

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELOS ATOS OMISSIVOS DE SEUS SERVIDORES

Berenice Oliveira da Silva¹

Janete Rosa Martins²

Resumo: Este texto tem por objetivo abordar de forma mais específica, a responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos atos omissivos de seus servidores, trazendo a sua fundamentação, os conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como especificando quais os atos omissivos destes podem ensejar a responsabilidade civil do Estado. O texto também faz uma explanação sobre a compensação dos danos patrimoniais causados pelos servidores, o direito de regresso e a prescrição da responsabilidade civil.

Palavras-Chave – responsabilidade civil – servidores – atos omissos

CONSIDERAÇÕES INICIAIS



presente trabalho tem como intuito discutir a responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos atos omissivos de seus servidores. Importante salientar que primeiramente é necessário trazer á discussão à fundamentação e conceitos

¹ Aluna da graduação do Curso de Direito da URI – campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: berenicedeoliveira@yahoo.com.br

² Doutoranda em Ciências Sociais pela UNISINOS – Universidade di Vale dos Sinos – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul, professora da Graduação e pós-graduação em nível de especialização, pesquisadora em mediação. E-mail:janete@urisan.tche.br

sobre a responsabilidade objetiva e subjetiva prevista no artigo 37 § 6º da Constituição Federal, e, dentro desta questão quais são os atos omissivos que venham a ensejar a responsabilização do Estado na execução ou não do serviço público, ou se este não funcionou (omissão) ou se funcionou mal ou atrasado, ocorrendo a assim a teoria do risco, que fundamenta a teoria objetiva do estado.

Analisa-se de forma direta a compensação dos danos patrimoniais causados pelos servidores públicos, no exercício da função como corrupção passiva, contrabando e descaminho, peculatos dentre outros. Esses delitos para que seja realizada a compensação por danos patrimoniais causados por servidores é necessário apenas a comprovação donexo causal entre o dano e a conduta estatal.

Esses delitos praticados por servidor público são capazes de gerar danos a terceiros e exigem reparação. Neste sentido, afirma-se que o ESTADO responderá civilmente pelos atos omissivos de seus servidores, tendo resguardado seu direito de regresso.

2 FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Como introdução a este tópico é importante mencionar a questão da designação utilizada pela doutrina. Alguns autores como Meirelles, utilizam a expressão “responsabilidade civil da Administração”, porque, em regra, a responsabilidade surge de atos da Administração e não dos atos do Estado como uma entidade política:

Preferimos a designação responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, [...]. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em

responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar³.

De maneira diversa, Di Pietro utiliza a designação “responsabilidade civil do Estado”, explicando que quando se fala em responsabilidade do Estado esta se refere aos três tipos de funções exercidas pelo Estado: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa, sendo que as duas últimas incidem em casos excepcionais. A autora ainda acrescenta que se tratando de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, que é pessoa jurídica. Já a Administração pública é desprovida de personalidade jurídica, não sendo, portanto, titular de direitos e obrigações na ordem civil. Logo, a capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício das suas atribuições estatais⁴. Neste estudo utiliza-se a designação “responsabilidade civil do Estado”.

A responsabilidade civil do Estado evoluiu ao longo do tempo, iniciando pela teoria da irresponsabilidade do Estado; em seguida pela responsabilidade subjetiva, necessitando da comprovação da culpa. Vale mencionar que ela ainda é aceita em algumas hipóteses, e atualmente vigora a teoria da responsabilidade objetiva, desligada da culpa, mas vinculada à comprovação do nexo causal entre o dano sofrido e a ação ou omissão do Estado.

Di Pietro coloca a evolução da responsabilidade civil extracontratual do Estado da seguinte forma: 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 objetiva⁵.

³ MEIRELLES, op. cit. p. 647.

⁴ DI PIETRO, op. cit. p. 606.

⁵ Idem, p. 607.

Segundo Mello, a responsabilidade civil do Estado teve grande contribuição do Direito francês, tendo como marco relevante o caso Blanco, ocorrido em 1873⁶.

Di Pietro também menciona o caso Blanco como o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado. O caso trata sobre a menina Agnes Blanco que ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux foi atropelada por um vagão da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo. Seu pai ingressou com ação civil de indenização, baseada no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros em decorrência de ação danosa de seus agentes. Dessa forma, ainda segundo Di Pietro, surgiu o conflito entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo. O Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser resolvida pelo Tribunal Administrativo, uma vez que se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Sendo responsabilidade estatal, não podia ser regida pelos princípios do Código Civil, porque estava sujeita a regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a determinação de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. A partir desse marco nasceram as teorias publicistas da responsabilidade do Estado⁷.

Mello, ao tratar dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, lembra que é necessário diferenciar os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e a justificativa da existência de tal responsabilização, que consiste no fundamento da responsabilidade, ou seja, a fundamentação é aquilo que ocasiona as diferentes hipóteses de responsabilização⁸.

O autor ainda divide o fundamento da responsabilidade civil do Estado em dois casos, a saber: a) comportamentos ilícitos

⁶ MELLO, op cit. p. 990.

⁷ DI PIETRO, op. cit. p. 609.

⁸ MELLO, op. cit. p. 996.

tos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano equivale ao princípio da legalidade que se traduz na submissão do Estado às leis e no caso de comportamento ilícito comissivo, o dever de reparar é também imposto pelo princípio da igualdade; b) comportamentos lícitos e hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público, ainda que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso. Nesse caso o fundamento da responsabilidade estatal é garantir igualdade na repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, também se resumindo no princípio da igualdade, fundamental ao Estado de Direito⁹.

No mesmo sentido, Gasparini acrescenta que o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, conforme seja ela decorrente de atos lícitos ou ilícitos. No caso de atos lícitos, exemplo da construção de um calçadão que interessa à coletividade, porém que impede a utilização de um prédio construído regularmente utilizado como garagem, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargo a que estão sujeitos os administrados, uma vez que a obra é de interesse público, logo toda a comunidade deve arcar com o ônus. No caso dos atos ilícitos, descumprimento da lei, o fundamento é a própria violação da legalidade, por exemplo, quando o Estado interdita uma indústria poluente e depois verifica que ela não era a poluente, cometendo assim, uma ilegalidade, ficando obrigado a indenizar a vítima, nesse caso a indústria. Gasparini salienta que essa diferenciação é importante, uma vez que, a responsabilidade de indenizar não é impingida ao servidor público no caso de ato lícito, ao passo que a responsabilidade por ato ilícito será à custa do agente público¹⁰.

Nesse contexto, Cavaliere Filho contribui ao escrever que a responsabilidade civil do Estado evoluiu a fase da responsabilidade objetiva do Estado, não dependendo de falta ou culpa

⁹ Idem, p. 997.

¹⁰ GASPARINI, op. cit. p. 896-897.

do serviço, em um terreno próprio do Direito Público, com base nos princípios da equidade e igualdade:

Na última fase dessa evolução proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, isto é, independente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa¹¹.

Diante do exposto percebe-se que, atualmente, os fundamentos da responsabilidade civil do Estado residem no campo do Direito Público. Conforme Meirelles, “a doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa culpa especial do serviço público quando lesivo de terceiros”¹².

Meirelles acrescenta que a fundamentação legal da responsabilidade civil do Estado encontra-se no art. 43 do Código Civil brasileiro, o qual versa que as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano se houver, por parte destes, culpa ou dolo. E no § 6º do art. 37 da Constituição Federal que possui o mesmo teor do art. 43 do Código, apenas acrescentando as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos¹³.

Em face dos argumentos expostos conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro guiou-se pelos preceitos do Direito

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 242.

¹² MEIRELLES, op. cit. p. 648.

¹³ Idem, p. 651-652.

Público e instituiu a responsabilidade civil objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, a qual está baseada na atividade de risco que a Administração Pública desenvolve. Esta teoria reside na possibilidade de responsabilização do Estado sem comprovação de culpa ou dolo, bastando, tão somente, a existência da relação causa e efeito entre o dano causado e a ação ou omissão do servidor público, resguardando ao Estado a possibilidade de diminuição ou exclusão da responsabilidade se provar comportamento culposo ou doloso da vítima.

3 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DE SEUS SERVIDORES PÚBLICOS

Com relação à atuação do causador do dano é considerada a existência de dolo ou culpa em sua ação ou omissão para determinar sua responsabilidade. Conforme Wald, esta poderá ser subjetiva, quando baseada na culpa em sentido lato (culpa ou dolo), ou objetiva, quando independe de qualquer falha humana (culpa) ou desejo de causar dano (dolo)¹⁴.

Moreira Neto enfatiza que se devem distinguir duas situações especiais no que tange à responsabilidade civil dos servidores públicos, dependendo dos danos causados direta (subjetividade) ou indiretamente (objetividade) à Fazenda Pública. Se o servidor causa, diretamente, por culpa ou dolo, dano ao erário da pessoa de direito público a que serve, tem o dever de repará-lo. Se o servidor inflige, indiretamente, um prejuízo à Fazenda do ente de direito público a que serve, em razão de ter o ente respondido objetivamente perante terceiros por danos causados por ele na qualidade de servidor, de acordo com o art. 37, § 6º da CF/88, terá o dever de reembolsar a Fazenda, se ficar comprovado que agiu com culpa ou dolo¹⁵.

¹⁴ WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 698.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2006, p. 323-324.

No tocante à evolução histórica, Tôres traz a cronologia histórica da responsabilidade do Estado no Brasil. Inicialmente, segundo o autor, vigorava a responsabilidade subjetiva do servidor público, visível no art. 82 da Constituição de 1891, que trazia o seguinte preceito: os funcionários públicos eram estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorriam no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos¹⁶.

Com o Código Civil de 1916, a responsabilidade passou a ser do Estado. A Constituição de 1934 trouxe no seu art. 171¹⁷, a responsabilidade solidária do agente público com a Fazenda, devendo ambos ser demandados juntos. A grande inovação surgiu no art. 194¹⁸ da Constituição Federal de 1946, que elegeu a teoria do risco administrativo e extinguiu a figura da solidariedade, nascendo dessa forma, a responsabilidade objetiva do Estado e a ação de regresso contra o servidor público que tenha agido com culpa. As Constituições posteriores praticamente repetiram as disposições acerca da responsabilidade objetiva do Estado.

Diante do exposto é necessário tecer alguns comentários a respeito da culpa que, como se pode perceber, é elemento essencial para definir a responsabilidade do servidor. Para Wald, a culpa em sentido lato, abrange tanto o dolo como a culpa em sentido estrito¹⁹. O autor conceitua o dolo como a vontade consciente de violar o dever, logo o desejo de lesar terceiros; e a culpa, é a conduta imprudente, negligente ou ca-

¹⁶ TÔRES, Heleno Taveira. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, abr./jun. 1995, v. 32, n. 126, p. 236-237.

¹⁷ Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

¹⁸ Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

¹⁹ WALD, op. cit. p. 691-692.

racterizada pela imperícia²⁰, que causa a violação de um dever jurídico ou técnico.

Wald conclui que a responsabilidade subjetiva pressupõe a existência de culpa, de dano e de nexos causal entre o ato praticado e o prejuízo causado. Diferentemente, a responsabilidade objetiva se fundamenta na existência do dano e no nexos causal, bastando que tenha havido lesão ao direito de terceiro, sem que se deva apurar a existência de culpa ou dolo²¹.

No mesmo contexto Gasparini conceitua a responsabilidade civil do servidor público como “aquela que decorre da prática ou omissão, dolosa ou culposa, de atos e fatos que lhe são atribuídos e que causaram um dano à entidade a que se liga ou a terceiros”²². Gasparini lembra ainda que é fundamental para a caracterização da responsabilidade que o comportamento do servidor seja doloso ou culposo e gerador do dano patrimonial.

Complementando, Gasparini traz os conceitos de dolo e culpa do Direito Privado. O servidor atua com culpa quando age com imprudência, imperícia, negligência ou imprevisão e causa um prejuízo a alguém; e o servidor atua com dolo quando conscientemente pratica um ato que sabe ser contrário ao Direito²³.

Meirelles utiliza o seguinte exemplo para distinguir as situações de culpa e dolo: se um motorista propositadamente atropelar um transeunte, desejando matar ou ferir, cometerá um

²⁰ A conduta *imprudente* é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo, é a imprevisão ativa (culpa *in faciendo* ou *in committendo*), é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação; a *negligência* consiste na displicência no agir, falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz, é a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (culpa *in ommittendo*); e, a *imperícia* é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício (BITENCOURT, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007).

²¹ WALD, op. cit. p. 693.

²² GASPARINI, op. cit. p. 232.

²³ GASPARINI, op. cit. p. 232-233.

crime doloso; se o mesmo motorista atropelar um mesmo transeunte sem querer, mas com imprudência, imperícia ou negligência, terá cometido um crime culposo. Segundo os preceitos de Meirelles, a diferença entre os dois ilícitos é subjetiva, varia segundo a conduta do agente²⁴.

Para o autor, a responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por culpa ou dolo no desempenho de suas funções; para o servidor público não há responsabilidade objetiva ou sem culpa. A responsabilidade do servidor nascerá com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização²⁵.

É importante dizer que para Meirelles a Administração não pode isentar de responsabilidade civil seus servidores, pois não possui disponibilidade sobre o patrimônio público, tendo o dever de zelar pela integridade deste, adotando todas as providências legais cabíveis para a reparação dos danos causados a ele, não importando o autor. Por esse motivo o final do § 6º do art. 37 da CF/88 obriga a responsabilização do servidor causador do dano somente quando agir com culpa ou dolo, logo, exclui a responsabilidade objetiva (na qual não importa a culpa ou dolo, bastando o dano e onexo causal entre a ação ou omissão e o dano), que é unicamente do Estado perante a vítima²⁶.

Finalmente, é evidente que a noção de culpa é fundamental para a definição da responsabilidade do servidor público. Segundo Cavalieri Filho, a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade subjetiva²⁷, e o Código Civil, em seu art. 186, comprova essa afirmação utilizando a palavra culpa em sentido amplo, indicando não só a culpa em *stricto sensu*, como também o dolo.

Conclui-se que o servidor público será responsabilizado civilmente somente quando agir com culpa ou dolo, elementos

²⁴ MEIRELLES, op. cit. p. 500.

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ Idem, ibidem.

²⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 16.

que caracterizam a subjetividade, e causar dano por meio de omissão ou comissão ao erário ou a terceiros. Conforme Perin, o exposto é confirmado pela Lei n. 8.112, de 11/12/1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos, e expressa em seu art. 122:

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiro. [...]

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva²⁸.

Diante do explanado, verifica-se que a responsabilidade civil do servidor público é constituída pelos seguintes elementos: ação ou omissão, dolo ou culpa e prejuízo ao erário ou terceiro. Responde, portanto, subjetivamente o servidor e objetivamente o Estado, tendo este direito à ação de regresso se comprovada a culpa ou dolo do servidor.

4 ATOS OMISSIVOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS PASSÍVEIS DE ENSEJAR RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado poderá causar danos aos seus administrados por ação ou omissão de seus servidores públicos que atuam no desempenho de suas atividades. Ele será responsabilizado, uma vez que, como preceitua Mello, o Estado e seus agentes não se bipartem, logo, a conduta do servidor público será a do Estado²⁹.

De acordo com os ensinamentos de Mello, os acontecimentos passíveis de ensejar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os fatos da natureza. Cita-se como exemplo o alagamento de casas devido à omissão do

²⁸ PERIN, Jair José. A responsabilidade civil do Estado e o dano moral. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, jul./set. 2002, ano 39, n. 155, p. 144.

²⁹ MELLO, op. cit. p. 998.

Poder Público em limpar os bueiros e as galerias que dão vazão à água; e o comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público quando deveria impedi-lo, por exemplo, assalto realizado diante de agentes policiais desidiosos³⁰. O exposto encontra respaldo na jurisprudência, como se pode observar nos exemplos abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS POR INTEGRANTES DO MST. CARACTERIZADA *OMISSÃO CULPOSA DAS AUTORIDADES POLICIAIS, QUE NÃO CUMPRIRAM MANDADO JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, TAMPOUCO JUSTIFICA-RAM SUA INÉRCIA* (grifo nosso). REVISÃO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO 279 DA SÚMULA/STF. A qualificação do tipo de responsabilidade imputável ao Estado, se objetiva ou subjetiva, constitui circunstância de menor relevo quando as instâncias ordinárias demonstram, com base no acervo probatório, que a inoperância estatal injustificada foi condição decisiva para a produção do resultado danoso. Precedentes: RE 237561, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 05.04.2002; RE 283989, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 13.09.2002. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº 600652, Relator: Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, Supremo Tribunal Federal, Julgado em 04/10/2011, Publicado em 24/10/2011)³¹.

Este exemplo jurisprudencial demonstra a responsabilização estatal por comportamento material de terceiros. Neste caso, os integrantes do Movimento dos Sem-Terra, que causaram danos aos particulares devido à omissão das autoridades policiais que não cumpriram o mandado judicial de reintegração de posse, tiveram sua culpa comprovada nos elementos probatórios que demonstraram que a inoperância estatal injustificada foi condição essencial para a produção do dano.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL.

³⁰ MELLO, op. cit. p. 1007.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 600652*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 04 out. de 2011.

AGRESSÃO SOFRIDA EM PENITENCIÁRIA ESTADUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. *OMISSÃO ESPECÍFICA* (grifo nosso). DANOS MORAIS IN RE IPSA. 1. Danos morais. Comprovada, no caso concreto, a omissão estatal em não salvaguardar a integridade física de detentos sob a sua custódia, configurada está a sua responsabilidade. A ofensa à integridade física e psíquica do indivíduo, por si só, já caracteriza o dano moral, o qual deve ser compensado com indenização compatível com a gravidade da situação (grifo nosso). 2. Pensionamento. Não há evidências de que, em decorrência das referidas queimaduras, resultou incapacidade ou redução da capacidade laboral do demandante, inviabilizando o deferimento deste pedido. 3. Honorários Advocatícios. Incabível a fixação de honorários advocatícios ao FADep, consoante previsto na Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Custas processuais. O Estado está isento das custas processuais, de acordo com o disposto no art. 11, caput e parágrafo único da Lei n.º 8121/1985 (Regimento das Custas), cuja redação foi alterada pela lei nº 13.471/2010. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. (Apelação Cível nº 70034880435, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Mário Crespo Brum, Julgado em 29/09/2010)³².

Seguindo o mesmo sentido do exemplo anterior, a jurisprudência acima comprova a existência de responsabilização estatal por omissão, caracterizada por não salvaguardar a integridade física de detentos sob sua custódia.

No que diz respeito aos casos de conduta omissiva, constata-se que há divergências doutrinárias. Segundo Gandini e Salomão, há dois posicionamentos a este respeito: o primeiro segue os argumentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a teoria da responsabilidade subjetiva, que possuía base legal no art. 15 do antigo Código Civil³³; e o segundo po-

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70034880435*. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Relator: Des. Mário Crespo Brum. 29 set. de 2010.

³³ O mencionado art. 15 do antigo Código Civil prescreve: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou

sicionamento, defendido por vários autores, é adepto da teoria da responsabilidade objetiva, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF/88³⁴.

Mello argumenta que a responsabilidade por “falta de serviço”, “falha do serviço” ou “culpa do serviço” não configura modalidade de responsabilidade objetiva, mas sim de responsabilidade subjetiva, porque não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal, mas também necessita da existência de algo mais, que é a culpa ou o dolo, elemento caracterizador da responsabilidade subjetiva. Mello ainda acrescenta que provavelmente tenha havido um equívoco ao se fazer a tradução da palavra “faute”, que na França tem o significado de culpa, porém no Brasil e em alguns outros países foi traduzida erroneamente como “falta”, que remete à ideia de algo objetivo³⁵.

Pelos argumentos citados acima, Mello defende que quando há danos decorrentes de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva. O autor complementa lembrando que se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano, logo, somente pode ser responsabilizado se ele estiver obrigado a impedir o dano, ou seja, se ele descumprir dever legal que lhe impunha para evitar o evento danoso, e, sendo assim, a responsabilidade estatal por omissão será sempre responsabilidade por comportamento ilícito. Segundo o autor, sendo responsabilidade por ilícito, configurará responsabilidade subjetiva, uma vez que não há conduta ilícita do Estado que não provenha de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou dolo (vontade proposital de violar a norma), sendo a culpa e o dolo modalidades da responsabilidade

faltando a dever prescrito por lei; salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

³⁴ GANDINI; SALOMÃO, op. cit. p. 51.

³⁵ MELLO, op. cit. p. 993-994.

de subjetiva³⁶.

Nesse sentido, Gonçalves acrescenta que para que haja a configuração da responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (não se omitir) e que se demonstre que, com sua prática, o dano não ocorreria. O dever jurídico de não se omitir deve estar explícito na lei, no caso da responsabilidade do Estado³⁷.

Contribuindo com este enunciado Cavalieri Filho acrescenta:

A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo³⁸.

Sobre o assunto, Gandini e Salomão, na responsabilidade do Estado por conduta omissiva, o agente tem o dever legal de agir, porém, ao deixar de agir, infringe a lei, causando dano ao particular, constituindo conduta ilícita. Logo, feriu-se o princípio basilar da Administração, que é o princípio da legalidade, evidenciando-se, assim, a gravidade de uma conduta ilícita omissiva³⁹.

A respeito do assunto Cavalieri Filho expõe ponto de vista diferente. Ele faz a distinção entre omissão genérica e omissão específica, concluindo que se houver omissão genérica haverá elemento subjetivo, se houver omissão específica configurará responsabilidade objetiva. Será omissão específica quando o Estado, por omissão sua, criar a situação propícia para a

³⁶ MELLO, op. cit. p. 1002-1003.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 502.

³⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 24.

³⁹ GANDINI; SALOMÃO, op. cit. p. 55.

ocorrência do evento em situação na qual tinha o dever legal de agir para impedir o dano. Por exemplo, se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava no acostamento da estrada, o Estado não poderá ser responsabilizado pelo fato de estar o motorista ao volante sem condições, isso seria responsabilizar o Estado por *omissão genérica* que possui caráter subjetivo. Mas se o mesmo motorista, momento antes, passou por uma patrulha rodoviária e foi abordado pelos policiais, porém estes o deixaram prosseguir viagem, mesmo percebendo a embriaguez, fica configurada *omissão específica*, gerando a responsabilidade objetiva⁴⁰.

No mesmo contexto Willeman, em artigo, argumenta que aceitar a responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública em casos de omissões específicas seria impor ao lesado o dever de provar uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente público, situação que se acredita que o legislador buscou extinguir do ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ao lesado incumbirá o ônus da prova da omissão, ou seja, do dever legal de agir, bem como do dano e do nexo de causalidade. O autor defende que somente a omissão específica deve ser levada em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e conseqüentemente a obrigação de indenizar, o mesmo não ocorrendo com a omissão genérica⁴¹, como é possível se observar na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE Queda de transeunte na calçada em razão de buraco. Responsabilidade do proprietário. *OMISSÃO GENÉRICA* DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 252.

⁴¹ WILLEMANN, Flávio de Araújo. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº 10.406/2002). In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.); SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 365.

DADE SUBJETIVA. Ao disciplinar a responsabilidade civil da Administração Pública nos casos de *omissão*, a doutrina e jurisprudência fazem diferença entre *omissão genérica* e *específica*, entendendo ter a primeira natureza subjetiva, enquanto pela última responderá a Administração objetivamente. No caso em análise, alega a apelante que o dano por ela sofrido originou-se de queda decorrente de buraco existente em calçada, devendo o Município ressarcir os prejuízos causados, tendo em vista sua responsabilidade na conservação e sinalização do local. Imputa a autora conduta omissiva à municipalidade, restando analisar a natureza de tal *omissão* para identificar a eventual responsabilidade do réu. Nos termos do artigo 58 do Decreto 3800/70, chamado de Regulamento de Parcelamento de Terra, cabe ao proprietário do imóvel edificado em logradouro dotado de meio-fio a construção de calçadas em toda a extensão do terreno, bem como manutenção desta em perfeito estado de conservação. Idêntica previsão encontra-se na Lei Municipal 1.350/88. Restando evidenciado que a responsabilidade primária de conservação da calçada incumbe ao proprietário do imóvel, possível concluir que eventual ausência de atuação do Município configura *omissão genérica* e, conseqüentemente, responsabilidade subjetiva. Configura-se ônus da autora, portanto, a prova da culpa do réu, que apenas será caracterizada se comprovada sua ciência quanto à existência da irregularidade e sua *omissão* em tomar as providências cabíveis. Da análise dos autos, possível concluir não ter restado comprovada a *omissão* do ente público, tendo este provado, inclusive, que após ciência da irregularidade notificou o dono do imóvel para tomar as medidas de conservação cabíveis. Afastamento da tese de cerceamento de defesa. Recurso ao qual se nega provimento. (Apelação Cível nº 0045076-98.2007.8.19.0001, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Des. Mario Assis Gonçalves, Julgado em 12/01/2010)⁴².

Willeman ainda esclarece que a *omissão específica*, ao contrário da *omissão genérica*, pressupõe um dever específico de agir do Estado, que, se assim não o faz, dá causa direta e

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0045076-98.2007.8.19.0001*. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. 12 jan. de 2010.

imediate ao dano sofrido em decorrência da omissão. Por outro lado, na omissão genérica a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata para o dano porventura sofrido e, por isso, deve o lesado provar que se o Estado agisse, o dano poderia não ter ocorrido⁴³.

Enfim, para Di Pietro, há controvérsias a respeito da aplicação ou não do art. 37, § 6º da CCF/88 às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso da teoria da responsabilidade objetiva. Alguns adotam a mesma norma para a ação ou omissão do Poder Público; outros adotam no caso de omissão, a responsabilidade subjetiva. Apesar dessa controvérsia, para a autora, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram ao ente público o dever de indenizar⁴⁴.

Entre a conduta omissiva do Estado e o resultado danoso, segundo Tôrres, há um nexo relacional entre este resultado e a conduta estatal previamente estabelecida por lei, da qual se omitiu o Estado. Assim, o Estado responde não por ter causado o dano, mas porque não realizou a conduta à qual estava obrigado por lei, estabelecendo-se o vínculo necessário e suficiente para a devida recomposição do patrimônio lesado⁴⁵.

Mello corrobora com esse entendimento ao escrever que na hipótese de conduta omissiva, o Estado não é o autor do dano, ele não o causou, sua omissão ou deficiência é a condição do dano, e não sua causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado e condição é o evento que não ocorreu, mas que se tivesse ocorrido teria impedido o resultado⁴⁶.

Para concluir, é importante mencionar que cabe ação contra o Estado mesmo quando não se identifique o servidor causador do dano, principalmente nas hipóteses de omissão do Estado. Estes casos são chamados de “culpa anônima” do Esta-

⁴³ WILLEMAN, op. cit. p. 366.

⁴⁴ DI PIETRO, op. cit. p. 617-618.

⁴⁵ TÔRRES, op. cit. p. 240.

⁴⁶ MELLO, op. cit. p. 1004.

do. Gonçalves cita como exemplo as enchentes em São Paulo que não receberam solução pelas diversas administrações que o município já teve⁴⁷.

O autor ainda lembra que alguns estudiosos afirmam que a ação de indenização só pode ser movida contra a pessoa jurídica e não contra o servidor⁴⁸. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que esse entendimento se aplica unicamente às ações fundadas na responsabilidade objetiva. Se o autor, no entanto, se dispõe a provar a culpa ou dolo do servidor (responsabilidade subjetiva), abrindo mão de uma vantagem, poderá movê-la diretamente contra o causador do dano, até porque a execução contra o particular é menos demorada.

Diante das considerações expostas evidencia-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a aplicação da modalidade de responsabilidade civil objetiva, inclusive, nos casos de omissão, mas considerando a omissão específica, não se aplicando o mesmo à omissão genérica.

5 COMPENSAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS CAUSADOS POR SEUS SERVIDORES PÚBLICOS

Para que seja realizada a compensação por danos patrimoniais causados por servidores é necessária apenas a comprovação do nexo causal entre o dano e a conduta estatal. Para Tôrres, se verificada a relação de causalidade, sem a presença de excludentes de responsabilização, a indenização à vítima é obrigatória⁴⁹.

Para que o dano seja indenizável pelo Estado deve ser, segundo Gasparini: *certo* (possível, real, efetivo, aferível, presente, não podendo ser dano eventual); *especial* (individualizado, referindo à vítima, pois se fosse geral, seria apenas ônus

⁴⁷ GONÇALVES, op. cit. p. 261.

⁴⁸ Idem, ibidem.

⁴⁹ TÔRRES, op. cit. p. 242.

comum à vida em sociedade); *anormal* (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos provenientes da vida em sociedade); *referente a uma situação protegida pelo Direito* (incidente sobre uma atividade lícita); e, *de valor economicamente apreciável* (não tendo razão a indenização de dano de valor econômico irrisório)⁵⁰.

Com relação ao dano indenizável, Mello traz importantes colocações, tal como a questão de que cabe indenização tanto nos danos causados por comportamentos lícitos, bem como ilícitos, sejam atos ou fatos, comissivos ou omissivos. No caso de comportamento comissivo a existência ou inexistência do dever de reparar não é estabelecida pela qualificadora da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida, ou seja, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de compensação do dano se este consistir em extinção ou agravamento de um direito. O autor conclui o seguinte:

[...] ante a atuação lesiva do Estado, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não no lado ativo dela. Importando que o dano seja ilegítimo – se assim nos podemos expressar; não que a conduta causadora o seja.

Daí que nas hipóteses focalizadas inexistente responsabilidade por inexistir agravo a um direito, isto é, porque foram atingidos apenas interesses econômicos, embora também eles lícitos (mas sem possuírem a consistência de direitos ou sequer dos chamados “interesses legítimos”, da doutrina italiana)⁵¹.

Cahali utiliza os ensinamentos de Weida Zancaner, a qual ensina que as características dos danos ressarcíveis são diferentes para os danos resultantes de atividades lícitas e os resultantes de atividades ilícitas. Sendo necessário, no caso de atividades ilícitas, sempre antijurídicas, que sejam certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros, e atingir uma situação ju-

⁵⁰ GASPARINI, op. cit. p. 904.

⁵¹ MELLO, op. cit. p. 1011-1012.

rídica legítima. Quanto ao ressarcimento dos danos provenientes de atividades lícitas é necessário satisfazer as exigências cabíveis aos danos provenientes de atividades ilegais e mais duas exigências: ser o dano anormal e ser especial⁵².

No que se refere à responsabilidade objetiva, Cahali escreve que o dano ressarcível tanto pode resultar de um ato doloso ou culposo do servidor e, mesmo sem culpa ou falha da Administração ou do serviço, aquele que tenha se caracterizado como injusto para o particular, lesionando seu direito subjetivo⁵³.

A prática de crime funcional gera a responsabilidade penal, segundo Gasparini, ao passo que os danos patrimoniais causados à Administração Pública a qual está ligado a terceiros e as violações ao correto desempenho de suas competências geram a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa. Em termos de responsabilidade civil, o Estado ressarcirá o lesado e, posteriormente, por meio do direito de regresso cobrará o valor despendido do causador do dano⁵⁴.

Convém citar alguns delitos praticados por servidor público que são capazes de gerar danos a terceiros e exigem reparação. Eles estão elencados no Título XI, Capítulo I (arts. 312 a 327) do Código Penal brasileiro, que trata dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral.

Constitui-se delito a corrupção passiva, que conforme preceitua Bitencourt, tem como tipo objetivo a conduta dolosa de solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente. O bem juridicamente protegido é a Administração Pública, em especial, sua moralidade e probidade administrativa. O sujeito ativo somente poderá ser o servidor público, enquanto o sujeito passivo é o Estado-Administração (União,

⁵² CAHALI, op. cit. p. 68.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ GASPARINI, op. cit. p. 908.

Estado, Distrito Federal e Município), assim como a entidade de direito público e o particular eventualmente lesado, no caso do servidor solicitar a vantagem indevida, não ofertada ou prometida por aquele, não configurando a corrupção ativa⁵⁵.

Outro delito é o contrabando ou descaminho, ainda seguindo os ensinamentos de Bitencourt, também tem como bem jurídico tutelado a moralidade e probidade da Administração Pública. A conduta típica “consiste em facilitar (promover, tornar propício, de forma comissiva ou omissiva), com infração ao dever funcional, qual seja o dever de reprimir e combater o contrabando ou descaminho”⁵⁶. O sujeito ativo é o servidor público, porém somente aquele que exerce atividade fiscalizadora, uma vez que a infração penal reside na infringência desse dever funcional; e, o sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

Outro delito pertencente a este rol é o peculato que tem como bem jurídico protegido, segundo Bitencourt, a Administração Pública, mais especificamente o seu interesse patrimonial e moral. Sua conduta típica consiste no apossamento ou desvio, por parte de funcionário público, de coisa móvel, pública ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, em proveito próprio ou alheio. O sujeito ativo, obviamente, é o funcionário público ou aquele expressamente equiparado a este para fins penais. A condição especial de funcionário público comunica-se ao particular que eventualmente concorra, na condição de co-autor ou partícipe para a prática do crime, conforme previsão do art. 30 do Código Penal. O sujeito passivo, assim como nos demais crimes, é o Estado e as demais entidades de direito público, previstas no art. 327, § 1º do Código Penal, ou o particular⁵⁷.

A concussão também se constitui em um delito que tem

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 77-79.

⁵⁶ Idem, p. 79.

⁵⁷ BITENCOURT, op. cit. p. 5-11.

como tipo objetivo, ainda conforme os preceitos de Bitencourt, o elemento material que consiste na exigência da vantagem individual para o próprio funcionário ou para terceiros mediante um ato de imposição (exigir). Como nos demais, o bem jurídico protegido é a moralidade e a probidade da Administração Pública. O sujeito ativo é o funcionário público, tendo como essência do crime o abuso da função ou da autoridade; o sujeito passivo, o Estado e todo e qualquer órgão ou entidade de direito público e o particular lesado⁵⁸.

Do exposto infere-se que o Estado responderá objetivamente pelos danos que forem causados por delitos de seus servidores públicos, tendo a obrigação de recompor o patrimônio lesado, porém possui o direito de regresso contra o servidor causador do dano. Por conseguinte, este responderá administrativamente, penalmente e civilmente por suas ações ou omissões, desde que comprovado o dolo ou culpa.

6 DIREITO DE REGRESSO E PRESCRIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O § 6º do art. 37º da CF/88 assegura o direito de regresso às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviço público contra o causador do dano nos casos de dolo ou culpa. Tôrres esclarece que o Estado exerce o direito de regresso através de meio processual, que é a chamada ação de regresso, consistindo no direito subjetivo público de o Estado exigir do agente público culpado o valor correspondente ao que foi gasto com a indenização⁵⁹.

A Lei 8.112/90, conforme lembra Di Pietro, também determina, em seu art. 122, § 2º, que “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Públi-

⁵⁸ Idem, p. 62-63.

⁵⁹ TÔRRES, op. cit. p. 243.

ca, em ação regressiva”⁶⁰.

Tôrres apresenta os seguintes pressupostos materiais deste direito: a prévia condenação do Estado à indenização de terceiros por ato lesivo de servidor; e a prévia comprovação, em processo regular, do comportamento doloso ou culposo do servidor⁶¹.

Meirelles apresenta iguais requisitos para a ação de regresso: a condenação do Estado para indenizar a vítima do dano e a comprovação da culpa ou dolo do servidor que, com relação aos requisitos não há divergências doutrinárias. O autor lembra que para o Estado a responsabilidade independe da culpa ou dolo, já para o servidor público a responsabilidade depende da culpa ou dolo, por isso a responsabilidade estatal é objetiva e a do servidor é subjetiva e esta se apura pelos critérios gerais do Código Civil⁶².

O autor ainda acrescenta que o ato lesivo do servidor pode constituir ao mesmo tempo responsabilidade civil, administrativa e criminal, como é comum acontecer nos casos de atropelamentos ocasionados por veículos da Administração. Em tais situações o servidor responsável pelo dano sofrerá a ação civil regressiva da Administração nos termos do já citado art. 37º, § 6º da CF/88, e ao processo interno da Administração, para fins disciplinares, bem como a ação penal⁶³.

A respeito do assunto Gasparini versa que quem causa um dano, agindo com culpa ou dolo, deve indenizar por completo a vítima. Da mesma forma, aquele que paga o prejuízo causado por alguém que por força de uma relação jurídica a isso estava coobrigado ou porque é tido como seu preposto, tem o direito de voltar-se contra ele para reaver a quantia paga, e isso é feito através da ação de regresso⁶⁴.

⁶⁰ DI PIETRO, op. cit. p. 627.

⁶¹ TÔRRES, op. cit. p. 243.

⁶² MEIRELLES, op. cit. p. 659.

⁶³ Idem, p. 660.

⁶⁴ GASPARINI, op. cit. p. 909.

Gasparini conceitua a ação regressiva como medida judicial de rito ordinário, que propicia ao Estado reaver o que desembolsou à custa do patrimônio do agente causador direto do dano, que tenha agido com culpa ou dolo no desempenho de suas funções. A ação deve ser interposta somente depois de transitada em julgado a sentença que condenou a Administração Pública a pagar a indenização e após o pagamento consuma-se o efetivo prejuízo do erário público⁶⁵.

O prazo de propositura da ação regressiva, segundo Gasparini, é de 60 dias na esfera federal (Lei n. 4.619/65, art. 1º). Nesse prazo o Procurador da República deve ingressar em juízo com o pedido de regresso, sob pena de falta funcional, conforme art. 3º da citada lei. A não propositura da ação nesse prazo, porém, não implica na prescrição do direito, podendo ocasionar somente uma infração administrativa⁶⁶.

Com relação à interposição da ação regressiva, Di Pietro afirma que, atualmente, pertence aos advogados da União, a quem cabe a representação judicial da União, conforme art. 131 da CF/88⁶⁷.

No que diz respeito à prescrição do direito de regresso, segundo Gasparini, a parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 expressamente declara que este não prescreve, podendo ser proposta contra os herdeiros ou sucessores do agente:

A ação de regresso pode ser ajuizada contra o agente causador do dano e, na sua falta, contra os seus herdeiros ou sucessores, dado que obrigação meramente patrimonial. Ademais, pode ser intentada após o afastamento (exoneração, demissão, disponibilidade, aposentadoria) do agente causador do dano de seu cargo, emprego ou função pública⁶⁸.

Mello também ressalta que devido ao enunciado no § 5º, do art. 37 da CF/88, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou

⁶⁵ Idem, *ibidem*.

⁶⁶ GASPARINI, op. cit. p. 909.

⁶⁷ DI PIETRO, op. cit. p. 628.

⁶⁸ GASPARINI, op. cit. p. 910.

não, que causem prejuízos ao erário⁶⁹. Não há que se confundir a prescrição da ação regressiva, que é imprescritível, com a prescrição da ação de indenização que, segundo Gasparini, é de cinco anos (art. 1º da Lei Federal 9.494/97)⁷⁰.

Quanto à prescrição da pretensão civil, Willeman diz que é estabelecida pelo art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, que prescreve o prazo de três anos para a pretensão de reparação civil, contados a partir do conhecimento do lesado, ou após ser prolatada a “sentença definitiva” em processo criminal, quando o fato depender de apuração nessa área⁷¹.

Conforme preceitua Lucarelli, a apuração da responsabilidade civil do servidor terá início ainda no âmbito administrativo, porém o campo de solução de tais conflitos dependerá do próprio servidor. Se este admitir a falha e a responsabilidade e se dispor a proceder a indenização de forma amigável, a questão estará resolvida ainda no âmbito administrativo; caso o servidor se opor à responsabilização, a única alternativa será o Poder Judiciário⁷².

Em seguida o autor ensina que o ressarcimento e a indenização do valor necessário para repor o montante despendido pelo erário se darão da forma do § 1º do art. 122⁷³ da Lei 8.112/90, o qual traz a regra geral, que é a Administração bus-

⁶⁹ MELLO, op. cit. p. 1048.

⁷⁰ GASPARINI, op. cit. p. 907.

⁷¹ WILLEMAN, op. cit. p. 369.

⁷² LUCARELLI, Fábio Dutra. Comentários aos arts. 116 a 182. In: ROCHA, Daniel Machado (Coord.). *Comentários à lei do regime jurídico único dos servidores públicos da União*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167-168.

⁷³ Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

car judicialmente o pagamento do que lhe é devido, determinando que a possibilidade de ressarcimento mediante débito em folha, previsto no art. 46⁷⁴ da Lei 8.112/90, somente ocorrerá caso não existirem bens passíveis de assegurar a execução judicial. A intenção do legislador ao fazer da execução judicial regra geral, seria tornar a satisfação do débito mais célere e imediata, porém o legislador não teve êxito, conforme os demonstra Lucarelli:

[...] na via da execução judicial forçada a satisfação do débito seria mais célere e imediata, estava equivocada. Isto porque, embora em tese e pela mera aplicação das normas de direito processual civil, a execução forçada contra o devedor solvente não admita parcelamentos ou postergação do pagamento, o fato que se constata na lide forense é que, mediante uma série de recursos e artifícios, os executados conseguem adiar por inúmeros anos, o efetivo adimplemento da dívida, [...] por certo seria muito mais favorável ao Erário receber sua indenização na forma do art. 46, eis que, embora parceladamente adimplida, haveria a garantia de recebimento dos valores⁷⁵.

Lucarelli conclui expondo que na prática, atualmente, se verifica que quando constatada a responsabilidade do servidor, este é consultado a respeito da concordância em efetuar o ressarcimento mediante os descontos previstos no art. 46. Caso contrário, a Administração terá de ingressar em Juízo, primeiramente com ação visando à obtenção da condenação ao pagamento, porque o procedimento administrativo não acarreta coi-

⁷⁴ Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.

⁷⁵ LUCARELLI, op. cit. p. 169-170.

sa julgada e não terá eficácia executiva, depois com a execução⁷⁶.

Com relação ao direito de regresso há uma questão bastante controversa na doutrina, que é a obrigatoriedade ou não da denunciação da lide, conforme art. 70, III, do Código de Processo Civil, pelo Estado ao causador do dano na ação de indenização. Moreira Neto apresenta a questão de forma concisa, havendo duas correntes sobre o assunto: a primeira aceita a denunciação da lide, sob o argumento formal de que ela seria indispensável para que o Poder Público ou prestador de serviço público exercitasse o direito de regresso; a segunda corrente não aceita a denunciação da lide, sob o argumento de que o Estado, ao se empenhar em provar a culpa do agente, assume a responsabilidade perante a parte autora, havendo, assim, um comprometimento de seu campo de defesa. Além desse argumento, a última corrente ainda utiliza o argumento de que a denunciação da lide iria prejudicar a parte autora, que seria obrigada a suportar uma instrução processual em torno da discussão da culpa ou dolo do servidor, controversa que para o autor não há interesse⁷⁷.

Mello é adepto da primeira corrente. Para ele interessa ao servidor intervir na ação de indenização, não só para assegurar o justo valor, mas também para evitar as despesas de dois processos: o movido contra a administração e o desta contra ele⁷⁸.

Apesar do conflito doutrinário, segundo Gonçalves, o Supremo Tribunal Federal já determinou que o entendimento da corrente contrária à denunciação da lide se aplica somente às ações fundadas na responsabilidade objetiva. Se o autor, porém, se dispõe a provar a culpa ou o dolo do servidor (responsabilidade subjetiva), abrindo mão de uma vantagem, poderá movê-la diretamente contra o causador do dano, até porque a

⁷⁶ LUCARELLI, op. cit. p. 170.

⁷⁷ MOREIRA NETO, op. cit. p. 589.

⁷⁸ MELLO, op. cit. p. 1029.

execução contra o particular é mais célere. No caso de preferir movê-la contra o Estado e o servidor, também deverá arcar com o ônus de provar a culpa ou o dolo do servidor⁷⁹.

Os conceitos, os argumentos e exemplos trazidos neste texto servem para demonstrar que o Estado responderá civilmente pelos atos omissivos de seus servidores, tendo resguardado seu direito de regresso. Não há consenso doutrinário, porém, com relação a qual teoria deve ser aplicada – a teoria objetiva, a qual responsabiliza o Estado por ação ou omissão do seu servidor, não considera a comprovação de dolo ou culpa, apenas para o direito de regresso; ou a teoria subjetiva, em que diante da omissão estatal deverá ser comprovada a culpa em suas modalidades – negligência, imprudência e imperícia – ou dolo. Apesar da falta de consenso doutrinário ficou evidenciado que no Brasil prepondera a teoria da responsabilidade objetiva, tanto nos casos de ação como de omissão dos servidores, e esta possui respaldo jurisprudencial e doutrinário como exposto ao longo do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apreciação do tema estudado faz-se importante, pois demonstra que a teoria da responsabilidade civil objetiva é a que melhor supre as necessidades de um Estado Democrático de Direito – fundamentado em princípios como o da legalidade, da igualdade – garantindo o direito à indenização ao administrado por danos sofridos em decorrência da omissão de servidores públicos.

É importante observar que tanto a conduta comissiva como a omissiva geram a responsabilidade objetiva, pois o § 6º do art. 37 da CF/88 não faz distinção entre ambas. É necessário, no entanto, que exista o dever legal de agir por parte do Estado, caso contrário, não há que se falar em omissão estatal.

⁷⁹ GONÇALVES, op. cit. p. 261.

É necessário lembrar também, que não são todos os casos de omissão estatal que geram responsabilização, somente os casos de omissão específica, que acontecem quando o Estado ajuda a criar a situação propícia para a ocorrência do evento em situação na qual tinha o dever legal de agir para impedir o dano.

Observa-se que a intenção do legislador brasileiro, ao elaborar o § 6º do art. 37 da CF/88 – o qual prescreve a responsabilidade estatal pelos danos causados a terceiros por seus agentes, no exercício da função – foi no sentido de proteger a parte mais fraca da relação Administração e administrados, pois não se pode exigir da vítima que além dos danos já sofridos ainda arque com o ônus de provar a culpa ou o dolo do servidor público para obter o ressarcimento do dano. Analisando este aspecto fica evidente que a responsabilidade mencionada trata da responsabilidade objetiva, a qual prescinde os elementos culpa ou dolo. Estes são exigidos apenas para o exercício do direito de regresso por parte do Estado, sendo mais viável ao ente estatal apurar a culpa ou dolo do seu servidor.

Por todos os conceitos e argumentos arrolados no presente estudo conclui-se que no ordenamento jurídico brasileiro, com relação à questão da responsabilização estatal por atos omissivos de seus servidores – apesar da celeuma doutrinária existente entre a teoria objetiva e a subjetiva – prevalece a teoria da responsabilidade civil objetiva, albergada pela doutrina dominante e pela jurisprudência majoritária. Esta teoria exige tão somente onexo causal entre o dano sofrido e a ação ou omissão do servidor público no exercício de suas funções.



REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL (Constituição, 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- _____. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Wind e Lívia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.140.025. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. 2 set. 2010.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial* nº 574298. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie. 24 maio 2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento* nº 600652. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. 4 out. 2011.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* nº 0045076-98.2007.8.19.0001. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. 12 jan. 2010.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* nº 70034880435. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Relator: Des. Mário Crespo Brum. 29 set. 2010.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* nº 70039115852. Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. 26 jan. 2011.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos dos seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade*

- civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista CEJ*. Brasília, n. 23, out./dez. 2003.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LUCARELLI, Fábio Dutra. Comentários aos arts. 116 a 182. In: ROCHA, Daniel Machado (Coord.). *Comentários à Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2006.
- PERIN, Jair José. A responsabilidade civil do Estado e o dano moral. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, jul./set. 2002, ano 39, n. 155.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positi-*

- vo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TÔRRES, Heleno Taveira. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 32, n. 126, abr./jun. 1995. p. 231-243.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. A Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002 (Lei Nacional nº. 10.406/2002). In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.); SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.