²⁶ o Estado não atender o cidadão nessa esfera, estará sujeito, não apenas à imposição judicial da obrigação de fazê-lo, como também a indenizar o cidadão pelo direito fundamental não adimplido.

Eventual incúria do Estado em ajustar-se aos padrões civilizatórios não ilide a sua responsabilidade. Não se pode dizer que o serviço é realmente ruim, mas que sempre foi assim e que todos já sabiam disso. Haverá a responsabilidade do Estado por omissão, portanto, se descumpriu o dever jurídico de agir, ou se agiu, mas atuou abaixo dos padrões a que estava obrigado, surgindo assim o necessário nexo de causalidade. Pouco importa se esta culpa é específica de algum agente individualmente considerado ou se é a chamada "culpa" anônima do serviço.

²⁴ Op. cit.

²⁵ GASOS, Iara Leal. A omissão abusiva do poder de polícia. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1984, p. 86-87 e 91. Quanto às dificuldades de caracterização da responsabilidade do Estado por omissão regulatória, devidas em parte à inexistência de determinações legais ou regulamentares que estabeleçam os padrões do exercício do poder de fiscalização, ver PERRINO, Pablo E. La responsabilidad patrimonial de los entes reguladores por incumplimiento de las funciones de vigilancia. In: *Servicio público, policía y fomento*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: Ed. RAP, 2003, p. 609-624.

²⁶ Por todos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

XIX.5.3 - Situação de risco criada pelo Estado

Nesses casos, não há ação, ou mesmo omissão culposa, do Estado, que tenha causado o dano, que ocorreu diretamente por força natural ou humana alheia.

Nos casos objeto do presente subtópico - riscos criados pelo Estado -, como em nosso Direito não é adotada a Teoria do Risco Integral, o Estado só será responsável na hipótese em que, em prol de toda a coletividade, comissivamente constituiu uma situação de risco que propiciou, somado ao fato humano ou da natureza, o dano.

Com esses aspectos (aspecto comissivo na criação da situação de risco e igualdade na repartição dos ônus sociais), os danos decorrentes de situações de risco equivalem aos decorrentes da própria ação do Estado, aplicando-se-lhes a responsabilidade objetiva. Exemplo: fuga de preso ou de doente mental que causa danos nas imediações do presídio ou do manicômio; raio que cai sobre depósito de munições do exército; assassinato de um presidiário por outro etc.)

Os casos mais comuns são realmente os danos oriundos da guarda de coisas ou pessoas perigosas, mas há também outras hipóteses em que o Poder Público tem que em prol da sociedade criar situações que coloca terceiros em risco (ex.: acidente decorrente de sinal de trânsito quebrado por ter um defeito imprevisível no semáforo; bala perdida em confronto da polícia com bandidos etc.).

Há de se ter uma relação de causalidade direta do dano com o risco suscitado pelo Estado. Do contrário, o Estado não será responsável (ex.: não haverá a responsabilidade do Estado por risco criado se os presidiários foragidos vierem a causar danos longe da fonte de risco que é o presídio; ou por detento que morre no presídio em razão de raio). Nesses casos, não haverá a responsabilidade objetiva por situação de risco criada pelo Estado, mas até poderemos ter a responsabilidade por *faute du service* (ex.: se o assalto cometido pelo foragido foi em frente a cabine policial), se os requisitos da responsabilidade por omissão estiverem presentes.

XIX.6 - REQUISITOS DA INDENIZABILIDADE DO DANO

Complementarmente aos requisitos que as situações enumeradas no tópico anterior devem possuir para fazer eclodir a responsabilidade civil do Estado, há também exigências do ponto de vista do dano a ser ressarcido.

Há duas exigências gerais (dano jurídico e certo) e duas exigências aplicáveis apenas à responsabilidade civil do Estado por comportamentos lícitos (danos especiais e anormais).

Em primeiro lugar, portanto, o dano há de sempre ser (a) jurídico. Se a lesão for econômica, mas não for jurídica, isto é, se, apesar de haver prejuízo, não houver

gravame em um direito, não eclodirá a responsabilidade civil. Deve haver lesão a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor do sujeito.

Não se considera dano em seu sentido jurídico, por exemplo, as limitações administrativas, que apenas definem o conteúdo do próprio direito; o fechamento de escola pública que gerará prejuízos ao dono da lanchonete em frente a ela etc. Muito relevante para a caracterização do dano como jurídico são as eventuais expectativas legítimas criadas pelo Estado para o particular. Assim, se, no exemplo da lanchonete em frente à escola pública, o Estado incentivou o particular a instalar uma lanchonete naquele local para atender os alunos e deixar a área menos deserta e logo depois fecha a escola, será cogitável a sua responsabilidade objetiva por ação lícita.

A responsabilidade do Estado pode se dar por um ato lícito, mas este ato tem de retirar algo da esfera jurídica do particular. Substancialmente, trata-se da mesma distinção que vimos entre as limitações administrativas ordinárias ou não indenizáveis e as indenizáveis; é uma questão de grau: apesar de ambas poderem gerar diminuição no valor do patrimônio das pessoas, esta tem maior intensidade, e anormalidade, já que, sendo o patrimônio um conceito jurídico,²⁷ na verdade toda diminuição patrimonial seria uma diminuição na esfera jurídica do seu titular.

O dano para ser indenizável também tem de ser *(b) certo*, ainda que atual ou futuro (ex.: verba que a vítima terá de despende ainda por muitos anos com fisioterapia). O dano não pode é ser meramente eventual (ex.: lucro cessante da empresa que a pessoa teria aberto se não tivesse sofrido o acidente).

Os caracteres jurídico e certo do dano serão suficientes para fazer surgir a responsabilidade do Estado por comportamentos ilícitos, sejam eles comissivos ou omissivos (estes, para poder gerar a responsabilidade do Estado, são, segundo nosso entendimento, sempre ilícitos, como visto acima).

Nos casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos (só verificada se por ação ou situação de risco), o dano, além de jurídico e certo, também deverá ser ainda *(c) especial*, isto é, não pode ser genérico, disseminado em toda a sociedade (ex.: medida econômica que reduz o poder aquisitivo da moeda não gera indenização) e *(d) anormal*, ou seja, não inerente às próprias condições incômodas, mas naturais ao convívio social (ex.: poeira de obra que suja a pintura de muro; interdição por poucas horas da rua, fazendo com que seus moradores tenham que pôr seus

carros em garagem paga, fora da rua, não gera direito a ressarcimento (obra que atrapalha o comércio não gera dano indenizável, mas se o interditar totalmente, gerará); abordagens policiais normais não causam dano moral etc.).

Constata-se que esses dois últimos requisitos do dano para gerar a responsabilidade do Estado por atos lícitos identificam-se com os requisitos da indenizabilidade de certas **limitações administrativas** e da caracterização de determinadas intervenções regulatórias na liberdade econômica e na propriedade como **desapropriações indiretas**. E nada mais natural, pois, na verdade, como concluímos nos respectivos capítulos, cuja remissão se faz essencial,²⁸ essas duas nada mais são do que exemplos de atos lícitos capazes de gerar a responsabilidade civil do Estado.

XIX.7 - EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade objetiva do Estado, como já sabemos, não exige a presença de comportamentos ilícitos, contentando-se com a relação de causa e efeito entre o comportamento estatal e o dano sofrido pelo terceiro.

Toda excludente da responsabilidade civil do Estado será, substancialmente, então, uma excludente do nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano, advertindo-se que uma visão muito ampla de "nexo de causalidade" pode acabar levando à Teoria do Risco Integral na responsabilidade civil do Estado enquanto o art. 37, § 6º, CF, adota a responsabilidade sem culpa, mas não sem causa.

Surgiram, ao longo da história, inúmeras teorias que pretendiam explicar o que se entende por causa do dano em geral. Entre nós foi o próprio Legislador que se ocupou de solucionar a questão, atestando, pela primeira vez, no art. 1.060 do Código Civil de 1916, que, "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato" - regra mantida, com redação praticamente inalterada, pelo art. 403 do novo Código Civil.

No Brasil, portanto, independentemente da espécie de responsabilidade (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), somente são indenizáveis os danos que sejam consequência direta e imediata da conduta do agente. Tal entendimento assentou-se, no acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE n. 130764/PR. Na ocasião, afirmou-se: "(...) Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.

²⁷ Patrimônio é "o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. 5. ed. 1951. p. 209-210).

²⁸ Ver também o tópico dedicado à responsabilidade por atos legislativos no presente capítulo.

Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriedade denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.²⁸

Os vocábulos "direto" e "imediato" devem ser interpretados "em conjunto", conforme leciona GISELA SAMPAIO DA CRUZ.²⁹ A expressão utilizada pela codificação tem, assim, o sentido de necessário, isto é, somente são indenizáveis os danos necessariamente decorrentes da atividade ou do ato ilícito.

GUSTAVO TEPEDINO salienta que, para explicar a teoria do "nexo causal direto e imediato", adotada entre nós, surgiu a "subteoria da necessariedade da causa", no sentido de certa causa, ou seja, "uma consequência certa do ato ilícito". Esta é, conclui a tendência jurisprudencial brasileira, com esteio no art. 403 do Código Civil e na orientação do Pretório Excelso; a "busca de um liame de necessariedade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo".³⁰

Isto porque o Legislador "se recusou a sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente",³¹ o que possibilita que o nexos causal cumpra "dupla função" no âmbito da responsabilidade civil: "Por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar."³²

É evidente, pois, que se excluem do dever de indenizar os chamados danos por *ricochet* ou reflexos, isto é, os danos decorrentes de outros danos, infligidos sobre pessoa diversa do lesado. A "regra no direito brasileiro é a indenização do dano direto e imediato, assim entendido o dano derivado necessariamente da conduta do ofensor. Por conta disso, no comum dos casos, é a vítima imediata do dano a pessoa legitimada a pleitear indenização. Exceção a esta regra ocorre, no Brasil, na chamada responsabilidade por dano-morte ou por homicídio, em que se indeniza não o falecido, mas as pessoas atingidas pela morte da vítima, e, portanto, apenas indiretamente pelo

²⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 101.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 4, p. 8-9, abr./jun. 2001.

³⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexos causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. p. 106.

³¹ Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. v. II, p. 870, p. 22.

evento que lhe deu causa. Assim é que os danos indiretos, reflexamente causados a terceiros ('danos por ricochete'), sem qualquer violação à relação contratual ou extracontratual, não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro justamente porque não decorrem direta e imediatamente do ato ilícito".³³

Postos esses limites à noção de nexos de causalidade, teremos que verificar se o dano sofrido pela pessoa tem como causa a sua própria culpa, de terceiros, ou de fatos da natureza (força maior).

Mais correto tecnicamente nesses casos do que dizer que a culpa da vítima, de terceiros ou a força maior excluem a responsabilidade civil do Estado seria dizer que excluída ela está pela falta de nexos causal entre a ação estatal e o dano (ex.: acidente sofrido pelos ditos "surfistas de trem", usuários que pela emoção preferem viajar sobre o teto dos trens; criança que morre afogada em ilha deserta, onde não se poderia esperar que o Estado dispusesse de um salva-vidas; assalto cometido em zona erma, de madrugada; dano sofrido por uma lavoura ou acidente automobilístico ocorrido em razão de geada). O nexos de causalidade se dá, outrossim, com o fato da vítima, de terceiro ou da natureza.

O Estado terá, no entanto, responsabilidade parcial (haverá uma causa de exclusão parcial da sua responsabilidade) se o seu comportamento for causa concorrente do dano, ou seja, se ele se somar à culpa da vítima, de terceiro, ou à força maior (ex.: se durante tiroteio em favela o cidadão deliberadamente decide não se resguardar).

YUSSEF SAHID CAHALI, louvando-se nas lições de THEMISTOCLES CAVALCANTI, sustenta que o caso fortuito, ao contrário da força maior, por ele conectada a eventos da natureza, não constitui causa de exclusão da responsabilidade civil do Estado. Isso se deve ao fato de que este, ao contrário da força maior, é interno, inerente à própria atividade do Estado que ocasionou o dano (ex.: trem público que, por caso fortuito, descarrilha).³⁴

XIX.5 - RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE

O fato de o Estado ser primariamente responsável pelos danos causados pelos seus comportamentos não quer dizer que os agentes públicos que materialmente executaram tais comportamentos também não possam sê-lo, mas dessa responsabi-

³³ TEPEDINO, Gustavo et alii. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. v. II, p. 870.

³⁴ CAHALI, Youssef Sahid. Responsabilidade civil do Estado. 2. ed. 2.ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

lidade se exigirá a ilicitude. Ou seja, os agentes públicos só são responsáveis pelos danos que, nessa qualidade, causarem, se tiverem culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva).

O art. 37, § 6º, *in fine*, CF, prevê o direito de regresso do Estado contra o servidor que causou o dano. Há dois requisitos para essa responsabilização: que o Estado tenha sido condenado a indenizar terceiros por ato lesivo do agente e que este tenha agido com dolo ou culpa (a responsabilidade do servidor é, repete-se, sempre subjetiva).

Assim, naturalmente que são a responsabilidade do Estado por atos ilícitos e o poderá gerar também a responsabilidade do servidor.

HELLY LOPES MEIRELLES³⁵ acha que as duas responsabilidades previstas no art. 37, § 6º, CF, são estanques, ou seja, o particular só pode responsabilizar o Estado, e o agente só pode ser responsabilizado pelo Estado, isto é, ele só seria responsabilizável pelo exercício do direito de regresso do Estado. Com isto, o particular não poderia acionar diretamente o agente de forma isolada ou juntamente com o Estado.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO,³⁶ ao revés, entende que o agente pode ser responsabilizado não só regressivamente pelo Estado, como isolada ou solidariamente pelo particular lesado. Concordamos que o art. 37, § 6º, visa a beneficiar, proteger, em primeiro lugar, o particular e, em segundo, o próprio Estado, nunca o agente culpado, e o art. 9º da Lei n. 4.898/65 previu expressamente, nos casos de abuso de autoridade, a ação direta do lesado contra o agente.

Também se discute muito se o art. 70, III, do CPC (denúnciação à lide nos casos de direito de regresso) se aplicaria ao direito de regresso previsto no art. 37, § 6º, CF. Grande parte da doutrina e da jurisprudência entende que o art. 70, III, CPC, não contempla essa exceção. Mas CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO³⁷ entende que não é cabível, no caso, a denúnciação, tendo em vista que a inclusão de mais uma lide no processo atrasaria muito a solução da demanda, prejudicando o particular lesado. Também afirma essa corrente que, pelo art. 37, § 6º, os fundamentos das duas responsabilidades, uma objetiva e outra subjetiva, são bastante diferentes, o que prejudicaria ainda mais o andamento da ação.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO³⁸ defende que a denúnciação da lide, o litisconsórcio facultativo ou a propositura de ação indenizatória diretamente contra o agente público só são possíveis nos casos em que o pedido já se fundar, além da responsabilidade objetiva, na culpa do agente. Nos casos em que se fulcrar na falta anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva, a denúnciação à lide não seria possível por acrescer fundamento estranho à lide originária.

Na avaliação que JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³⁹ faz da jurisprudência na matéria, ela, apesar de bem dividida, tem-se orientado mais no sentido de admitir a denúnciação à lide por opção do Estado, não tendo caráter obrigatório como decorreria apenas do art. 70, III, CPC.

No âmbito da União, a Lei n. 4.619/65, que regulamenta o exercício do direito de regresso do art. 37, § 6º, dispõe que a ação de regresso deve ser proposta dentro de 60 dias após o trânsito em julgado da condenação da União. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO,⁴⁰ no entanto, acha que é necessário o pagamento (não a mera condenação) para que o direito de regresso possa ser exercido.

O direito de regresso pode ser satisfeito através de ação judicial ou por acordo. Fora disso, é muito questionável a possibilidade de o Estado exercer este direito descontando em folha, coativa e unilateralmente, os valores do regresso, já que, sem a autorização do servidor, este desconto em folha consistiria em uma auto-executoriedade de valores pecuniários.

Por derradeiro, assinalamos que, como se trata de direito patrimonial, o Estado poderá exercer o direito de regresso contra os sucessores do servidor que causou o ilícito que gerou a despesa pública de indenização do terceiro lesado.

XIX.8.1 - Comunicação de instâncias

As diversas instâncias de responsabilização dos agentes públicos são autônomas, mas, para evitar contradições entre atos estatais, são parcialmente inter-relacionadas, já que em tese os agentes públicos estão sujeitos concomitantemente às esferas civil,

³⁵ Op. cit.

³⁶ Op. cit.

³⁷ Op. cit.

³⁸ Op. cit.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p. 545.

⁴⁰ Op. cit.

administrativa e penal de responsabilização (ex.: em caso de tortura praticada em delegacia policial).⁴⁵

Normalmente a relação se dá entre as esferas civil e administrativa, de um lado, e a penal, de outro, já que esta, em face da gravidade de suas potenciais sanções, é a que possui o procedimento dotado de maior teor garantístico. Diante dela, podemos estar diante de quatro situações (*arg. ex art. 935, CC*):⁴⁶

- 1) Condenação penal: leva à culpa também no processo civil e no administrativo;
- 2) Absolvição penal pela negativa do fato ou da autoria: também produz efeitos no civil e no administrativo;
- 3) Absolvição penal por ausência de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito): produz efeito no civil e no administrativo (art. 65, CPP);
- 4) Absolvição penal por ausência de prova: não produz efeitos tanto no civil como no administrativo, já que as provas, nestes, menos rígidos, podem ser suficientes para configurar o que a Súmula n. 18 do STF denomina "falta residual".

XIX.9 - RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS

Apesar de a doutrina clássica francesa ter construído a responsabilidade civil do Estado sobretudo como responsabilidade civil da Administração, ela se aplica a todas as atividades do Estado. A nossa Constituição, por exemplo, em seu art. 37, § 6º, não faz qualquer exceção quanto a isso.

Dizia-se que os atos emanados do Poder Legislativo, sendo atos de soberania estatal, não poderiam gerar direito à indenização por responsabilidade civil do Estado, até porque, sendo a lei criadora do próprio Direito, não teria como, salvo se ela fosse inconstitucional, ser injurídica.

Todavia, dessa assertiva hoje se evoluiu para admitir a responsabilidade civil do Estado em razão de lei em três situações:

(a) Se os atos na verdade nem forem materialmente legislativos, tais como as leis de efeitos concretos e todos os atos administrativos praticados pelo Poder Legislativo;

⁴⁵ O tema foi também tratado no capítulo dos servidores públicos.

⁴⁶ Note-se também que o próprio Direito Penal já prevê crimes cujas penas já possuem efeitos administrativos diretos, como a condenação acessória à perda do cargo público, sobretudo nos casos de crimes contra a Administração Pública.

(b) Tratando-se de lei propriamente dita, isto é, lei em sentido material (geral e abstrata) que for, inconstitucional e atingir particular de forma singular. Trata-se aqui da responsabilidade pela lei em si, não por ato administrativo expedido em sua execução,⁴⁷ e

(c) Omissão legislativa (ou regulamentar)⁴⁸ frustradora do exercício de direitos, já tendo o STF inclusive já deferido direito de indenização se o Congresso Nacional não exercesse a sua competência regulamentadora da Constituição em determinado prazo.⁴⁹

Não incluímos a responsabilidade civil do Estado por leis constitucionais nesse rol porque, apesar de não poder ser descartada, é bastante excepcional, já que as leis podem contrariar interesses econômicos mas são gerais e abstratas, não gerando de per se danos jurídicos ou especiais. E, mais, para serem constitucionais pressupõe-se que não agrediram quaisquer direitos adquiridos (art. 5º, XXXV, CF). EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA observa ainda que deve haver cuidado com a ampliação da responsabilidade do Estado por leis constitucionais para evitar a petrificação do ordenamento jurídico.⁵⁰

Todavia, apesar de ser excepcional a responsabilidade civil do Estado por lei constitucional, pode eclodir em alguns casos, pois há hipóteses - difíceis de acon-

⁴⁷ Há as seguintes condições, segundo YUSSEF SAID CAHALI: (1) especificidade do dano; (2) A lei já ter sido retirada do mundo jurídico através da devida declaração de inconstitucionalidade em sede concentrada, não importando se antes ou depois da propositura da ação indenizatória, já que, assim, a indenização pelo Estado seria a consequência natural da nulidade da sua lei. Esta assertiva, ao nosso ver, todavia, pode ter de ser relativizada em razão das inovações no processo da ação direta declaratória de inconstitucionalidade, que deram ao STF a possibilidade de fixarem os efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade: poderia o Supremo Tribunal Federal - STF, ao exercer essa competência, levar à inexistência do dever de pagar a indenização por eventuais prejuízos específicos sofridos no tempo anterior à declaração de inconstitucionalidade; e (3) O dano tem de decorrer imediatamente da inconstitucionalidade da lei. Se decorrer diretamente da aplicação da lei em relações privadas, não será cabível a responsabilização do Estado. Assim decidiu a Justiça Federal em uma série de casos em que foi pedida a indenização pelo Estado dos prejuízos sofridos pelos titulares de contas de poupança que tiveram os seus depósitos resgatados pelas instituições financeiras de forma diversa em razão de lei que foi declarada inconstitucional (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 652 a 658).

⁴⁸ Por sinal, os pontos de discussão relativos à responsabilidade civil do Estado por leis em sentido material são *mutatis mutandis* aplicáveis à sua responsabilidade por atos normativos em geral.

⁴⁹ STF, MI n. 283.

⁵⁰ ENTERRIA, Eduardo García. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho Español*, Ed. Civitas, 2007.

tecer, é verdade - em que os danos por ela gerados preencherão aqueles requisitos da especialidade e anormalidade, sendo, portanto, danos também jurídicos, apesar de a lei não ser inconstitucional.

Aqui mais uma vez torna-se essencial a remissão ao que expusemos em seus capítulos próprios sobre as **limitações administrativas indenizáveis** e sobre as **desapropriações indiretas regulatórias**, que, junto com as **leis e atos normativos constitucionais indenizáveis**, são tratadas no direito norte-americano sob a alcunha única de *regulatory takings*, unidade de tratamento esta que nos parece de todo pertinente.⁴⁷

A responsabilidade do Estado por leis constitucionais gera certa perplexidade por se tratar de atividade soberana do Estado, exercida nos termos da Constituição, o que não deve, contudo, causar espécie, uma vez que na verdade todas as funções típicas de Estado são expressões da sua soberania.

Impugna-se também a responsabilidade do Estado por leis constitucionais (ou por regulamentos legais e constitucionais, pelo mesmo raciocínio) porque não haveria como existir dano jurídico, considerando que é ao Legislador que compete por excelência a criação de direitos e obrigações, cumprindo observar que, para o do pressuposto da constitucionalidade da lei, naturalmente teria ela inclusive respeitado os direitos adquiridos envolvidos. Todavia, como vimos acima, um dos pontos que mais caracteriza a responsabilidade objetiva do Estado é a possibilidade de ela existir mesmo diante de atos legais e constitucionais.

JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS ESTEVES, colacionando a opinião de diversos autores, afirma que "pode uma lei, no todo ou em cada uma de suas partes, que está em perfeita consonância com a Constituição, trazer prejuízos ao particular. (...) As hipóteses de restrição ao exercício da indústria ou atividade econômica, a transformação de atividade privada em serviço público; sob a forma de monopólio, são ventiladas como exemplos de circunstâncias de que se origina o dever reparatório estatal. (...) mas a obrigação não emergirá quando a limitação normativa se exercer 'dentro da noção de poder de polícia, que pressupõe a regulamentação' (...) A utilização de parâmetros válidos de equalização dos interesses - ditados pelo princípio da proporcionalidade - não impedirá o surgimento do dever de indenizar quando as restrições, conquanto necessárias, se situem no plano de anormalidade e especificidade, representada pelo atingimento de conteúdo essencial do direito de propriedade. Em casos tais, a restrição especialmente imposta ao particular,

⁴⁷ Sobre o tema, ver FISCHEL, William A. *Regulatory takings: Law, Economics, and Politics*, 1985.

como forma de se obter a realização da função social, deverá ser compensada pela indenização".⁴⁸

Abordando a responsabilidade do Estado por atos legislativos, LÉON DUGUIT sustenta que "se o Estado protege os administrados contra todos os riscos que resultam de sua atividade em geral, não se compreende que esta garantia falhe no caso de risco decorrente da aplicação da lei; assim, quando a lei interdita ou restringe certa atividade particular, para organizá-la em serviço público monopolizado ou não, deve sujeitar-se a uma indenização".⁴⁹

De fato, um dos exemplos mais dados de responsabilidade civil do Estado por lei constitucional é o da lei que transforma em serviço público exclusivo do Estado determinada atividade econômica que até então era livre da iniciativa privada, proscrevendo-a às empresas que até então a exploravam.

OCTÁVIO DE BARROS também observa que "contra o ato legal que, não obstante, é lesivo, vem em socorro do administrado o princípio da intangibilidade de seu patrimônio, o qual, se por um lado é relativo, no sentido de não poder sobrepor-se à determinação estatal, por outro lado, patenteia-se irrecusável, impondo o ressarcimento".⁵⁰

No Direito francês, a responsabilidade do Estado em virtude de leis constitucionais é acolhida apenas excepcionalmente, quando verificadas as seguintes condições: (1) o dano ser específico em relação a alguém, o que é bastante dificultado pela abstração e generalidade que caracterizam as leis; (2) ausência de vontade do Legislador de excluir a responsabilidade civil do Estado nas situações que envolvem a aplicação da lei; e (3) falta de periculosidade do produto que tem a sua produção ou comercialização proibida ou restringida.

O caso pioneiro de reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato legislativo foi o *La Fleurette* (1938), em que à empresa que fabrica produtos artificiais derivados de leite foi reconhecido o direito de receber indenização do Estado em razão de lei que, para apoiar o mercado de leite, proibiu a fabricação desses

⁴⁸ SANTOS ESTEVES, Júlio César dos. *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, p. 235 a 241.

⁴⁹ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 663.

⁵⁰ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 663.

produtos artificiais.³¹ No *arrêt Cauchetux et Desmonts* (1944), o Estado também foi responsabilizado por lei que, para apoiar os produtores de lúpulo, determinou o aumento da sua utilização na fabricação das cervejas, o que veio a prejudicar uma empresa em particular. No *arrêt Plan* (1988), contudo, o Conselho de Estado excluiu a reparação dos prejuízos causados por flamingos em arrozais em razão de uma lei que protegeu esta espécie de animal, já que a lei teria expressamente excluído essa responsabilidade.

Também deve ser citado o *arrêt Dame Burgat*, de 1976, em que foi reconhecida a obrigação de o Estado indenizar proprietária que, em razão de Tratado Internacional, não pôde despejar locatário que era representante estrangeiro na UNESCO e que tinha iniciado a locação antes de tal Tratado.³²

Em questão análoga, concernente à responsabilidade por regulamentos administrativos, o Conselho de Estado (*Commune de Garoanle* - 1963) reconheceu a obrigação de o Estado indenizar proprietário de loja de *souvenirs* em razão de regulamento que proibiu a passagem de pedestres no caminho onde a loja se localiza, permitindo-a apenas àqueles que estivessem montados em animais.

Sobre o tema, MAURÍCIO JORGE PEREIRA DA MOTA observa que "a prevalência da função social conduz ao sacrifício desse concreto direito de propriedade, mas a garantia da propriedade transforma-se então numa garantia de uma justa indenização em contrapartida (...). A garantia constitucional desdobra-se, assim, num efeito primário e num efeito subsidiário. O efeito primário consiste na defesa desta contra agressões que não sejam justificadas pela necessidade de afetação dos bens a uma função social mais elevada. O efeito subsidiário consiste na garantia de uma justa indenização para o caso de essa eventualidade se verificar".³³

Nesse sentido, confira-se o seguinte entendimento do STF:

"CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA. REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS. NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 3º,

§ 6º I. - 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. II. - 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. III. - 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 IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido" (STF, RE n. 422.941/DF, 2ª T., Rel. CARLOS VELLOSO, DJ 24.03.2006).

XIX.10 - RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS

Apesar do ingente esforço da quase unanimidade da doutrina, a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais (note-se: não em relação a atos administrativos expedidos no âmbito do judiciário), não excepcionada pelo art. 37, § 6º, CF, é ainda praticamente inexistente, mesmo havendo no Direito Positivo brasileiro alguns dispositivos expressos.

O art. 630 do CPP e o art. 5º, LXXV, da CF estabelecem a possibilidade de responsabilização do Estado por erro judiciário, ou por prisão além do tempo fixado na sentença, apesar de o Judiciário dificilmente acolher ações de indenização por abertura de inquérito, denúncia criminal ou prisões cautelares de pessoas que depois vêm a ser inocentadas.

O art. 133 do CPC estabelece a responsabilidade civil, pessoal, individual do juiz, quando, agindo com dolo ou culpa, recuse, omita ou atrase providência que deveria tomar. Também na França a responsabilidade jurisdicional é restrita, similarmente, aos casos de "culpa grave" do juiz.³⁴

A dificuldade na responsabilização do Estado por ato judicial está no fato de que este, antes do trânsito em julgado, pode ser impugnado por recurso, e, depois, está coberto pela autoridade da coisa julgada. Além disso, a prova do dolo ou culpa do juiz é muito difícil.

³⁴ Cf. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Ed. Almedina, 1982.

³¹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 762-763.

³² MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 763.

³³ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1999, p. 226. Para o autor, o direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal abrange todo e qualquer direito patrimonial do cidadão (*Idem*, p. 198), dentre os quais incluem também o direito à liberdade de iniciativa.

Entendemos que, pelo menos nos casos em que a decisão judicial gere imediatamente danos irreversíveis, como algumas liminares *inaudita altera pars*, o que torna irrelevante o fato de o particular ter recursos à sua disposição, a responsabilidade civil do Estado deveria ser admitida, com direito de regresso contra o magistrado caso este tenha agido com culpa (por exemplo, por negligência ao deixar de analisar um dos documentos dos autos, que necessariamente, fora de qualquer interpretação minimamente plausível, deveria ter levado ao indeferimento da liminar).

XIX.11 - RESPONSABILIDADE PELA ATUAÇÃO POSTULATÓRIA E APURATÓRIA

Como decorrência do princípio constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), o Estado não pode ser responsabilizado pela mera propositura de ações judiciais, seja por suas advocacias públicas, pela defensoria pública ou pelo Ministério Público, o mesmo se dizendo dos processos apuratórios que eventualmente a precedam (inquéritos, civis ou penais, sindicâncias administrativas etc.).

A única exceção seriam os casos de abuso do exercício do direito de ação, tal como conceitualmente construído na teoria geral do processo.