



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEANDRO BOMFIM BATISTA SILVA

**PROCESSO DE REPARAÇÃO DO DANO – A
INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 12209/2011**

Salvador
2018

LEANDRO BOMFIM BATISTA SILVA

**PROCESSO DE REPARAÇÃO DO DANO – A
INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 12209/2011**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de especialista perante a Faculdade Baiana de Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito Público.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LEANDRO BOMFIM BATISTA SILVA

PROCESSO DE REPARAÇÃO DO DANO – A INCONSTITUCIONALIDADE NA LEI 12209/2011

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de especialista perante a Faculdade Baiana de Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito Público.

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018

RESUMO

A Constituição da República Federativa de 1988 preceitua no artigo 37, § 6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público responderão objetivamente pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, observa-se a responsabilidade civil do Estado para reparação de danos ao administrado lesado, eis que se refere à responsabilidade objetiva, bastando apenas nexos causal entre a conduta danosa e o resultado. Porém, no que diz respeito à conduta do agente público que causa danos a terceiros que age com dolo ou culpa é assegurado o direito de regresso do Estado, o qual é exercido por ação própria. A Lei 12209/2011, é a Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia, a qual em um dos seus capítulos trata do processo de reparação de danos, o qual será instaurado para apuração, determinação e cobrança dos prejuízos causados ao erário por agente público, administrado ou qualquer pessoa jurídica. Em análise a isso, a presente monografia busca demonstrar a inconstitucionalidade no processo de reparação na Lei em comento, visto que a referida estabelece por via administrativa a imposição do pagamento dos valores apurados ao agente público, quando causa danos a terceiros, sob pena de inserção na Dívida Ativa.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Agente Público. Inconstitucionalidade. Ação de Regresso.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	9
2.1	FASE DA TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE	10
2.2	FASE DAS TEORIAS CIVILISTAS	12
2.2.1	Teoria da responsabilidade por atos de gestão	12
2.2.2	Teoria da Responsabilidade por Culpa Civil	14
2.3	FASE DAS TEORIAS PUBLICISTAS	15
2.3.1	Teoria da Culpa Administrativa	15
2.3.2	Teoria do Risco Administrativo	16
2.3.3	Teoria do Risco Integral	18
2.3.4	Teoria do Risco Social	19
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS LESIVOS DOS SEUS AGENTES	21
3.1	A REGRA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO	21
3.2	A POLÊMICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO	25
3.2.1	A aplicação da teoria da culpa administrativa para os atos omissivos	25
3.2.2	O risco administrativo na omissão específica	28
3.2.3	O risco administrativo no fortuito interno	29
3.2.4	O risco administrativo e o princípio da precaução	31
3.3	IMPUTAÇÃO VOLITIVA	32
3.4	DUPLA GARANTIA	33
4	A AÇÃO REGRESSIVA E A SUBSIDIARIEDADE DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE	36
4.1	DA AÇÃO DE REGRESSO E DENUNCIÇÃO DA LIDE	41
4.2	PRAZOS PRESCRICIONAIS	43
5	O PROCESSO DE REPARAÇÃO DE DANOS NA LEI 12209/2011	47
6	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil é de grande importância, especialmente para os operadores do Direito. Nessa seara, destaca-se a responsabilidade do Estado, a qual passou por longas transformações ao longo do tempo, resultando na atual conjuntura existente no ordenamento jurídico brasileiro.

A responsabilidade do Estado passou por um momento no qual o ente público era totalmente irresponsável, chegando num estágio onde a sua responsabilização é quase que totalmente reconhecida.

A primeira Constituição brasileira foi formulada num momento no qual já não existiam mais amarras ao regime absolutista da Europa, instalando-se no país uma monarquia constitucional influenciada pelo liberalismo político e econômico. Sendo que, mesmo no Império, embora fosse reconhecida a responsabilidade dos agentes públicos por danos provocados por sua conduta culposa, essa responsabilidade não era atribuída diretamente ao Estado, recaindo as indenizações sobre os próprios agentes.

Em decorrência de tal postura, na apuração da responsabilidade por danos decorrentes de atos do Estado, a indenização recaía sobre o agente público e não sobre o patrimônio do Estado, tendo por base a culpa civil.

Com o transcorrer evolutivo, o Direito brasileiro adotou a responsabilidade objetiva do Estado, tornando o requisito da culpa secundário. A alusão a culpa somente pode ser mencionada no tocante a responsabilidade regressiva do agente, não condicionando a responsabilidade do Estado à ocorrência da culpa do agente.

Nessa senda, o modelo insculpido perdura até os dias atuais, tendo acrescido a possibilidade de responsabilizar as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos.

Acompanhando esse ambiente de transformação, foi adotada a teoria do risco administrativo, bastando que seja observado um nexo causal entre alguma atividade administrativa e um dano ao administrado. Sendo que, não devem ser esquecidas as situações excludentes e atenuantes.

Paralelamente, ocorreu uma transformação no direito constitucional, no Brasil, especialmente com o advento da Constituição de 1988, após um longo período de ditadura o texto constitucional surgiu como garantidor de direitos, inclusive se colocando sobre as demais leis.

Assim, uma nova releitura do ordenamento jurídico foi estabelecida tendo por base a Constituição, devendo as demais leis observar as permissões, limites, princípios e fundamentos nela estabelecidos.

Nesse prisma, no ordenamento jurídico brasileiro existe uma hierarquia das normas jurídicas, estando a Constituição Federal no ápice de uma pirâmide, devendo as demais normas respeitá-la sob o crivo de serem rejeitadas do sistema legal.

Desta forma, o ordenamento jurídico, no artigo 37, § 6º, aduz que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, compreendendo o dever de reparação dos danos causados aos administrados pela sua conduta estatal sem a necessidade de demonstrar a existência de culpa. De acordo com o referido texto, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestam serviços públicos são objetivamente responsáveis pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo assegurado, ainda, o direito de regresso contra o agente causador do dano nos casos de dolo ou culpa.

Nesse cenário foi promulgada a lei 12209/2011, que trata do Processo Administrativo do Estado, a qual traz em um dos seus capítulos o processo de reparação de danos patrimoniais causados pela Administração a terceiros e pelo administrado ao erário.

É sabido que o judiciário brasileiro se encontra assoberbado de ações judiciais, tal fato decorre das mais diversas situações, seja por falta de servidores, magistrados, estrutura, seja pelo aumento da circulação de informações, fazendo com que o cidadão mais conhecedor de seus direitos, cada vez mais recorra ao caminho judicial na satisfação de seus interesses.

Tal Lei estadual, alinhada com essa conjectura, tenta trazer uma maneira de desafogar as prateleiras forenses. Por intermédio de um processo administrativo, são estabelecidos mecanismos para apurar, mensurar valores e executar a cobrança do apurado em decorrência dos prejuízos causados ao erário por agente público, qualquer pessoa jurídica ou administrado, bem como danos causados ao administrado.

Apesar de existirem algumas divergências sobre a responsabilidade civil do Estado, referente à denúncia da lide em virtude das ações indenizatórias em face do Estado, ou relacionadas à legitimidade passiva da ação indenizatória decorrente dos atos praticados pelo ente público ou a prescrição, um tema tão importante não pode ser abordado de maneira básica e sem grandes questionamentos.

Contudo, o objetivo do presente estudo é analisar que estabelecer por um processo administrativo um prazo para o agente público quando comete danos a terceiros no exercício da função, sob pena de inscrição de seu nome na Dívida Ativa, vai de encontro ao insculpido na Constituição Federal. Para tanto, o texto constitucional estabelece o direito de regresso face

ao agente público, ou seja, por intermédio de uma ação própria, sendo que inclusive tal demanda deve ser proposta após o trânsito em julgado da ação que demonstrou a perda do patrimônio público.

Para isso, o presente estudo começa com a análise da responsabilidade do Estado e de seus agentes por um escorço histórico, destacando as mudanças ocorridas em decorrência da demanda do administrado. Logo após, serão feitas incursões como funciona não só a responsabilidade do Estado e do agente público, explanando sobre a teoria do risco administrativo, mas também o que é a imputação volitiva e a teoria da dupla garantia.

Em seguida, foi discorrido sobre as principais características dos institutos da Denúnciação da Lide e da Ação de Regresso, além do prazo prescricional nas ações indenizatórias envolvendo o Estado.

Ato contínuo será abordada a Lei 12209/2011, no que tange ao processo de reparação de danos e suas inconsistências com o ordenamento jurídico.

Este trabalho partiu da hipótese de que a Lei 12209/11 de 20 de abril de 2011, a Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia, é inconstitucional no que tange ao processo de reparação de danos, trazido no seu Capítulo IV, do artigo 136 ao 150, especificamente no que diz respeito ao artigo 148, Parágrafo Único e o artigo 150, §2º, os quais não encontram guarida no ordenamento jurídico.

Tais dispositivos não se alinham com o preceituado no artigo 36, § 2º do comando constitucional, posto que, neles são trazidas situações nas quais o agente público terá o seu nome inscrito na Dívida Ativa, o que lhe traz diversos transtornos como a cobrança de juros, multas, restrição de crédito, negativação do CPF, penhora de um bem, dentre outros fatores.

O cerne da questão reside no fato de que nas situações nas quais o agente público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos cometam danos a terceiros, não é cabível que o agente público após a conclusão do processo de reparação de danos, que é um processo administrativo, seja obrigado a no prazo de 30 (trinta) dias fazer o pagamento dos valores apurados, sobe pena de ter seu nome inserido na dívida ativa, pois o Legislador Constituinte foi claro ao estabelecer o direito de regresso em tais situações como via para ressarcir o erário público, nos casos onde foi verificado o dolo ou a culpa.

O direito de regresso é estabelecido pela ação de regresso, que é uma ação autônoma, a qual consiste em assegurar à Administração Pública a possibilidade de efetivar sua pretensão indenizatória contra o agente causador do dano. Porém, isso ocorrerá nas situações que tenham como resultado a condenação da Administração Pública a indenizar um

terceiro que suportou o dano e este ter ocorrido em razão de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente público. É necessário que tenha ocorrido o trânsito em julgado da ação proposta pelo lesado com a condenação em indenização, tendo em vista que é preciso ter ocorrido perda do patrimônio público. O objetivo é justamente ressarcir o prejuízo decorrente da indenização, decorrente dos atos culposa ou dolosamente cometidos por seus agentes.

Cabe salientar, que poucas foram as fontes bibliográficas específicas encontradas referente ao assunto em comento, sendo que as encontradas foram aplicadas, paralelamente em vista da relevância do assunto tratado foram trazidas abordagens de manuais, periódicos, revistas jurídicas, ensinamentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais para firmar o posicionamento defendido.

Assim, já existe entendimento consolidado de que a ação regressiva é a via para o ressarcimento do erário nas hipóteses de responsabilidade subjetiva do agente público nas suas atuações.

2 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O tema responsabilidade civil é bem amplo e estudado no âmbito do Direito Civil. Contudo, com o intuito de delimitar o tema proposto, será abordada de forma específica no que tange a responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil é a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção a responsabilidade penal ou criminal, para designar a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem, e que provém da velha máxima romana *no nominem laedere* (não lesar a ninguém), visando à proteção do particular e de seu patrimônio, material ou moral.¹

O assunto em comento é de suma importância fazendo com que seja um dos mais comentados e merecedor de atenção:

A questão dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro é um dos temas que mais está a merecer uma reflexão por parte da doutrina nacional, acostuada que está a, no trato do tema, apenas reafirmar a ideia de que o Estado é objetivamente responsável em razão do princípio da solidariedade e igualdade, pelo qual as pessoas não podem ser individual e especialmente oneradas em razão do bem comum.²

A responsabilidade civil estatal na reparação de danos patrimoniais pode ser extrapatrimonial e contratual:

A regra é genérica e abrange tanto a responsabilidade extracontratual como a contratual. Para o exame do tema, é importante distinguir essas duas modalidades de responsabilidade. A extracontratual é aquela que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual [...].³

É de suma importância a distinção entre ambas, principalmente porque são diferentes os regimes jurídicos de proteção ao bem jurídico, através da responsabilidade. Na contratual, o regime de responsabilidade civil estará diretamente afetado às peculiaridades da obrigação primária traçada no respectivo contrato e envolvendo tão somente as partes contratantes. Já na extracontratual o que existe é uma relação jurídica verificada entre o Estado (pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos) e os administrados.

Sem embargo, é preciso frisar que tal responsabilização, decorre não apenas da conduta comissiva, ressaltando que também pode ser estabelecida na ausência de atitude. “Corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de

¹ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 30, abr. 2011, p.233.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, abr./jun. 2004, p. 263.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 590.

comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”⁴

Outro aspecto a se registrar é que, diferente do direito privado onde a ilicitude do ato é fundamental para caracterizar a responsabilidade, no direito administrativo várias vezes ela se origina de atos lícitos, mas que trazem consequências danosas.

Noutra senda, há situações nas quais as indenizações decorrerão da própria previsão legal, que autoriza o sacrifício de direito, diferindo da responsabilidade civil donde não ocorre o pagamento direto de uma indenização, sendo o dano indenizável causado ao particular decorrente indiretamente da atuação estatal.

No intuito de demonstrar como se chegou ao entendimento atual do tema é preciso ser feita uma abordagem sobre a evolução no contexto histórico, bem como das teorias que sustentam a responsabilidade estatal.

Cabe frisar, que não existe uma classificação açambarcante, sendo que para o presente estudo será adotada a mencionada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: Fase da Teoria da Irresponsabilidade, Fase das Teorias Civilistas e a Fase das Teorias Publicistas.

2.1 FASE DA TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

A Administração Pública viveu fases distintas, no regime absolutista predominava a ideia de que o Estado jamais poderia ser responsabilizado pelos danos causados por seus agentes, tendo em vista que estando estes a serviço dos soberanos predominava a convicção, “o rei não erra” (*the King can do no wrong*) ou, na versão francesa, “*le roi ne peut mal faire*”.

Também chamada de teoria feudal, regalista ou regaliana, a teoria da irresponsabilidade do Estado era própria dos Estados absolutistas nos quais a vontade do Rei tinha força de lei. Assim, a exacerbação da ideia de soberania impedia admitir que os súditos pudessem pleitear indenizações por danos decorrentes da atuação governamental. Em grande parte essa situação resultou da então concepção político-teológica que sustentava a origem divina do poder. Os governantes eram considerados ‘representantes de Deus na terra’, escolhidos e investidos diretamente pela própria divindade. Por isso, eventuais prejuízos causados pelo Estado deveriam ser atribuídos à providência divina e, se Deus não erra, o atributo da inerrância se estendia aos governantes nomeados por Ele.⁵

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.816.

⁵ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.483.

Com a derrocada do regime absolutista, foi promulgada no ano de 1800, uma lei na França, que versava sobre o ressarcimento por danos oriundos de obras públicas. Contudo, ainda não era reconhecida a responsabilidade por atos ilícitos do Estado. Na ocorrência de atos ilícitos que viesse a resultar em indenização, a responsabilidade seria direcionada pessoalmente ao agente causador do dano.

Ou seja, se admitia a responsabilização pelo indivíduo lesado ao agente causador do dano, sendo que aquele poderia acionar o servidor. Contudo, mais das vezes a indenização restava frustrada, face as constantes situações de insolvência deste.

[...] mesmo nesses casos não ficavam os indivíduos a descoberto de qualquer proteção, pois haveria possibilidade de responsabilização individual dos agentes públicos que, atuando com dolo ou culpa, acarretassem dano a outrem. Ressalte-se, porém, que a responsabilidade existiria em nome próprio e não como prepostos do Estado.⁶

A atuação estatal lastreada na irresponsabilidade isentava o Poder Público na resolução dos conflitos ou na reparação dos danos, inclusive limitando sua relação com os particulares.

Na metade do século XIX, a ideia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. A solução era muito rigorosa para com os particulares em geral, mas obedecia às reais condições políticas da época. O denominado Estado Liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia àquela época.⁷

A teoria regalista, perdurou na França ainda nos primórdios do Estado liberal, subsistindo até o final do século XIX, quando entrou em declínio, sobretudo quando, por volta de 1873, o Tribunal de Conflitos julgou o Famoso Aresto Blanco (ou Caso Blanco), considerado como um dos marcos históricos da consolidação do Direito Administrativo.

Passou-se a admitir genericamente a figura da culpa administrativa, na verdade, mais do que superar a teoria da irresponsabilidade, o Caso Blanco foi um divisor de águas para a instituição de um regime especial de culpa voltado à atuação do Estado, a qual era apenas reconhecida em algumas situações de dano regradas pelo Direito Civil, não reconhecendo nos casos envolvendo serviços públicos.

[...] o Tribunal de Conflitos analisou o caso da menina Agnes Blanco que, brincando nas ruas da cidade de Bordeaux, foi atingida por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança entrou com ação de indenização fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros na prestação de serviços públicos.⁸

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.231.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 592.

⁸ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.483.

Apesar de desde o século XIX, já se vir admitindo a responsabilidade estatal, ainda foi possível verificar resquícios da teoria da irresponsabilidade em alguns casos submetidos aos tribunais administrativos, o que na França recebeu a denominação de ilhas de irresponsabilidade (*“ilôts d’irresponsabilité”*). Esses resquícios, todavia, tenderam a desaparecer ao longo do sec. XX.

Essa teoria foi abandonada, restando superada, dando azo ao surgimento da tese da responsabilidade com culpa, a Teoria Civilista.

2.2 FASE DAS TEORIAS CIVILISTAS

A teoria da irresponsabilidade foi superada e evoluiu para as teorias civilistas, com base nas quais se passou a reconhecer também a responsabilidade direta do Estado por danos causados por seus agentes, desde que demonstrado terem eles agido com culpa. Portanto, eram teorias que abraçavam a responsabilidade subjetiva do Estado, segundo as regras gerais do Código Civil.

A teoria subjetiva estava na lógica do direito civil na medida em que o fundamento da responsabilidade é a noção de culpa. Daí a necessidade de a vítima comprovar, para receber a indenização, a ocorrência simultânea de quatro requisitos: a) ato; b) dano; c)nexo causal; d) culpa ou dolo. Assim, para a teoria subjetiva é sempre necessário demonstrar que o agente público atuou com intenção de lesar (dolo), com culpa, erro, falta do agente, falha, atraso, negligência, imprudência, imperícia.⁹

No início, afastava-se a responsabilidade por atos de autoridade, verificando-se apenas a culpa dos agentes públicos que estiverem executando obras e serviços em condições de igualdade com os particulares. Noutra giro, tal postura foi afastada, aplicando-se a responsabilidade subjetiva para todas as ações e omissões culposas dos agentes públicos.

2.2.1 Teoria da responsabilidade por atos de gestão

No degrading evolutivo, após o histórico posicionamento oriundo do tribunal administrativo Francês, apesar de reconhecer o Estado soberano no que se refere ao seu poder

⁹ Ibid., p.484.

imperial de natureza governamental, deveria responder pelos danos causados na rotina da gestão dos negócios públicos.

Distinguiu-se a pessoa do rei (insuscetível de errar – *the king can do no wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos. Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.¹⁰

E ainda explica esse período a doutrina:

Indispensável para a admissibilidade da responsabilização estatal foi uma nova concepção política chamada de teoria do fisco. A teoria do fisco sustentava que o Estado possuía dupla personalidade: uma pessoa soberana, infalível, encarnada na figura do monarca e, portanto, insuscetível a condenação indenizatória; e outra, pessoa exclusivamente patrimonial, denominada ‘fisco’, capaz de ressarcir particulares por prejuízos decorrentes da atuação de agentes públicos. A visão ‘esquizofrênica’ da dupla personalidade estatal foi decisiva para, num primeiro momento, conciliar a possibilidade de condenação da Administração e a noção de soberania do Estado.¹¹

Nessa fase da teoria civilista, existia uma diferenciação entre os atos de império e os atos de gestão. No primeiro, são abarcados os atos praticados por agentes estatais com prerrogativas de autoridade. O segundo engloba os atos praticados por agentes estatais, contudo em atuação de igualdade para com os particulares, de forma que a responsabilidade civil estatal decorre desses atos, desde que o agente público atuasse com culpa. Doravante, tal distinção era muito difícil de ser feita o que ensejou o fim de sua aplicação.

Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude estatal: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal. Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões.¹²

Como se pode observar, a tentativa de abandonar a total irresponsabilidade do ente público foi simplesmente parcial, mas, mesmo assim, de suma importância.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.818.

¹¹ MAZZA, op.cit., p.484.

¹² CARVALHO FILHO *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.357.

2.2.2 Teoria da Responsabilidade por Culpa Civil

De outro lado, a segunda teoria civilista abandonou a ideia de separação entre atos de império e atos de gestão, agora passando ter como base as disposições constantes no Código Civil, assim era a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado por culpa civil.

A apuração da culpa na atuação estatal era feita consoante os parâmetros de análise de culpa dos particulares:

O estágio da responsabilidade com culpa civil do Estado, também chamada de responsabilidade subjetiva do Estado, instaura-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela incoirria a obrigação de indenizar do Estado. O Estado e o particular eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam. Os conceitos de culpa e dolo eram, e são, os mesmos do Direito Privado.¹³

Assim, os atos que evidenciem a existência de imprudência, negligência ou imperícia do agente público na sua conduta, ocasionando prejuízos, poderiam ser considerados para a responsabilização. Os atos dolosos seriam imputados diretamente ao funcionário.

Nesse ínterim, é inegável que ocorreu uma mudança bastante significativa para o período da irresponsabilidade, contudo nesse momento evolutivo era preciso observar a dificuldade da situação de fragilidade do lesado, pois além de comprovar o dano era preciso demonstrar o dolo ou culpa do agente público.

Embora tenha representado grande avanço em relação ao período anterior, a teoria subjetiva nunca se ajustou perfeitamente às relações de direito público diante da hipossuficiência do administrado frente ao Estado. A dificuldade da vítima em comprovar judicialmente a ocorrência de culpa ou dolo do agente público prejudicava a aplicabilidade e o funcionamento prático da teoria subjetiva. Foi necessário desenvolver uma teoria adaptada às peculiaridades da relação desequilibrada entre o Estado e o administrado.¹⁴

Assim, urgiu a necessidade de suplantar o pensamento de responsabilidade do Estado baseado nos princípios da culpa civil, fora dos ditames do Direito Privado, passando-se então, para o campo do Direito Público.

¹³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1126.

¹⁴ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.483.

2.3 FASE DAS TEORIAS PUBLICISTAS

2.3.1 Teoria da Culpa Administrativa

Na linha de desenvolvimento em hipótese alguma não se poderia deixar de levar em consideração a atuação estatal, no exercício de poderes e prerrogativas para implantar os serviços públicos, não podendo ser regidas apenas pelas regras do Código Civil.

A fase publicista da responsabilidade civil do Estado originou-se da mudança de pensamento de que o dever de reparação de danos materiais seria assunto concernente ao Direito Civil. Isso ocorreu a partir do ano de 1873, na França, decorrente do emblemático Caso Blanco (Aresto Blanco), no qual o Tribunal de Conflito Francês decidiu que a situação em exame seria analisada pelo Tribunal Administrativo:

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.¹⁵

Nessa teoria da fase publicista, teve-se por base a culpa administrativa (ou acidente administrativo), que fazia menção a falha do serviço, consoante doutrina francesa (*Faute du Service*), segundo a qual o defeito ou a ausência do serviço seria suficiente para caracterizar a responsabilidade civil do Estado e presumir a culpa administrativa, independente de quem fosse o agente público que causou o dano. Assim, o funcionário estava intimamente ligado ao serviço público, não se diferenciando dele.

Ou seja, para caracterizar a culpa administrativa não era mais necessário comprovar a culpa do agente público que deixou de praticar ou praticou um ato que gerou dano por ação ou omissão. Para tanto, bastaria analisar o mau funcionamento do serviço como um todo, obtendo com isso a natureza de uma culpa anônima. Em linhas gerais, a culpa

¹⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.818.

administrativa passou a ser analisada sob um regime de Direito Público, malgrado ser mantida a regra da responsabilidade subjetiva do Estado, bastando a comprovação que o serviço público funcionou de modo insatisfatório ou não funcionou.

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa anônima ou falta do serviço. A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava o reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.¹⁶

E assim continuam os ensinamentos doutrinários:

Procurou-se centrar a obrigação de indenizar na culpa do serviço ou, segundo os franceses, na *faute du service*. Ocorria a culpa do serviço sempre que este não funcionava (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo). Era a teoria da culpa administrativa, ou da culpa anônima (não se tem o causador direto do dano). (...) O êxito do pedido de indenização ficava, dessa forma, condicionado à demonstração, por parte da vítima, de que o serviço se houvera com culpa. Assim, cabia-lhe demonstrar, além do dano, que este lhe fora causado pelo Estado e a culpa do serviço, e isso ainda era muito à vista dos anseios de justiça. Procurou-se, destarte, novos critérios que, de alguma forma objetiva, tornassem o Estado responsável patrimonialmente pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados.¹⁷

Desse momento, ocorreu uma expansão da responsabilidade do Estado com a evolução de uma responsabilidade subjetiva, tendo como base a culpa, para uma responsabilidade objetiva, lastreada na relação de causa e efeito entre o evento danoso e a conduta administrativa.

2.3.2 Teoria do Risco Administrativo

O tema da responsabilidade do Estado continuou a evoluir e passou por uma gradativa substituição da ideia de culpa administrativa para a de risco administrativo, sendo reconhecidas as hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado.

Nesse ponto, a configuração da responsabilidade extracontratual do Estado ocorreria sempre houvesse dano decorrente de omissão ou ação de um agente estatal,

¹⁶ CARVALHO FILHO *apud* Ferreira, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.278.

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1127.

necessitando apenas do nexos causal entre o prejuízo e a atuação do referido. Isto é, o simples fato do serviço vincula o Estado ao dano produzido, morando aí o risco da atividade administrativa.

A doutrina cirurgicamente explica essa evolução:

Das doutrinas civilistas e após a teoria da culpa no serviço, o direito dos povos modernos passou a consagrar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano. Não há dúvida de que a responsabilidade objetiva resultou de acentuado processo evolutivo, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos, como, por exemplo, a identificação do agente, a culpa deste na conduta administrativa, a falta do serviço etc.¹⁸

A Teoria do Risco Administrativo necessita de três requisitos: a) atividade administrativa; b) nexos causal entre a atividade administrativa e o dano ao administrado; c) dano ao administrado.

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais; assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.¹⁹

Convém observar que a teoria do risco administrativo admite excludentes que conseguem quebrar o nexos causal entre a conduta e o resultado lesivo, além de atenuantes que resultem em diminuir o valor da indenização pelo risco assumido. Mesmo apoiada na concepção de responsabilidade objetiva e igualdade de ônus e encargos sociais.

Entretanto, a responsabilidade civil fica afastada ou relativizada se ficar provado que a vítima concorreu total ou parcialmente para o evento danoso e se houve culpa de terceiros ou um fato da natureza sem qualquer liame com algum comportamento do Estado, força maior. No que tange ao caso fortuito, a doutrina diverge se exclui ou não a responsabilidade do Estado. Se o dano decorre de ato humano, proveniente de agente da Administração, o Estado responde. Porém, se o ato humano for estranho ao aparelho estatal, configura-se a culpa exclusiva de terceiro, afastando a responsabilidade.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed, São Paulo: Atlas, 2017, p. 593-594.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.819.

2.3.3 Teoria do Risco Integral

A teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, nem sempre contaram com a distinção e a importância que hoje lhe são dadas pela doutrina, tendo no início sido concebidas como construções complementares direcionadas a descrição de um mesmo fenômeno.

Esse é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] grande parte da doutrina não fazia distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimas ou falando em risco administrativo como acidente administrativo. Mesmo os autores que falam em teoria do risco integral admitiam as causas excludentes da responsabilidade.²⁰

A teoria do risco integral aborda sobre a conjectura de responsabilidade objetiva. Diferindo-se da teoria do risco administrativo, na qual se aceita excludentes e atenuantes, a teoria do risco integral não as admite. Esse é o posicionamento alicerçado nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

A teoria do risco administrativo, embora dispense prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização. A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.²¹

E ainda continua a doutrina nas palavras de Diógenes Gasparini:

Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do risco administrativo e do denominado risco integral. No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites.²²

No mesmo posicionamento José dos Santos Carvalho Filho:

Já no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexos causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública.

²⁰ Ibid., p.820.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 724.

²² GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.971.

É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais.²³

Utilizar insensatamente a teoria do risco integral, imputando ao Estado responsabilidade por todo e qualquer desfortúnio suportado pelo convívio das pessoas em sociedade, é torná-lo num segurador universal.

O risco integral somente deve ser adotado em atividades de alto risco, excepcionais, onde por opção política, seja imposta ao Estado pelo legislador.

2.3.4 Teoria do Risco Social

Noutro polo, a Teoria do Risco Social é mais drástica do que a Teoria do Risco Integral, seria uma espécie de responsabilidade sem risco.

Nessa abordagem, seria como o Estado financiasse uma variante de seguro para fazer presença a todos os danos sofridos pelos indivíduos na vida em sociedade.

Autores abordam tal teoria como uma variação radical da teoria do risco integral, levando em conta que o aumento da atuação estatal na sociedade levou a encontrar o nexo causal em todas as situações de dano nas quais se assume a ausência de atuação protetiva do Estado, procurando responsabilizá-lo por omissão.

Em tempos atuais, tem-se desenvolvido a teoria do risco social, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido. A referida teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, sendo que para alguns autores é para onde se encaminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis. Em nosso entender, porém, tal caráter genérico da responsabilidade poderia provocar grande insegurança jurídica e graves agressões ao erário, prejudicando em última análise os próprios contribuintes.²⁴

O vital é estabelecer que em situações especiais há de se determinar a responsabilidade do Estado em reparar danos causados independentemente de nexo causal entre o dano sofrido pelo particular e a ação ou omissão dos agentes públicos. Doravante, apesar de se enxergar uma indenização por risco social, tratando-se sim de um verdadeiro

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed, São Paulo: Atlas, 2017, p.594.

²⁴ *Ibid.*, p.595

seguro social administrado pelo Estado, devendo estar subordinado a regras específicas de cobertura e custeios, divergindo das regras gerais de responsabilidade civil direcionada para situações comuns em que tal proteção não é prevista.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS LESIVOS DOS SEUS AGENTES

No Brasil, tem-se utilizado as teorias publicísticas da responsabilidade civil do Estado, todas voltadas para a apuração da responsabilidade objetiva, com destaque para a teoria do risco administrativo e excepcionalmente as teorias do risco integral e risco social, ocorrendo apenas à variação a depender do grau de risco da situação. Entretanto, não se despreza a utilização da teoria da culpa administrativa, sobretudo nas situações de danos decorrentes de omissões estatais aludindo à responsabilidade subjetiva do Estado. Assim, precisa-se entender como são aplicadas essas teorias.

3.1 A REGRA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E A TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Teorias da responsabilidade do Estado, que se baseavam na responsabilidade objetiva, começaram a ser concebidas, corporificadas na conduta do agente, sendo lícita ou ilícita, ligada ao dano por um nexo de causalidade que demonstra o predomínio do ato na ocorrência do evento lesivo.

A noção geral de responsabilidade objetiva é muito bem definida nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] na obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-lo basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.²⁵

Notadamente, no que tange a responsabilidade civil extracontratual do Estado, essa responsabilidade objetiva segue a linha da teoria do risco administrativo, desde a Carta Magna de 1946, como a principal teoria cabível aos atos praticados pela Administração Pública. Nessa teoria, a vítima é indenizada independentemente da personalização da culpa do agente estatal, sendo apenas analisada quando o Estado se volta contra seu preposto de forma regressiva.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.1021.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se sobre tal fato:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público por danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência do fato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-lo pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração da falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade objetiva do Poder Público correspondem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o evento *damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independente da licitude, ou não, do comportamento funcional; e d) a ausência de causa excludente da responsabilidade funcional estatal.²⁶

O elemento da culpa administrativa é desobrigado na teoria do risco administrativo, necessitando apenas que tenha ocorrido um dano ao administrado e se constate o nexos causal entre este dano e alguma atividade administrativa. Entretanto, como já visto anteriormente o risco administrativo admite hipóteses de excludentes e atenuantes. Nas excludentes da responsabilidade objetiva são reconhecidas hipóteses com base na culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior. As atenuantes da responsabilidade estatal se enquadram nas hipóteses de culpa concorrente da vítima.

A excludente aparta completamente o nexos causal, porque a causa do dano não teve qualquer relação com a conduta omissiva ou comissiva do agente público. Conseqüentemente não haverá responsabilidade do Estado.

A atenuante não aparta completamente o nexos causal, remanescendo alguma relação entre o dano e a conduta do agente público. Entretanto, em decorrência de tal conduta não ser o único elemento causador do dano, identificando-se também outros fatos a ele relacionados, as *concausas*, a responsabilidade do Estado deve ser diminuída.

Na teoria do risco administrativo, é necessário que o dano esteja relacionado a uma omissão ou ação do agente público, ela dispensa o elemento da culpa administrativa, mas não o nexos causal.

Ou seja, a responsabilidade civil do Estado fica apartada se comprovada a culpa exclusiva da vítima na circunstância danosa, além da ocorrência de culpa de terceiro, bem como algum motivo de força maior, como um fato natural sem qualquer ligação com algum comportamento do Estado, excluindo assim o nexos causal.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 109.615-2, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/08/1996.

No que tange ao caso fortuito, divergente é o posicionamento, numa circunstância se o ato humano que indiretamente produziu o dano foi proveniente de preposto da Administração, o Estado deve reparar o prejuízo, entretanto se o fato for estranho ao aparelho estatal, configuraria a culpa exclusiva de terceiro, afastando a responsabilidade.

Sem embargo, é necessário trazer à baila essa divergência, pois até a própria legislação existente já trata o caso fortuito e a força maior como sinônimos. Além disso, nem sempre será possível chegar à conclusão de que o Estado nada poderia fazer para evitar o dano quando este estiver relacionado a um fato de terceiro. Essa circunstância poderá ser mais bem analisada mais a frente, quando será tratada a responsabilidade subjetiva do Estado por omissão.

Pois bem, em linhas gerais pode-se analisar o posicionamento da doutrina sobre as excludentes do nexo causal na teoria do risco administrativo:

Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que provocou o dano. Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano. Entretanto, pode ocorrer que o lesado tenha sido o único causador de seu próprio dano, ou que ao menos tenha contribuído de alguma forma para que o dano tivesse surgido. No primeiro caso, a hipótese é de autolesão, não tendo o Estado qualquer responsabilidade civil, eis que faltantes os pressupostos do fato administrativo e da relação de causalidade. O defeito danoso, em tal situação, deve ser atribuído exclusivamente àquele que causou o dano a si mesmo. [...] Os pressupostos da responsabilidade objetiva são o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Ora, na hipótese de caso fortuito ou força maior, nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado. Em outras palavras, são eles excludentes da responsabilidade.²⁷

E ainda assim, continua:

São apontadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. [...] Existe toda uma controvérsia sobre as diferenças entre força maior e caso fortuito. O Código Civil parece identificar os dois conceitos, no artigo 393, parágrafo único, ao estabelecer que 'o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir'. Sem maiores aprofundamentos sobre a controvérsia, temos entendido, desde a primeira edição deste livro, que força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração. Já o caso fortuito - que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado - ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiro, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.²⁸

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.604.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.824-825.

Após o entendimento das excludentes do nexa causal na teoria do risco administrativo, é necessário compreender as atenuantes da responsabilidade objetiva, a qual possui como hipótese principal a culpa concorrente da vítima.

Atenuantes são as situações em que existe uma concorrência de causas para o evento dano cuja responsabilidade civil se imputa ao Estado. A situação deve ser analisada sob o seguinte prisma, mesmo não tendo ocorrido uma causa única, o Estado teve alguma participação no episódio, de modo a ser obrigado a pagar alguma indenização. Ocorrendo aí uma mitigação do dever de reparar do Estado, essa atenuante não tem o condão de excluir o nexa causal.

A doutrina se posiciona sobre essa atenuante:

[...] é interessante distinguir a culpa exclusiva da vítima, que é hipótese de exclusão da responsabilidade, da culpa concorrente, hipótese em que o dever de indenizar não fica afastado, mas a indenização deve ser reduzida. Nessa hipótese, cada um arca com os prejuízos decorrentes de sua atuação e, não sendo possível auferi-los, a jurisprudência orienta que a indenização seja reduzida pela metade. Portanto, na culpa concorrente, o Estado tem que indenizar; não é excludente de responsabilidade.²⁹

Na mesma conjuntura das concorrências de causa, destaca-se que um fato que possa ser enquadrado como força maior nem sempre terá o condão de afastar a responsabilidade civil do Estado, existindo o entendimento de defesa na qual o Estado deva responder por força maior quando esta seria previsível ou evitável.

Mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente.³⁰

O entendimento que tem prevalecido é o de que como uma *concausa* de um dano indenizável, a omissão estatal somente admite a responsabilização estatal se concretizada a culpa administrativa, dizendo respeito a responsabilidade subjetiva e não meramente objetiva.

Na doutrina, o entendimento que é liderado por Celso Antônio Bandeira de Melo, a responsabilidade objetiva do Estado seria aquela resultante apenas dos atos comissivos do Estado, não podendo ser acionada nos atos omissivos. Quanto a estes atos, a responsabilidade será sempre subjetiva, sobre a incidência da teoria da *faute de service*, ou seja, a culpa administrativa.

²⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1175.

³⁰ DI PIETRO, op.cit., p.825.

Apesar de esse ser o posicionamento abraçado pela grande maioria da doutrina brasileira, chega-se a um entendimento atual de uma ampliação das hipóteses de risco administrativo, inclusive em situações relacionadas a omissões estatais.

3.2 A POLÊMICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

3.2.1 A aplicação da teoria da culpa administrativa para os atos omissivos

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos omissivos sempre foi uma questão problemática, mesmo muito se falando da teoria do risco administrativo no que diz respeito a atos comissivos lícitos ou ilícitos dos agentes públicos.

No artigo 37, §6º, da Carta Magna de 1988, é explicitado que o nexos causal tem sua essência na ação dos agentes públicos, fazendo com que prevalecesse o entendimento de que a norma constitucional somente fosse aplicável aos atos comissivos do Estado.

[...] o texto constitucional em apreço exige para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado uma ação do agente público, haja vista a utilização do verbo 'causar' (causarem). Isso significa que se há de ter por pressuposto uma atuação do agente público e que não haverá responsabilidade objetiva por atos omissivos.³¹

O posicionamento de que uma omissão jamais poderia ser propriamente a causa de um dano, senão apenas uma condição para que o dano fosse causado, já tinha embasamento na doutrina.

Desde a Constituição de 1946, a noção de causalidade ao distinguir entre causas e condições para a ocorrência de fenômenos esteve na sustentação de todas as teorias que se empenharam sobre o assunto da responsabilidade civil do Estado por omissão, ocorrendo divergências da aplicação do artigo 194, tendo as controvérsias gravitadas no sentido de que se a norma constitucional abraçava hipóteses de responsabilidade objetiva ou se também daria espaço a casos de responsabilidade subjetiva do Estado:

O que pode ser objeto de testilha doutrinária e jurisprudencial é a questão de se saber se o teor dos arts. 194 da Constituição de 1946, 105 da Carta de 1967, 107 da Carta de 1969 e 37, §6º, da Constituição de 1988 apenas agasalha a responsabilidade objetiva, tornando-a suscetível de ser aplicada em alguns casos, de par com a responsabilidade subjetiva, cabível em outros tantos, ou se a responsabilidade objetiva tornou-se regra irrecusável na generalidade dos casos. Partidários do

³¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1141.

primeiro entendimento são Caio Tácito - que entende cabível a responsabilidade objetiva nos casos de dano anormal, decorrente de atividade lícita do Poder Público, mas lesiva ao particular -, Alfredo de Almeida Paiva, Gonçalves de Oliveira e Themístocles Cavalcanti, conforme notícia do mestre citado. Em posição oposta estão Aguiar Dias, Seabra Fagundes, Mário Masagão, que foi quem ofereceu, como constituinte de 1946, o texto do art. 194, Hely Lopes Meirelles, e muitos outros, todos considerando que desde o Texto Constitucional de 1946 a responsabilidade objetiva é a regra no Direito brasileiro.³²

Na tese subjetiva no tocante às omissões estatais, continuou o destaque no posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a teoria da responsabilidade objetiva por risco administrativo somente pode ser aplicada aos atos comissivos. No caso de omissões, quando se esteja analisando situações nas quais o Estado deixou de fornecer, ao particular, algum bem ou serviço no nível de qualidade exigido, melhor seria aplicar a teoria da culpa administrativa, dando atenção às situações em que serviço público não funcionou ou funcionou mal.

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.³³

Continua o nobre doutrinador relatando ser necessário analisar as situações em que a omissão ocorreu, não sendo suficiente a mera relação causal entre a ausência ou falha do serviço e o dano produzido. Inclusive tal entendimento vem encontrando respaldo no cenário doutrinário brasileiro.

No entanto, para que reste configurada a omissão ensejadora da responsabilidade, esta precisa estar ligada a um dever-fazer do Estado. Ou seja, o Estado só responde por omissão quando deveria atuar e não atuou, quando descumprir um dever legal de agir. Trata-se, portanto, de comportamento ilícito, que pode ser individualizado na pessoa de um funcionário ou de uma forma genérica, no caso em que se caracteriza a *faute de service*.³⁴

A posição de José Carvalho dos Santos Filho:

Quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.1059-1060.

³³ *Ibid.*, p.1076.

³⁴ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 30, abr. 2011, p.235.

culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano.³⁵

Essa concepção é bem resumida nas palavras de Alexandre Mazza:

Existem situações em que o comportamento comissivo de um agente público causa prejuízo a particular. São os chamados danos por ação. Noutros casos, o Estado deixa de agir e, devido a tal inação, não consegue impedir um resultado lesivo. Nessa hipótese, fala-se em dano por omissão. Os exemplos envolvem prejuízos decorrentes de assalto, enchente, bala perdida, queda de árvore e buraco na via pública. Tais casos têm em comum a circunstância de inexistir um ato estatal causador do prejuízo. A doutrina tradicional sempre entendeu que nos danos por omissão a indenização é devida se a vítima comprovar que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se a teoria objetiva. Ocorre que a teoria convencional da responsabilidade do Estado não parece aplicar-se bem aos danos por omissão, especialmente diante da impossibilidade de afirmar-se que a omissão ‘causa’ o prejuízo. A omissão estatal é um nada, e o nada não produz materialmente resultado algum. Na esteira dessa inaplicabilidade, aos danos por omissão, da forma tradicional de pensar a responsabilidade estatal, Celso Antônio Bandeira de Mello vem sustentando há vários anos que os danos por omissão submetem-se à teoria subjetiva. Atualmente é também o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 179.147) e pela doutrina majoritária.³⁶

Se o Estado respondesse objetivamente por todo evento danoso que não fosse causado diretamente por seus prepostos, apenas transferindo ao Poder Público uma conduta omissiva. O Estado se transfiguraria num “segurador universal”, responsabilizando-se por tudo que desse de errado na vida em sociedade. Assim, a responsabilidade estatal por omissão deverá ser apurada sob a ótica da culpa administrativa, que deverá ser analisada pelos critérios de razoabilidade e nos parâmetros de normalidade a atuação do Estado.

Noutra senda, a despeito da maioria doutrinária estar alinhada ao pensamento de Celso Antônio, a jurisprudência não é uníssona ao tratar do tema.

No STJ, alguns julgados se alinham com a posição de Celso Antônio, tendo por base a teoria da culpa administrativa na apuração da responsabilidade civil do Estado por omissão:

A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de Responsabilidade Subjetiva do Estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade.³⁷

Ainda assim o entendimento,

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma,

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.609.

³⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.499.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 888420/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27/05/2009.

comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.³⁸

A Suprema Corte, conquanto alterque pela aplicação da teoria do risco administrativo tanto para condutas omissivas do Estado, quanto às comissivas, o Supremo tem analisado o descumprimento de algum dever de cuidado pela parte estatal, correspondendo a adotar a teoria da culpa administrativa. Assim, o STF fixou a tese de que: “Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento”³⁹. Isso ocorreu num julgamento que foi reconhecida a responsabilidade civil do Estado na morte de um detento. Nesse aspecto, o voto vencedor tratou da teoria do risco, demonstrando a hipótese de culpa na espécie. No julgamento, ao fazer menção a inobservância de dever específico, não fica evidenciada mera situação de risco, mas sim de culpa administrativa, mesmo que presumida.

3.2.2 O risco administrativo na omissão específica

A controvérsia atingiu maiores divagações a partir do momento em que se observou que em algumas circunstâncias, certas omissões estatais se igualam a situações de risco, resultando em ocasiões que atraem critérios de apuração da culpa administrativa que se aproximam muito das hipóteses de responsabilidade objetiva. Assim, a doutrina vem tomando por base a distinção em “omissão genérica” e a “omissão específica”.

Nas lições dos pensadores dessa corrente, a teoria da culpa administrativa é a mais adequada para os casos de omissão genérica, segundo a qual o Estado mesmo não tendo um dever específico de evitar determinado dano, culposamente contribuiu para o seu resultado, na medida em que, ao dispor de meios para evitar tais danos, nada fez nessa toada. Ou seja, se ficar demonstrado que o Estado adotou os mecanismos necessários para evitar tais danos, não pode ser responsabilizado por eventuais danos ocorridos além do limite de suas forças.

Doutro lado, na omissão específica, o Estado tem um dever específico de adotar conduta que evite determinado dano efetivamente, na medida em que não cumprindo determinado dever específico, acaba assumindo o risco de sua ocorrência. Nesse caso, a responsabilidade é objetiva, não dependendo da apuração de culpa.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1345620, rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 24/11/2015.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 841526, rel. Min. Luiz Fux, julg. 30/03/2016. Tema 592

A postura da doutrina sobre o assunto pode ser detidamente analisada:

É preciso distinguir 'omissão genérica' do Estado e 'omissão específica' [...] Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.⁴⁰

Apesar das divergências, essa distinção já vem sendo adotada em alguns julgados:

A responsabilidade civil por omissão de atos da Administração Pública é subjetiva, hipótese em que a culpa passa a se constituir em pressuposto da responsabilidade, não se aplicando, assim, a regra do art. 37, § 6º, da CF. Ou seja, admitindo-se a responsabilidade objetiva em hipóteses que tais, o Estado seria um segurador universal, o que não se entremostra razoável. A doutrina e a jurisprudência mais recente, todavia, vem gradativamente adotando, quando se trata de danos da Administração Pública por omissão, o entendimento de que existe uma clara distinção entre omissão específica e omissão genérica [...].⁴¹

E ainda continua:

[...] A omissão é específica quando o Estado tem a obrigação de evitar o dano. Um exemplo desse tipo de omissão são os bueiros destampados, que ocasionam a queda de uma pessoa, provocando-lhe danos físicos. Quando há responsabilidade civil por omissão específica, o Estado responde objetivamente, conforme o art. 37, § 6º, da CF. Há situações outras, todavia, que é impossível ao Estado impedir, através de seus agentes, eventuais danos aos seus administrados. Por exemplo, o de lesões sofridas por atos de vandalismo de terceiros, em estádios de futebol. Nesses casos, se diz que a omissão é genérica e a responsabilidade do Poder Público é subjetiva, havendo a necessidade de se aferir a culpa.⁴²

Um belo exemplo que pode ser dado de omissão específica são situações nas quais envolvem relações de custódia suportadas pelo Poder Público e nas quais o Estado assume o dever específico de zelar pela integridade física de pessoas sob sua guarda.

3.2.3 O risco administrativo no fortuito interno

Outra figura que vem sendo utilizada pela jurisprudência e pela doutrina para caracterizar hipóteses de responsabilidade objetiva do Estado por omissão é o chamado fortuito interno.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.248.

⁴¹ TRF da 3ª REGIÃO, AP1010923, rel. Juiz Alexandre Sormani, DJ de 08/10/2009.

⁴² TRF da 3ª REGIÃO, AP1010923, rel. Juiz Alexandre Sormani, DJ de 08/10/2009

A aplicação da teoria do risco administrativo em relação a danos sem causa definida, ou até mesmo provocados por terceiros, em situações nas quais não tendo havido uma ação por parte do Estado, o nexo causal deve ser juridicamente construído alicerçado num risco inerente a atividade administrativa, situação distinta da força maior e do caso fortuito, o fortuito externo.

No fortuito externo, é necessário que o evento danoso, além de imprevisível, se mostre irresistível, quando originado da força da natureza (força maior), ou ato humano revestido das mesmas características. Dessa forma, destaca a jurisprudência:

A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os quais se contrapõem ao chamado fortuito interno. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva.⁴³

Por sua vez, o fortuito interno, pode se caracterizar ainda que tenha havido *concausa* por culpa da vítima, hipótese em que a responsabilidade civil do Estado, mesmo que possa ser atenuada, não é totalmente excluída.

A diferença entre fortuito interno e fortuito externo não está na imprevisibilidade, e sim na irresistibilidade do evento. Ou seja, o evento pode ser até previsível, porém irresistível. Isso pode decorrer tanto de deficiências tecnológicas ou da escassez de recursos financeiros, acabando se confundindo com a ausência de dever de agir do Estado, afastando a sua responsabilidade extracontratual.

O fortuito interno já vem sendo empregado no ramo do Direito Privado, especialmente nas relações consumeristas. Belo exemplo é a Súmula 479 do STJ⁴⁴. Inclusive, os serviços públicos de natureza comercial, tem se utilizado dela para aplicação nas situações de risco inerentes a atividades estatais.

Tal constatação pode-se ser examinada em alguns julgados:

Na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ adota a responsabilidade subjetiva, de sorte a reclamar a presença de culpa ou dolo do agente público para a configuração do dever de indenizar. Contudo, melhor refletindo sobre a questão, entendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional. Ao não se cercar das cautelas necessárias para verificar a autenticidade dos documentos apresentados por terceiro, a Caixa Econômica Federal descumpriu o dever de garantir a segurança das transações bancárias, omissão relevante na cadeia causal e apta a responsabilizá-la pelo ressarcimento/compensação dos prejuízos sobrevivendo ao autor. Tratando-se de instituição financeira, eventuais fraudes cometidas por terceiros constituem eventos ordinários, inerentes à sua atividade-fim (fortuito interno). Fatos dessa natureza não

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 976564, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. em 23/10/2012.

⁴⁴ As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

se revelam aptos a excluir o nexo causal, sob pena de se transferir, indevidamente, os riscos do empreendimento ao consumidor. Inteligência da Súmula nº 479 do C. STJ.⁴⁵

Ou ainda,

Furto ou roubo de cargas são riscos inerentes à própria atividade exercida pela ECT, configurando verdadeiro fortuito interno, devendo a ECT responder pelos danos causados ao consumidor pela não entrega da correspondência, uma vez que carga extraviada / furtada / roubada agride as expectativas legítimas do consumidor e fere a razão de ser do contrato.⁴⁶

A arrumação com suporte na teoria do risco administrativo é claramente observada no que se refere a serviços públicos e outras atividades estatais subordinadas a um regime jurídico público de responsabilidade civil objetiva.

Ou seja, fortuito interno e omissão específica ajustam-se a mesma finalidade: reconhecer a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, aumentando o abarcamento do risco por ele assumido no desempenho das tarefas que lhe são determinadas pela legislação ordinária e pela Carta Magna.

3.2.4 O risco administrativo e o princípio da precaução

O princípio da precaução passa a fazer parte de uma análise dos deveres específicos do Estado e sua responsabilidade civil por omissão, não limitada apenas ao direito ambiental, transcendendo e englobando todas as atividades de alto risco assumidas pelo Poder Público, como armazenamento de explosivos ou materiais inflamáveis e munições, custódia de bem de valor ou pessoas, podendo ser citado um rol exaustivo de atividades.

Nessa seara existem diversos doutrinadores que aumentam o ideal de precaução, alargando o seu envolvimento a todos os tipos de situações em que contingências previamente conhecidas, aumentam potencialmente o risco de danos, devendo o Estado antecipar-se para evitar danos.

A guisa de demonstração, o STJ já sacramentou que a responsabilidade civil do Estado em casos contendo contaminação do vírus HIV ou do HCV, oriundos de transfusão de sangue. A corte se posicionou no sentido de que a Administração Pública atuou com conduta danosa, ao passo em que as medidas tomadas para o controle da pandemia, quando já se sabia

⁴⁵ TRF da 3ª Região, AC 1521470, rel. Des. Fed. Mairan Maia, DJ de 20/03/2015

⁴⁶ TRF da 2ª Região, AC 00064835720124025101, rel. Des. Fed. Luiz Paulo Da Silva Araujo Filho, DJ de 20/05/2016

desde o século passado, lá dos idos dos anos 80 que tais doenças poderiam ser transmitidas por transfusão de sangue. “O desconhecimento acerca do vírus transmissor (HIV) não exonera o Poder Público de adotar medidas para mitigar os efeitos de uma pandemia ou epidemia. Princípio da Precaução no âmbito do Direito Administrativo.”⁴⁷

Assim, jurisprudência e doutrina, com base nas categorias alhures demonstradas, avançaram e alargaram a margem de risco suportada pelo Poder Público no cumprimento de seus deveres, ainda não se chegou ao ponto de afastar por completo as hipóteses de exclusão do nexo causal. Fechar os olhos para tais excludentes faria com que se recaísse numa insegura e genérica concepção de risco integral que seria assumido pelo Estado perante todo e qualquer dano sofrido pelos indivíduos e que fatalmente poderia estar relacionado a atividades estatais.

3.3 IMPUTAÇÃO VOLITIVA

Na desconcentração administrativa, a atividade é exercida diretamente pelo ente político, ao qual a Carta Magna atribuiu a responsabilidade, ocorrendo uma divisão de funções dentro da sua estrutura administrativa interior. Nela, as atividades são desenvolvidas por diversos órgãos localizados no interior da pessoa jurídica, diferindo da descentralização na qual as atividades são transferidas para outras pessoas jurídicas.

A própria legislação tratou de definir a figura do órgão (unidade de atuação sem personalidade jurídica), separando-a de outras categorias, como a autoridade (pessoa física que exerce a função pública) e a entidade (unidade de atuação com personalidade jurídica).

É o que se vê, no art. 1º, §2º, da Lei 9.784/99:

Para os fins desta Lei, consideram-se: I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Cabe ressaltar, que o órgão é uma unidade de atuação sem personalidade jurídica, sendo uma parte da entidade, no que diz respeito a sua relação com terceiros, sobretudo no que tange a sua responsabilidade.

[...] os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências, os quais, de resto - diga-se

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1299900, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 13/03/2015

de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos.⁴⁸

A Teoria do Órgão, também chamada Teoria da Imputação, é muito bem aclamada pela doutrina no que concerne a atuação dos órgãos e agentes públicos.

Por inspiração do jurista Otto Gierke, foi instituída a teoria do órgão e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos os órgãos, compostos de agentes. A característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a que pertence. A teoria tem aplicação concreta na hipótese da chamada função de fato. Desde que a atividade provenha de um órgão, não tem relevância o fato de ter sido exercida por um agente que não tenha investidura legítima. Bastam a aparência da investidura e o exercício da atividade pelo órgão: nesse caso, os efeitos da conduta vão ser imputados à pessoa jurídica.⁴⁹

Em decorrência de não possuírem personalidade jurídica, a regra existente é a de que os órgãos não possuem capacidade de atuarem em juízo, sobremaneira em ações que versem sobre direitos patrimoniais, cuja titularidade é do ente administrativo e não do órgão que o integra.

Contudo, essa regra admite exceções, sobremaneira nos casos em que se reconhece capacidade processual especial a certos órgãos dotados de maior autonomia e independência, com destaque para defender em juízo assuntos específicos relacionados às suas funções institucionais, belo exemplo são as Câmaras de Vereadores e o Ministério Público.

3.4 DUPLA GARANTIA

A existência de duas relações jurídicas decorrentes da responsabilidade extracontratual do Estado nas ações indenizatórias quer seja entre o agente público causador do dano e a Administração, quer seja a decorrente entre o Estado e o particular, faz com que o tema seja tratado fazendo alusão a duas garantias.

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

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed, São Paulo: Malheiros, 2014, p.144.

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed, São Paulo: Atlas, 2017, p.13.

6º do art. 37 da CF. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente.⁵⁰

Assim, observa-se garantia com relação ao agente público causador do dano e garantia em favor da vítima também. Tal situação se consubstancia no direito que o administrado que sofreu o dano em ser indenizado pelos prejuízos suportados pelo Poder Público, ocorrendo também na medida em que o agente público causador da lesão também somente pode ser cobrado pelo Estado.

De um lado, o ajuizamento de ação do lesado contra o Estado lhe dá uma segurança, vez que, sendo a responsabilidade deste objetiva e detentor de maior solvência para arcar com os prejuízos. Noutra ponta, a segurança dada ao agente público em ser demandado apenas pelo Estado, após a devida apuração e de forma regressiva sendo analisados os aspectos subjetivos da responsabilidade.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA CARTA MAGNA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Carta Magna autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, a dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904/SP – SÃO PAULO. Julgamento: 15 de agosto de 2006. Órgão Julgador: Primeira Turma).⁵¹

Disso decorreu o fato de que somente apenas e após ter sido intentada ação indenizatória do particular, sendo esta procedente perante o Estado, o agente analisada a sua responsabilidade subjetiva, ou seja, configurada que restou configurada o dolo ou a culpa poderia ser responsabilizado e de maneira regressiva.

Entendeu o STF que a ação proposta diretamente contra o agente público causador do dano, nesta qualidade, representaria uma sobreposição de etapas, sendo que estas restariam bem delineadas no dispositivo constitucional, o qual preleciona, de forma expressa, estar assegurado apenas o direito de regresso em face do servidor, no caso de dolo ou culpa.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 654-655.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 327.904-SP, Rel. Min. Carlos Britto, Data de julgamento: 15.8.2006, Data de Publicação: 8.9.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=327904&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

É que, segundo o entendimento, por interpretação literal e congruente do dispositivo constitucional, a ação, a ser primeiramente intentada, seria a indenizatória contra o Estado, e somente depois, se verificada a existência de elemento subjetivo, a regressiva de ressarcimento ao erário, em face do agente causador do dano, por parte da Fazenda Pública, não podendo ser intentada a ação direta contra o servidor, *per saltum*.⁵²

Esse posicionamento, lastreado no ordenamento jurídico passa a existir trazendo uma atuação mais desgarrada dos agentes públicos, no exercício da função pública, no ponto que ao agir em nome do Estado, tendo sua atuação posteriormente apurada, não impede que o bem maior que é a satisfação da sociedade na prestação do serviço seja alcançada. Nessa atuação, caso irregularidades e prejuízos venha a existir, o agente pode ser devidamente responsabilizado.

⁵² DIOGO, Cristiane Sampaio. Ações indenizatórias e regressivas por parte do Estado e a teoria da dupla garantia. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 10 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589594&seo=1>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

4 A AÇÃO REGRESSIVA E A SUBSIDIARIEDADE DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE

Dando continuidade no desenvolvimento deste trabalho, é obrigatório saber o conceito de agente público. Para tanto, é preciso ter a noção que o Estado é composto por órgãos e entes estatais que são categorias fictícias cuja autoridade e vontade são exteriorizadas por pessoas naturais que são os agentes públicos, os quais movimentam a máquina do Poder Público.

Então, para que tais atribuições (do Estado) se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.⁵³

Os órgãos superiores e os entes estatais estão previstos em leis de organização administrativa (autarquia, empresa pública, fundações estatais, etc..) e em regra na Carta Magna (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Senado, Câmara de Deputados, Congresso Nacional, Supremo Tribunal Federal, etc..).

Existem outras pessoas que não estão ligadas diretamente a qualquer órgão ou ente integrante do aparelho estatal, as quais desempenham funções estatais, portanto, sendo também agentes públicos. Essas pessoas que integrando ou não os quadros do Estado expressam manifestação estatal são chamadas agentes públicos:

Esta expressão - agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. [...] alguns integram o aparelho estatal, seja em sua estrutura direta, seja em sua organização indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais). Outros não integram a constelação de pessoas estatais, isto é, são alheios ao aparelho estatal, permanecem exteriores a ele (concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviços). Todos eles, entretanto, estão sob um denominador comum que os radicaliza: são, ainda que alguns deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.144.

assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes.⁵⁴

E a denominação de agente público não termina por aí, sendo amplamente explorada nas palavras de Gasparini, “todas as pessoas físicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade.”⁵⁵

Ainda seguindo as palavras do autor:

[...] a noção abarca todos os que desempenhem função pública e, por certo, enquanto a desempenham, independentemente da existência de vínculo, e se este existir são irrelevantes a forma de investidura e a natureza da vinculação que os prende à Administração Pública.⁵⁶

Importante também é essa noção para situações que envolvam autoridades no manejo de remédios constitucionais:

Bem por isto, é natural que seja impetrável segurança contra diretor de Faculdade particular reconhecida com relação a atos que digam respeito à sua atividade ordenadora ou decisória de ensino. De igual modo, os titulares de serviços notariais ou de registro, conquanto conservem sua qualidade de particulares (art. 236 da Constituição), estranhos, pois, ao conceito de funcionário ou de servidor público, podem ser sujeitos passivos de mandado de segurança, posto que agem como delegados de função pública. O dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas como de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimento de normas de Direito Público a que tais entidades estejam obrigadas, como, *exempli gratia*, os relativos às licitações públicas que promovam.⁵⁷

A amplitude dessa noção de agente público pode ser vista nos artigos 1º e 2º, da Lei 8429/92.

Art. 1, caput: "Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei".

Art. 2 : "Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Na atuação do agente público, o Estado será responsável pelos danos causados a terceiros. Assim, a conclusão a que se chega é a de que o Estado sempre será responsável pela reparação de danos que os agentes causarem.

⁵⁴ Ibid., p.250-251.

⁵⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.191.

⁵⁶ Ibid., p.192.

⁵⁷ GASPARINI, op., cit., p.198.

A responsabilidade civil do Estado tem por objeto a reparação de danos, que podem ser buscados pela vítima, tanto na esfera judicial, quanto na esfera administrativa.

Na esfera administrativa, o pedido de ressarcimento pode ser formulado à autoridade competente, que instaurará processo administrativo para apuração da responsabilidade e tomada de decisão sobre o pagamento da indenização. Mais comum, entretanto, é a opção pela via judicial por meio da propositura da ação indenizatória.⁵⁸

No âmbito administrativo, espontaneamente não ocorrendo à reparação do dano, a vítima pode demandar perante o Poder Judiciário.

Para ter atingido o seu objetivo, antes de qualquer coisa, é preciso observar alguns aspectos que devem ser levados em consideração. A referida demanda não deve ser direcionada contra a pessoa física do agente cuja ação ou omissão tenha provocado o dano e sim contra o ente administrativo. Ou seja, o réu na ação judicial terá de ser a pessoa jurídica de direito público (União, Estados, DF, Municípios, autarquias ou fundações de direito público) ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (empresas estatais, concessionárias, permissionárias ou outras delegatárias), consoante preceitua o art. 37, §6º, da CF/88.

Nessa monta, os atos práticos pelos agentes e órgãos públicos quando no exercício da função, devem ser atribuídos à pessoa jurídica na qual estão incluídos, na perspectiva adotada pelo Direito Brasileiro da Teoria da Imputação, como visto anteriormente. Essa faceta decorre também do princípio da impessoalidade, na forma na qual a atuação da Administração Pública frente aos administrados, não deve ser ligada à pessoa do agente público.

Os agentes públicos, enquanto elemento humano do Estado, exercem a função pública como seus prepostos, correspondendo suas manifestações à projeção da própria vontade do ente estatal, que é imputada ao mesmo em razão da integração deles aos órgãos públicos no exercício de suas atribuições ou a aparência de fazê-los.⁵⁹

Os agentes e os órgãos públicos não atuam como representantes ou mandatários do ente estatal, eles *presentam* o próprio ente. Acerca da distinção entre apresentação e representação, escreveu Camilla Furegato:

Na representação há sempre dois sujeitos, um representante, que age em nome do representado e um representado. É uma relação jurídica. O preposto é representante porque se revela como alguém distinto da pessoa jurídica, agindo, desta forma, em seu nome. Em contrapartida, a relação de *presentação* é uma relação orgânica, como no caso do Chefe do Executivo que apresenta o Brasil, tanto assim, que se ele sofrer

⁵⁸ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.503-504.

⁵⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Erário Público, Dever de Regresso e Prescrição Administrativa: a Indisponibilidade do Interesse Público vs. A Segurança Jurídica na Ação de Ressarcimento Proposta Pelo Estado. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 2, 2014, p. 454.

um ataque num país estrangeiro será um ataque ao Estado Brasileiro. Quando um presidente age, quem age é a pessoa jurídica.⁶⁰

Assim, uma omissão ou ação de uma autoridade pública tem que ser sempre considerada como uma atuação do Estado. A relação jurídica entre o Estado e o cidadão que sofreu o dano, é o fundamento da indenização, não havendo relação jurídica entre o agente público e a vítima. Disso decorre, que em eventual demanda judicial com o desiderato de cobrança de indenização, esta deve ser vertida para o Estado e não para a pessoa do agente.

De outro lado, aparece o direito de regresso contra o agente responsável nos casos de dolo e culpa. Em breve palavras, na ocorrência do Estado pagar uma indenização ao particular, depois reaverá esse valor desembolsado do agente público com vistas a ressarcir o erário.

A adoção de tal postura, inclusive serve na proteção das vítimas do dano, sobretudo em casos em que não seja possível a determinação do agente causador, hipótese na qual o Estado mesmo assim ainda terá de responder pelos prejuízos (culpa anônima). Outro aspecto considerável é o de que a vítima não precisará demonstrar dolo ou culpa do agente para ter direito ao recebimento da indenização.

Disso resulta que na ação reparatória, pautada no risco administrativo, não será necessário perscrutar o dolo ou culpa do agente público, particularidade a ser observada em possível ação de regresso do Estado face ao agente público causador do dano.

O Supremo Tribunal Federal versa nesse sentido:

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.⁶¹

Após essa abordagem, cumpre destacar uma especificidade existente no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque o artigo 9º, da lei 4898/65, permite a vítima acionar diretamente o agente público, nos casos de abuso de autoridade - *“simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser*

⁶⁰ FUREGATO, Camila. Qual a diferença entre representação e apresentação? **JusBrasil**, [S.I.: s.n.]. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101400/qual-a-diferenca-entre-representacao-e-presentacao-camilla-furegato>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 327904, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 15/08/2006.

promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada”- sem esopeque, essa postura não deveria mais prevalecer, pois vai frontalmente de encontro ao mandamento constitucional e no entendimento do Pretório Excelsior.

Ante o demonstrado, convém tecer distinção entre a ação de reparação e a ação regressiva, pois aquela é uma ação indenizatória movida pela vítima, com o fim de não suportar os prejuízos sofridos. O responsável, o Estado, responde de maneira objetiva apenas por meio da análise do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

A ação regressiva tem ligação com o direito de regresso, como dito na doutrina é “o assegurado ao Estado no sentido de dirigir sua pretensão indenizatória contra o agente responsável pelo dano, quanto tenha este agido com culpa ou dolo.”⁶²

Assim, o Estado sendo condenado a ressarcir terceiros em virtude de atos decorrentes de agentes que lhe pertençam, deve mover contra esse uma ação regressiva.

Nesse caminho são as palavras da doutrina:

Como a responsabilidade do agente é subjetiva, só será cabível a ação de regresso se o agente responsável tiver agido com culpa ou dolo. A causa de pedir da ação a ser ajuizada pelo Estado, por conseguinte, consiste na existência do fato danoso, causado por culpa do agente, e na responsabilidade subjetiva deste. Sendo assim, cabe ao Estado, autor da ação, o ônus de provar a culpa do agente, como estabelece o art. 333, I, do CPC. Em conseqüência, se o dano tiver sido causado por atividade estatal sem ser possível a identificação do agente (culpa anônima do serviço), o Estado será obrigado a reparar o dano, jungido que está pela teoria da responsabilidade objetiva, mas lhe será impossível exercer o direito de regresso contra qualquer agente.⁶³

Apesar de todo poderio estatal, a este não é dado o direito de descontar a remuneração do agente público sem o seu consentimento e outro não poderia ser o entendimento.

Assim como ocorre na relação entre o lesado e o Estado, pode o agente concordar na indenização ao Estado na via administrativa, como fruto de acordo entre as partes, ou na via judicial, caso se apresente o conflito de interesses. Na via administrativa, o pagamento da indenização pelo agente será sempre resultado de acordo entre as partes. Ao Estado é vedado estabelecer qualquer regra administrativa que obrigue o agente, *manu militari*, a pagar o débito. É ilegal, por exemplo qualquer norma que autorize o Estado a descontar, por sua exclusiva iniciativa e sem qualquer barreira de contenção, parcelas indenizatórias dos vencimentos do servidor. O Estado é um credor como qualquer outro nesse caso e não dispõe de privilégio nesse sentido. Somente será legítimo o desconto em folha se: (1º) houver anuência expressa do servidor; (2º) houver previsão em lei, com fixação de percentual máximo de desconto, observado o princípio da razoabilidade; e (3º) for assegurado ao servidor, nesta última hipótese, o contraditório e a ampla defesa. Na via judicial, frustrado o acordo, o Estado promoverá ação normal de indenização, que tramitará pelo procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme a hipótese.⁶⁴

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.625.

⁶³ *Ibid.*, p.626.

⁶⁴ *Ibid.*, p.625.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o fato de que a ação de regresso contra o agente causador do dano, somente é cabível após a indenização da vítima pelo Estado:

[...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. [...] CONCRETO E EFETIVO PAGAMENTO, PELO ESTADO, DO VALOR A QUE FOI CONDENADO. Não há que se falar em ação regressiva sem o ocorrer de um dano patrimonial concreto e efetivo. A decisão judicial, transitada em julgado, nada obstante possa refletir um título executivo para o Estado cobrar valor pecuniário a que foi condenado satisfazer, somente vai alcançar o seu mister, se executada. Até então, embora o condenar já se faça evidente, não se pode falar em prejuízo a ser ressarcido, porquanto o credor tem a faculdade de não exercer o seu direito de cobrança e, nesta hipótese, nenhum dano haveria, para ser ressarcido ao Erário. O entender diferente propiciaria ao Poder Público a possibilidade de se valer da ação regressiva, ainda que não tivesse pago o quantum devido, em evidente apropriação ilícita e inobservância de preceito intrínseco à própria ação regressiva, consubstanciado na reparação de um prejuízo patrimonial.⁶⁵

Diante do que fora exposto, observa-se que a ação de regresso é uma postura a ser adotada pelo Estado que deve pela via judicial direcionar ao agente responsável pelo dano, caso este não concorde com o ressarcimento ao Estado da indenização paga a vítima.

4.1 DA AÇÃO DE REGRESSO E DENUNCIÇÃO DA LIDE

Um aspecto controverso a ser analisado é o relativo à possibilidade da ocorrência ou não, de no processo movido pela vítima, a denúncia da lide proposta pelo Estado contra o agente causador do dano.

Uns sustentam que não cabe tal denúncia, tendo em vista que a pretensão do autor (vítima) contra o réu (Estado) não está ligada a existência da culpa do agente público, motivo pelo qual a denúncia da lide retardaria o andamento do feito, prejudicando a vítima. Nessa ótica, caso venha a perder a demanda proposta, caberá ao Estado propor a devida ação de regresso contra o agente público.

Portanto, em havendo denúncia à lide do agente dentro de um mesmo processo, a Administração se responsabilizaria perante a vítima e o agente perante a Administração Pública, concretizando, de maneira célere e econômica, o direito de regresso. Isso não importaria, na hipótese de a Administração não proceder à

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 328.391 - DF (2001/0074006-0). Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/10/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: -- > DJ 02/12/2002 p. 274RSTJ vol. 162 p. 198).

denúnciação, em perda do direito de regresso, pois como já foi mencionado, esse poderá ser exercido via ação autônoma (Ação de Regresso).⁶⁶

Outros entendem que a denúnciação da lide é sempre cabível, porquanto pautado no artigo 125, II, CPC: “é admissível a denúnciação da lide, promovida por qualquer das partes: [...] II – àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que for vencido no processo”.

Há doutrinadores que apontam duas hipóteses:

1. quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúnciação não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor;
2. quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúnciação da lide é cabível como também é possível o litisconsórcio facultativo (com citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente contra o agente público).⁶⁷

Ainda existem outros que consideram a denúnciação da lide facultativa, cabendo ao juiz analisar caso a caso.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA. 1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar. 2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúnciação da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes. 4. Considerando que o Tribunal *a quo* limitou-se a indeferir a denúnciação da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo. 5. Recurso especial provido em parte.⁶⁸

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido que a denúnciação da lide é facultativa.

Nas demandas em que se discute a responsabilidade civil do Estado, a denúnciação da lide ao agente causador do suposto dano é facultativa, cabendo ao magistrado

⁶⁶ MOURA, Cid Capobiango Soares De; BARCELOS, Danielle Aparecida De. Divergências Existentes Entre Os Institutos da Ação De Regresso e a Denúnciação Da Lide. **Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, v.4, n.4, p.163, abr. 2013.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.839.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1187456 RJ 2010/0033058-5, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 16/11/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2010). Acesso em 03 de setembro de 2018.

avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à economia e celeridade processuais.⁶⁹

Esta Corte Superior possui entendimento consolidado no sentido de que, nas ações indenizatórias fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado, não é obrigatória a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano.⁷⁰

Na perspectiva de que além da satisfação do lesado em ter uma indenização pelos prejuízos sofridos, a decisão mais acertada trazendo uma segurança jurídica, tanto para o proponente da ação, quanto para o agente público causador do dano a quem entenda ser inviável a denúncia da lide nas situações de responsabilidade civil do Estado:

A denúncia da lide é instituto que visa a evitar decisões conflitantes. Dai retiramos um segundo argumento em favor da inadmissibilidade. No caso em tela, a responsabilidade subjetiva do agente e sua condenação não modificam a adoção da teoria do risco administrativo e reconhecimento judicial do dever estatal de indenizar, que é independente daquela. Portanto, no caso de responsabilidade objetiva do Estado, não haverá risco de decisão conflitante com outra a ser proferida em outro feito caso o Estado venha a exercer seu direito de regresso em ação autônoma.⁷¹

Assim, é contraproducente a adoção da denúncia da lide, posto que, afetará sobremaneira a todos os envolvidos, tanto o agente público na sua atuação, quanto o administrado que suporta o dano, tendo em vista que decisões divergentes podem abalar a segurança jurídica e na prestação do serviço público.

4.2 PRAZOS PRESCRICIONAIS

A vida em sociedade é rodeada de situações das mais diversas, as quais precisam ser observadas pelo ordenamento jurídico, até para que as relações sejam lastreadas de segurança jurídica e estabilizadas socialmente.

Nesse diapasão, a prescrição é uma das principais conseqüências prevista pelo Direito em decorrência do transcurso do tempo. Contudo, necessita, para ocorrer estar expressamente prevista em lei. Exatamente por implicar a perda de determinado direito, pela inércia do titular, somente a norma jurídica pode estabelecer os casos e os prazos prescricionais.⁷²

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp: 139358 SP 2012/0030135-1, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 26/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2013).

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 913.670/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016).

⁷¹ ARAÚJO, Alessandra de Souza. A Denúncia da Lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004, p.210.

⁷² ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres. A imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal. **Revista do TCU**, Brasília, v. 102, 2004.

Cabe discorrer sobre o prazo do qual dispõe o Estado para cobrar o ressarcimento do pagamento efetuado pelo erário a vítima, em face do agente público causador do dano. Ou seja, tratar do prazo prescricional da ação de regresso contra o agente causador de danos à terceiros.

A mesma situação deve ser analisada quando o Estado busca o ressarcimento quando um agente público lhe causa danos diretamente.

O art. 37, §5º, da Constituição federal de 1988 estabelece: “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Tendo por base o demonstrado no citado artigo, o entendimento de alguns autores é o de que a ação de reparação movida pelo Estado contra o servidor que causa danos ao erário é imprescritível.

No que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou. Diante da garantia constitucional, “o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído”, como já consignou notável constitucionalista.⁷³

Tal entendimento é lastrado por algumas divergências, consoante emanado da Constituição Federal, quando veda a perpetuação das penas (art. 5º, XLVII, b). A despeito de o dispositivo trazer o termo “pena”, esse é interpretado extensivamente com o intuito de abarcar qualquer tipo de sanção aplicada pelo Estado aos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal, num primeiro momento, quedou-se por admitir a imprescritibilidade das ações visando o ressarcimento por todos os danos causados ao erário público, inclusive os praticados pelos agentes públicos.

Noutro momento, ocorreu um questionamento sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que os prejuízos não sejam oriundos de ato de improbidade administrativa.

A Suprema Corte firmou entendimento, com repercussão geral (Tema 666) de que a regra de imprescritibilidade do art. 37, §5º somente se aplica a danos decorrentes de atos de improbidade. Os demais danos civis ao erário são prescritíveis:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, §5º, DA

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.627.

CONSTITUIÇÃO. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.⁷⁴

Ressalta-se assim, que por esse entendimento a ação para a reparação de dano ao erário decorrente de ilícito civil é prescritível.

Ainda tratando de tal abordagem, restaram definir qual o prazo prescricional para o exercício da pretensão de reparação civil, tendo alguns o entendimento que esse prazo seria de 03 anos, quando o agente público não estiver no exercício da função, com base no art. 206, §3º, V, do Código Civil.

De outro lado, entendiam, por analogia, que seria aplicado o art. 1º da Lei federal 9.873/99, segundo o qual "prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado".

Seguindo essa mesma linha, há defensores que se posicionaram também no prazo de 05 (cinco) anos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA. FAZENDA PÚBLICA. EXAME DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DO DECRETO N.º 20.910/32. PRECEDENTES.

1. A análise de suposta violação a dispositivos e princípios da Lei Maior é vedada em sede especial, sob pena de usurpação da competência atribuída pelo constituinte ao Supremo Tribunal Federal.

2. **Em razão da aplicação do princípio da isonomia, impõe-se a incidência do prazo prescricional previsto no Decreto n.º 20.910/32, nas pretensões deduzidas pela Fazenda Pública em face do particular.** (grifo nosso)

3. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.⁷⁵

Um assunto de tamanha magnitude não poderia ficar adstrito ao entendimento do Tema 666, sendo que o Tema 887 veio a também questionar a prescribibilidade no que tange ao comento de improbidade administrativa. Reconhecer a prescribibilidade seria um reconhecimento a prática da atuação ilícita de corruptores que passados o tempo voltariam a delinquir. Sempre no Brasil se teve consciência que o tempo atua a favor dos que atuam ilicitamente, frente aos recursos, lentidão judicial, fazendo com que a prescrição lhe seja favorável na impunidade.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE: 669069 MG, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 02/08/2013, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 23-08-2013 PUBLIC 26-08-2013).

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1349090, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 19/09/2014.

Assim, é o posicionamento de Vladimir Aras, “O sistema brasileiro anticorrupção, cuja construção nos últimos anos segue mais ou menos bem graças a uma série de leis aprovadas pelo Poder legislativo, sofreria duro golpe se a prescritebilidade vingasse.”⁷⁶

Porém, há defensores da prescrição das ações de danos ao erário, inclusive corroborando em vários pontos com o entendimento do Relator do RE 852475, o Ministro Alexandre de Moraes:

- (i) a Constituição, quando declara a imprescritebilidade de ações, sempre o faz de forma expressa, o que não é o caso das ações de ressarcimento ao erário;
- (ii) outras lesões, danos e prejuízos ao erário são expressamente sujeitas ao prazo de prescrição – como as que podem se dar no caso de não pagamento dolo e de má-fé do tributo devido e as de ilícitos civis, como agora já reconhecido pelo STF, ao ensejo da multicidada repercussão geral 666;
- (iii) nenhum direito de ação pode ser imprescritevel, por via de interpretação extensiva de princípios jurídicos, como o do poluidor-pagador, ao menos sem grave e clara ofensa ao direito fundamental à segurança jurídica;
- (iv) conforme técnica reconhecida de hermenêutica constitucional, considera-se inconstitucional a interpretação ampliatiua de uma restrição, com o fim de garantias individuais como prescrição, decadência, coisa julgada, ato jurídico perfeito. Portanto, não cabe ao legislador infraconstitucional ou ao aplicador da norma criar a possibilidade de se eternizar a hipótese de uma lide civil ambiental ser levada à apreciação do Poder Judiciário a qualquer tempo, ainda mais quando essa inércia deriva de omissão do Poder Público, que, por princípio, tem o dever de atuar com eficiência e promover a razoável duração dos processos.
- (v) por fim, diante da inexistência de lei específica regendo a matéria da prescrição da ação de reparação de danos ao meio ambiente, aplicar-se-ia o quanto disposto pelo microssistema de tutela do interesse público e dos direitos difusos e coletivos, composto pela Lei de Ação Popular, da Ação Civil Público e da Lei de Improbidade Administrativa e Código de Defesa do Consumidor, em detrimento de um criacionismo de novas regras via ativismo judicial ou qualquer outra forma que não seja o devido processo legislativo. Consequentemente, entende-se como de cinco anos o prazo prescricional aplicável às ações civis ambientais públicas de reparação ou ressarcimento.⁷⁷

Nesse caso, o relator votou pela prescrição, contudo foi voto vencido, inclusive numa sessão que ocorreu uma reviravolta na qual, dois ministros num primeiro momento haviam votado pela prescrição, porém noutra momento opinaram pela imprescritebilidade, sendo, portanto esse o entendimento reinante, haja vista que o tema teve repercussão geral.

⁷⁶ ARAS, Vladimir. A Imprescritebilidade da pretensão de ressarcimento do dano na Lei de Improbidade Administrativa. **Direito Administrativo**, [S.I.:s.n], n. 411, 21 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-aras/a-imprescritebilidade-da-pretensao-de-ressarcimento-do-dano-na-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁷⁷ HUMBERT, Georges. Sobre prescrição, segurança, ativismo e a inusitada reviravolta no STF sobre o ressarcimento de danos ao erário por ato de improbidade. **Direito do Estado**, [S.I.], n. 408, 10 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Georges-Humbert/sobre-prescricao-seguranca-ativismo-e-a-inusitada-reviravolta-no-stf-sobre-o-ressarcimento-de-danos-ao-erario-por-ato-de-improbidade->>>. Acesso em: 04 set. 2018.

5 O PROCESSO DE REPARAÇÃO DE DANOS NA LEI 12209/2011

Antes de imergir no assunto propriamente dito, notório se faz analisar a questão sob um prisma englobante partindo do texto constitucional, passando pela abordagem infraconstitucional, análise da lei propriamente dita no que tange a reparação de danos consubstanciados com o entendimento da doutrina e da jurisprudência.

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece a responsabilidade extracontratual do Estado, consoante extração do art. 37, §6º, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988:

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

A Lei 10.406/2002, Novo Código Civil Brasileiro, no seu artigo 43 expressa a responsabilidade objetiva, apesar de não trazer em seu bojo as pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviço público: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Sem embargo, há que se prevalecer o evidenciado no texto constitucional, de maneira que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos também respondem pelos danos causados nessa qualidade.

Assim, capitaneado no dispositivo constitucional, agente público é considerado como qualquer pessoa física que esteja desempenhando função pública ou assim se comportando perante terceiros, independentemente do tipo de vínculo que tenha com o Estado, se remunerado ou gratuito, efetivo ou temporário, do quadro de pessoal ou terceirizado.

Consoante próprio entendimento do STF, até mesmo em determinadas circunstâncias, mesmo não estando propriamente desempenhando a função pública, se a pessoa se apresentar perante terceiros como agente público, tem-se reconhecido a responsabilidade civil do Estado:

O Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, ainda que fora do horário de expediente. [...] I - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o

preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.⁷⁸

Da análise do texto constitucional acima aludido, um elemento que também merece atenção é o terceiro:

A respeito do vocábulo terceiro, indicado na norma constitucional, faz referência a alguém estranho à administração, ao particular que sofre o dano imputado à conduta estatal e a alguém que não possui vínculo jurídico preexistente. O terceiro prejudicado afigura ser o mais abrangente possível, podendo ser o particular, o usuário do serviço público, cidadão, o administrado em sentido lato (pessoa natural ou jurídica), ou seja, todo aquele que tiver sofrido dano em razão de conduta imposta ao Estado.⁷⁹

Como já explanado, a responsabilidade civil prognostica o dever de reparar um dano. Ademais, a responsabilidade civil extracontratual pressupõe a ocorrência de prejuízo específico, certo e anormal.

O prejuízo precisa ser anormal, pois a indenização é cabível para ressarcimento de dano patrimonial considerável. Danos insignificantes, normais, nem mero aborrecimento ou desconforto não geram indenização.

[...] é aquele que ultrapassa os inconvenientes naturais e esperados da vida em sociedade. Isso porque o convívio social impõe certos desconfortos considerados normais e toleráveis, não ensejando o pagamento de indenização a ninguém. Exemplo de dano normal: funcionamento de feira livre em rua residencial.⁸⁰

Não é qualquer adversidade que comporta indenização, a não ser aquelas que superem os riscos normais da vida em sociedade e suportados por todos indistintamente. Danos difusos não comportam indenização. Assim, danos específicos:

[...] é aquele que alcança destinatários determinados, ou seja, atinge um indivíduo ou uma classe delimitada de indivíduos. Não se indeniza o dano genérico, que é suportado por todos. Por isso, se o dano for geral, afetando difusamente a coletividade, não surge o dever de indenizar. Exemplo de dano geral: aumento no valor da tarifa de ônibus.⁸¹

O dano incerto não é indenizável, somente o dano certo, seja ele atual (dano emergente) ou futuro (lucro cessante), nesse caso analisando a sua potencialidade, compreende indenização.

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

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 644395 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011.

⁷⁹ CANTO, Luciana Rodrigues do. **O Momento Processual para o Exercício do Direito de Regresso do Estado Contra o Agente Causador De Dano**. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

⁸⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.497.

⁸¹ Ibid., p.497.

desde que certo, real. Nele se engloba o que se perdeu e o que se deixou de ganhar (e se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo).⁸²

A doutrina e a jurisprudência vem flexibilizando esse entendimento, tendo por base a “perda de uma chance”:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.⁸³

A indenização é devida tanto para danos morais, quanto para danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes).

O dano estético, na atualidade também já vem sendo tratado como uma categoria específica do dano moral, consoante se pode observar da Súmula 387, STJ: "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

Como já demonstrado, ocorrendo prejuízos da atuação de agentes públicos, cabível é a reparação de danos que podem decorrer pela via administrativa ou via judicial.

No âmbito federal não restam dúvidas, pois a Lei nº 4619 de 28 de abril de 1965 de forma clara traz todo o trâmite de como se dará a ação regressiva da União com seus agentes.

Para que dúvidas não parem de como se dará a responsabilização dos agentes em danos provocados a terceiros, a Lei 8112/90 de forma taxativa estabelece a ação de regresso nessas situações:

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

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

A Lei 12209/2011, conhecida como Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia, trata de forma geral do processo administrativo, garantindo o devido processo legal, tendo por base todos os princípios que lhe compõem.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 910260 RN 2006/0272412-1, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 18/12/2008).

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010).

Cabe ressaltar, que o estudo aqui desenvolvido se concentrará na lei, no que diz respeito a reparação de danos, trazida no seu Capítulo IV, do artigo 136 ao 150, no título Do Processo de Reparação de Danos.

Corroborando com a análise dos artigos referenciados alhures, é de importância maestra sobrelevar que a Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia, é regulamentada pelo Decreto nº 15.805 de 30 de Dezembro de 2014. Nesse aspecto, será delimitado um recorte no que diz respeito a reparação de danos, seu processamento e quitação.

O presente decreto traz no seu Capítulo VII, do artigo 31 ao 42, o título Do Ressarcimento de Valores Apurados em Processo de Reparação de Danos, bem como, no seu Capítulo VIII, do artigo 43 ao 46, o título Da Inscrição do Débito em Dívida Ativa Não-Tributária e no seu Capítulo IX, do artigo 47 ao 51, o título Dos Acréscimos Legais e do Parcelamento. Tal destaque se faz necessário para o entendimento do assunto proposto.

Nessa linha, prefere-se tratar o assunto a partir da análise dos artigos de ambos os institutos e sua adequação ou não com o estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei em comento traz no capítulo direcionado a reparação de danos uma divisão em três Seções: uma direcionada a regular o procedimento de apuração do dano, ou seja, o conteúdo da tutela ressarcitória a ser reivindicada e sua materialidade; outra destinada da reparação de danos ao administrado e uma terceira tratando da reparação de danos ao erário.

É inegável que a presente Lei vem na toada de diminuir o grande número de processos judiciais que abarrotam o judiciário, no intuito de dar maior celeridade e solucionar administrativamente tais questões. Assim, foi estabelecido como se dará a apuração do dano, com fixação de normas referentes à responsabilização e identificação do agente causador do dano, além de sistematizar a recomposição patrimonial.

O artigo 136 da lei 12209/2011, estabelece: “Regem-se pelo disposto neste Capítulo os processos de reparação de danos patrimoniais causados pela Administração a terceiros, e pelo administrado ao erário.”

Da observação desse artigo, surgem alguns pontos: a) a responsabilidade objetiva do Estado, b) o direito de regresso ao servidor causador do dano e c) a responsabilização do particular que causou dano à Administração.

Como visto, a responsabilidade objetiva do Estado está pautada no risco administrativo e outro não poderia ser o entendimento do artigo da Lei.

O artigo 137 traz o seguinte em seu texto: “A instauração do processo administrativo, disciplinado neste Capítulo, poderá ser precedida de sindicância ou auditoria,

destinada a verificar a materialidade e autoria do ilícito civil, quando não delimitadas em outro processo administrativo.”

O que se pretende com essa previsão legislativa é reduzir a repetição de procedimentos, com o desiderato de apurar os mesmos fatos. Assim, no processo de apuração de danos, nem sempre será necessária a apuração de danos, vez que, outros procedimentos (sindicância, processo disciplinar sumário, inquérito policial militar, dentre outros) podem suprir tal etapa.

Pode-se ver, grosso modo, que o processo de reparação de danos é composto por 03 (três) etapas: a fase da apuração do dano, a fase da determinação da extensão do dano e a fase da cobrança.

Na primeira, analisa-se a existência de ilícito civil, ou seja, a apuração da tutela ressarcitória, decorrente da conduta comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa, nexos de causalidade e o prejuízo, além da sua autoria.

Na segunda fase é verificada a extensão do dano ao erário com o consequente arbitramento dos valores a serem ressarcidos.

A terceira fase é aquela na qual ocorrerá a cobrança administrativa com a inscrição em dívida ativa.

Cumprido estabelecer que tais fases serão mais detidamente pontuadas em momento posterior. O que mais sobressai nesse dispositivo é que para o cabimento do procedimento específico, no caso o processo de reparação de danos, o objetivo é verificar o dano, os sujeitos responsáveis pelo dano e o nexo de causalidade entre a conduta do sujeito e o dano.

Desta forma, estando os outros procedimentos devidamente robustecidos com conjunto probatório capaz de identificar os elementos anteriormente mencionados, estes serão anexados ao procedimento específico como peça informativa para o seu devido desenvolvimento.

O artigo 138, diz: A tutela ressarcitória será adimplida preferencialmente mediante obrigação de fazer ou não fazer, destinada à reconstituição do patrimônio ofendido pelo ato lesivo ou obtenção de resultado equivalente, com prévia manifestação do órgão jurídico, observadas as orientações administrativas uniformes.

O procedimento especial em comento tem como fim profícuo a reconstituição do patrimônio lesado. Ele não é destinado a impor penalidade, tanto que a quantificação dos valores a serem ressarcidos, somente ocorrerá quando não for possível a recomposição do patrimônio lesado.

Cumpra salientar, que na hipótese da recomposição do patrimônio ocorrer através de resultado equivalente àquele que foi objeto do dano, a parte lesada deverá formalmente aceitá-lo, ouvindo órgão jurídico, que deverá se manifestar consoante orientação administrativa uniforme.

Deve ser entendido como órgão jurídico, para os fins desta Lei, a Procuradoria Geral do Estado (com relação aos órgãos da Administração Pública direta), as Procuradorias Jurídicas (autarquias e fundações) ou as Assessorias Jurídicas (empresas públicas e sociedade de economia mista).⁸⁴

Questão peculiar deve ser adotada quando for de responsabilidade da Administração a reconstituição do patrimônio do particular, a qual ocorrerá por meio da entrega de bem da mesma natureza ou prestação de serviço, devendo ser observado o que é determinado pela Lei 9433/2005, no que tange a obrigatoriedade de licitar.

Dando continuidade ao que estabelece a Lei:

Art. 139 - O ressarcimento mediante prestação pecuniária pressupõe que o dano seja passível de apuração objetiva.

§ 1º - Na determinação dos valores em razão de perda, avarias ou deterioração de bem, deverão ser utilizados critérios de aferição de preço de mercado, preferencialmente através cotação com fornecedores e consulta ao registro de preços, da forma prevista em regulamento.

§ 2º - Excepcionalmente, quando não for possível a determinação dos valores na forma prevista no parágrafo anterior, a Administração poderá determinar a realização de perícia.

§ 3º - O órgão jurídico competente deverá se manifestar previamente sobre o adimplemento da prestação pecuniária.

Pressupõe-se, ainda que seja imaterial, o dano é passível de apuração objetiva. Nas circunstâncias nas quais não seja possível a recomposição do patrimônio lesado, para o devido ressarcimento deve ocorrer o pagamento em pecúnia. O que deve ser observado é o que é estabelecido na Lei Estadual de Licitações:

Por outro lado, o preço de mercado utilizado como parâmetro para determinação do valor a ser pago deve obedecer à disciplina estabelecida pela Lei Estadual de licitações (Lei nº 9.433/2005), seja quando o bem se encontra submetido ao regime de registro de preços, seja quando for necessária a cotação de preço.⁸⁵

Instituições financeiras especializadas devem ser utilizadas para a cotação de preços, pelo exemplo é a Tabela FIPE⁸⁶, quando tratar-se de veículos automotores. Pessoas Jurídicas também podem ser credenciadas com o desiderato de prestar qualquer tipo de serviço, tais hipóteses se enquadram nas situações de inexigibilidade de licitação.

⁸⁴ ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra; BARRETO, Fabiana Maria Farias Santos. In: ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra. **Comentários à Lei de Processo Administrativo do estado da Bahia**: Lei 12.209 de 20 de Abril de 2011. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2013, p.367.

⁸⁵ Ibid., p.368.

⁸⁶ A Tabela FIPE é uma tabela de referência para os preços médios dos veículos no mercado nacional. Seus dados são disponibilizados mensalmente após pesquisas de mercado da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.

Corroborando com o que é dito no dispositivo, nos ressarcimentos em pecúnia, o órgão jurídico competente será solicitado e se manifestará sobre a legitimidade do adimplemento.

Alinhada a função teleológica, o artigo 140 preceitua a não incidência de honorários advocatícios, justamente para minorar os valores a serem desembolsados pelo devedor, ou seja, não dificultar o pagamento.

O artigo 141 inicia a Seção II, tratando da reparação de danos ao administrado: "O processo administrativo de reparação de danos causados ao administrado será instaurado a pedido do interessado ou de ofício."

Ocorrendo o evento dano que trouxe prejuízos ao particular, a própria Administração instaura de ofício o procedimento específico. Depreende-se também, que o próprio particular que sofreu o dano pode provocar a instauração do processo de reparação de danos.

Nesse seguimento, este artigo trata especificamente do ponto amplamente explorado neste estudo. Pois bem, trata das hipóteses nas quais o particular sofre um prejuízo decorrente de ato de agente público. Como abordado, o Estado tem a responsabilidade objetiva extracontratual decorrente tanto de ato ilícito como lícito do agente. Assim, analisada as situações e estabelecidas à atuação com dolo ou culpa do agente decerto surge o direito de regresso do Estado.

O artigo 142 vem alinhado com o artigo 69 da Lei ao estabelecer que a competência para a apreciação do processo de reparação de danos é do órgão vinculado à matéria. Desta forma, caso outro órgão ou entidade instaure algum procedimento que reúnam elementos informativos, estes devem ser solicitados e acostados aos autos com o fito de instruir o feito.

O presente artigo, juntamente com o artigo 46, trata do pronunciamento dos órgãos jurídicos que devem obedecer ao prazo de 30 dias, prorrogáveis por mais 15 dias.

Preceitua o artigo 144: Quando o dano patrimonial tiver sido causado em razão de apontada conduta dolosa ou culposa de agente público, este será notificado para, se desejar, acompanhar o processo de reparação.

O intento desse dispositivo é propiciar que o agente público se manifeste, oportunizando a apresentação de informações, haja vista afastar a sua responsabilidade por ato doloso ou culposos. Ele está em conformidade com o ordenamento jurídico, denotando os preceitos orientadores do processo administrativo, retratando os princípios da transparência, publicidade e ampla defesa.

Trata-se do devido processo legal que possibilita o acompanhamento do agente público do procedimento específico, vez que lhe é imputada a autoria de um dano durante o exercício de suas funções.

Importa esclarecer que manifesta-se legítima e em perfeita consonância com os princípios constitucionais que garante o contraditório e a ampla defesa em processos administrativos, a rotina que adota a Administração Pública dirtea no sentido de, em se tratando de servidor público, instaurar antes a sindicância (quando é necessário investigar previamente o ilícito) ou o processo disciplinar (quando já existem indícios suficientes da conduta irregular causadora de um prejuízo) e, somente depois de apurada a infração disciplinar dar início ao processo de reparação de danos, se for o caso (se a responsabilidade civil não restar afastada).⁸⁷

O chamamento do agente para acompanhar o processo de reparação de dano estabelece mais lisura na elucidação dos fatos, pois do procedimento específico pode ensejar um processo administrativo disciplinar, além de sua responsabilização regressiva pelos prejuízos causados.

O devido processo legal é uma das mais amplas e relevantes garantias do ordenamento jurídico, dele redundando o contraditório e a ampla defesa, os quais estão intrinsecamente ligados e indubitavelmente devem ser observados no estado democrático de direito. Assim, de forma contundente são as palavras de Dirley da Cunha Júnior:

Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado desatino garantir a regular instauração formal de processo e não se assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cerceado; ademais, também não haverá qualquer indício de razoabilidade e justiça numa decisão quando não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa. São assim, garantias que se casam numa união indissolúvel. O contraditório, numa acepção mais singela, é a garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito. A ampla defesa, a seu turno, é a garantia que proporciona a pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário. É obvio que, para o sucesso dessas garantias, é necessário que a pessoa tome conhecimento dos fatos que lhe atingem para poder, ouvida a respeito, deles se defender e apresentar as provas necessárias. Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade, pois viola frontalmente a Constituição e o Estado Democrático de Direito.⁸⁸

Concluído o processo de reparação de danos, a Administração cobrará os valores pagos do agente público que praticou o ato ilícito, identificado mediante devido processo legal, na forma prevista na Seção III deste Capítulo. É o que diz o artigo 145.

Corroborando com o artigo anterior, o esclarecimento dos fatos pelo agente causador do prejuízo é de cristalina importância, pois se não for demonstrado o rompimento do nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado dano, este será instado

⁸⁷ Ibid., p.372.

⁸⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p.678.

a regressivamente responder pelos danos causados. Disso decorre que a Administração caberá cobrar regressivamente o valor pago de indenização ao particular.

Assim, o mesmo fato desdobra-se em duas vertentes, a primeira com a reparação de danos ao administrado, a outra com a instauração de um procedimento específico com vistas a reparação de danos ao erário.

E assim, a Lei inicia uma nova Seção, justamente disciplinando a reparação de danos ao erário.

No artigo 146 elenca que: O processo administrativo de reparação de danos ao erário será instaurado para apuração, determinação e cobrança dos prejuízos causados ao erário por agente público, administrado ou qualquer pessoa jurídica, observando as regras previstas na Seção I deste Capítulo.

Nessa hipótese o Estado sofreu prejuízo patrimonial, quer seja de particular, pessoa jurídica ou física ou decorrente de ação de agente público. Como já mencionado neste estudo, tal situação também é composta por três fases: apuração, determinação e cobrança.

Na primeira, averigua-se a existência da tutela ressarcitória, podendo ser dispensada na existência de procedimento anterior que investigou o fato e constatou a ocorrência de um ilícito civil.

Na segunda, que é a fase da determinação da extensão do dano, nas situações nas quais não for possível fazer a reparação mediante obrigação de fazer, ocorre a realização do arbitramento dos prejuízos sofridos ao erário e quantificação dos valores a serem ressarcidos.

Derradeiramente, na terceira fase, ocorre a cobrança dos prejuízos experimentados pelo erário. Nessa fase, dependendo de quem primeiramente sofreu o prejuízo e de quem tenha sido o causador do dano, ocorrerão medidas específicas.

Cumprindo sobremaneira realçar o ponto defendido por este trabalho, no que tange nas situações de ocorrência de dano ao particular-terceiro, na existência de responsabilidade objetiva do Estado, após concluir e determinar a extensão do dano, bem como a definição de como e de quanto será a indenização, será providenciado o ressarcimento ao ofendido, cobrando regressivamente do agente público causador do dano.

A previsão trazida do artigo 147, diz:

O agente público deverá ressarcir o dano que, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causou ao erário, sem prejuízo da aplicação de outras sanções previstas em lei, mediante prévio processo administrativo disciplinar ou sancionatório, em que lhe seja garantido o exercício da ampla defesa e contraditório.

Esse comando legal estabelece o chamamento do agente público para participar do processo de reparação de danos ao particular, com vistas a acompanhar os valores devidos

à indenização, além da possível responsabilização em decorrência da conduta dolosa ou culposa.

É possível que tal chamamento não seja necessário, tendo em vista que possa ter ocorrido procedimento prévio de apuração.

Vem disciplinado no artigo 148:

Ressalvadas as hipóteses previstas em legislação específica, aquele que, a qualquer título, receber verbas de natureza alimentar do Estado, e for identificado no processo administrativo como causador do prejuízo ao erário, será notificado para expressar concordância com o desconto mensal da remuneração, pensão ou proventos, não excedentes a sua terça parte, para recomposição do erário.

Parágrafo único - Na falta da concordância prevista no caput, o débito será inscrito em Dívida Ativa e executado na forma da lei.

Esse dispositivo encerra conteúdo de tenra importância, pois defende que não pode ocorrer desconto sobre a remuneração ou proventos sem prévia anuência formal do servidor, não podendo elas exceder à terça parte do valor do montante.

No parágrafo único do artigo em comento, o legislador tentou de certa forma, trazer uma maneira de facilitar a cobrança de tais valores, frente à falta de autorização expressa para o desconto em folha do agente público.

Assim, ao prever a inscrição em dívida ativa, foi conferida a indenização status de título executivo extrajudicial, podendo ser executada judicialmente.

Sobre tal posicionamento, cumpre chamar atenção, para mais a frente tecer mais comentários, vez que, tal postura não pode ser adotada em qualquer ocasião, principalmente quando ocorrer danos a terceiros por agente público.

Preceitua o artigo 149:

A apuração dos danos causados ao erário por pessoa física ou jurídica que celebrou contrato, convênio ou termo de parceria com a Administração se submeterá à legislação específica, aplicando-se subsidiariamente o rito do processo sancionatório previsto nesta Lei.

Tal dispositivo apenas reforça o posicionamento tratado na Lei Federal de Licitações, 8666/93 e na Lei do Estadual Baiana nº 9.433/2005, nas quais são estabelecidos procedimentos para a apuração de danos e responsabilidades em decorrência de prejuízos causados por particulares no seu relacionamento formal com o Estado.

Prevê a Lei em seu artigo 150:

Concluído o processo de reparação de danos, o causador do dano será notificado para efetuar o pagamento, no prazo de 30 (trinta) dias, dos valores apurados.

§ 1º - O pagamento dos valores devidos poderá ser parcelado, na forma prevista em regulamento.

§ 2º - A não quitação do débito no prazo estipulado implicará sua inscrição em Dívida Ativa, na forma da lei.

É estabelecido nesse dispositivo o prazo de 30 (trinta) para pagamento do valor apurado, após a conclusão do processo de reparação de danos.

O §2º do artigo em comento é contrário ao disposto no artigo 37,§6º, da Constituição da República Federativa Brasileira que determina que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

No processo de reparação de danos tratado na Lei 12209/11, observa-se um aspecto importante, pois o mesmo fato num primeiro momento pode ensejar a reparação de danos ao administrado e logo após a instauração da reparação de danos ao erário.

Como já foi explanado, a presente Lei regula os processos de reparação de danos causados pela Administração a terceiros e pelo administrado ao erário. São dois procedimentos distintos, um quando o dano foi causado pela Administração e outro quando qualquer particular, pessoa física ou jurídica for o responsável pelo ressarcimento em favor da Administração.

Situações nas quais, por exemplo, um veículo de um particular ao trafegar na rua pode vir a colidir ou chocar-se na traseira de um veículo oficial, se enquadra numa circunstância na qual ocorrerá a apuração do ilícito civil (materialidade e autoria) e os prejuízos decorrentes das avarias serão mensurados, observadas o estabelecido na citada Lei. Tal fato amolda-se numa hipótese na qual a Administração será ressarcida pelos prejuízos sofridos.

Há situações nas quais, o agente público diretamente possa vir a causar prejuízos a Administração, como pode ser visto no caso no qual o servidor induza a erro a Administração para obter o pagamento de gratificações, vantagens, as quais não lhe eram devidas.

Nesse tocante, o ilícito administrativo praticado pelos agentes públicos, inclusive com a colaboração de particulares, pode gerar dano ao Erário, por via *direta* mediante a prática de atos comissivos ou omissivos que causem diretamente lesão ao *patrimônio público* em sentido amplo, como o desfalque, o desvio, o superfaturamento, a perda, dentre outros.

Sob outro ângulo, por via *reflexa*, podem atingir a *res publicae* no viés econômico mediante a prática pelos agentes estatais de atos comissivos ou omissivos que gerem danos não juridicamente suportáveis a administrados, que em razão da cláusula geral de responsabilidade civil do Estado, importará na reparação pecuniária pelo ente federado.⁸⁹

⁸⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Erário público, dever de regresso e prescrição administrativa: a indisponibilidade do interesse público vs. A segurança jurídica na ação de ressarcimento proposta pelo Estado. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 2, 2014, p.455-456.

Várias são as possibilidades abarcadas pela presente lei, quando se verifica a ocorrência de danos patrimoniais, porém o recorte a ser analisado será o referente as situações nas quais o agente público ou prestadores de serviços públicos causem danos a terceiros.

Por outro prisma, a conduta ilícita dos agentes, também, pode causar lesão por via reflexa ao patrimônio público, quando por ação ou omissão, no exercício da função ou a pretexto deste, causa-se dano anormal e não legitimamente suportável pelo particular, ensejando o dever de reparação.⁹⁰

No comando constitucional acima aludido, foi fincada a responsabilidade objetiva do Estado, sob o ângulo do risco administrativo. Desta forma, a Administração responde pelos danos causados por seus agentes, o que quer dizer que a responsabilidade objetiva abrange o risco administrativo da atuação ou omissão dos seus prestadores de serviços públicos ou de seus servidores.

Em tais casos, com a comprovação da negligência, imprudência ou imperícia na realização do serviço público, ou seja, com a demonstração de nexo de causalidade com o prejuízo, os agentes serão regressivamente responsabilizados.

Corroborando com o que já foi demonstrado, a Pessoa Jurídica do Estado não tem ação própria e nem vontade, não podendo agir diretamente e sim por intermédio de seus agentes, os quais desempenham a atividade da própria Pessoa Jurídica como se ambos fossem um só.

Tal pensamento é decorrente da teoria ou princípio da imputação volitiva, a qual resolveu a problemática da validade do ato administrativo praticado por quem não está legitimamente investido em função pública. De acordo com essa teoria, apenas é exigida a aparência de investidura do agente público e a boa-fé do administrado para que a manifestação de um órgão possa ser imputada à pessoa jurídica.

Disso decorre a impossibilidade do particular demandar ação de indenização diretamente contra o agente público causador do dano.

A teoria do órgão foi desenvolvida pelo alemão Otto Gierke, no início do século passado. Ela adota o critério de “imputação”, ou seja, a responsabilidade é imputada ao Estado. Em outras palavras, a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Então é comum observar na doutrina a expressão: teoria da imputação (ou teoria volitiva) como sinônimo de teoria do órgão.⁹¹

Nessa atuação do agente público, a parte final do dispositivo constitucional acima, trata do direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

⁹⁰ Ibid., p.455-456.

⁹¹ PEREIRA, Luciana Freitas. A importância da teoria do órgão dentro da sistemática administrativa. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35503&seo=1>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

Já foi demonstrado o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o particular lesado somente poderá requisitar a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público ou o ente público, com o objetivo da reparação do dano causado, não sendo cabível demandar contra o agente causador do dano.

Nesse ponto, outro não poderia ser o entendimento, visto que, o agente público responde administrativamente e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional estiver vinculado. Tal posicionamento garante até mesmo uma atuação imparcial, lastreada na legalidade do agente.

Imagine as circunstâncias nas quais o agente público na sua atuação diária, mesmo tendo suas atitudes pautadas na legalidade, agir com receio de ser demandado judicialmente por um particular. Isso aliado ao fato que os servidores têm que arcar com os custos da ação com seus próprios dividendos, posto que, na maioria das vezes, o órgão ao qual estar vinculado não dispõe de apoio jurídico para seus agentes.

Por exemplo, diga-se de uma situação na qual uma viatura policial, está prestando socorro a uma vítima de um infortúnio e vem a colidir ou chocar-se em algum automóvel de algum particular em seu deslocamento para o hospital, tendo a viatura sido seguida pelo motorista do veículo que sofreu danos. Ao chegar ao hospital o agente público tem seu nome e dados descobertos pelo particular.

O motorista do veículo possuidor dos dados do condutor da viatura policial propõe uma ação indenizatória contra o agente público que estava no exercício de suas funções. Não restam dúvidas de que a situação narrada afasta o caráter ilícito da conduta do agente público, o que não isenta o Estado de indenizar o particular pelas avarias sofridas.

Em decorrência de tal fato, o agente público teve de arcar com gastos com advogado, deslocamento para as audiências, sendo que tais recursos despendidos poderiam ser convertidos para o seu sustento próprio ou de sua família.

Assim, o entendimento do STF em não corroborar com a demanda direta do agente público lhe assegura não ser submetido a tais circunstâncias e atuar da forma mais lúdima para o atendimento do interesse público.

Nessa senda, a teoria da dupla garantia está em consonância com o ordenamento jurídico com vistas a dar o caráter impessoal na atuação do agente público, o qual atua em nome do ente ao qual está vinculado.

O que se poderia argumentar ao contrário é que a impossibilidade do particular demandar diretamente o agente público causaria uma blindagem a este na reparação de danos

a terceiros e que a responsabilização do agente causador ao indivíduo lesado reduziria o cometimento de atos lesivos.

A ideia existente é que apesar de existir o direito de regresso do Estado contra o seu agente, este nem sempre se efetiva, resultando em condutas reiteradas e abusivas. Que os agentes públicos são inatingíveis e que exercem as funções estatais de forma irresponsável frente aos terceiros administrados.

Cumprido dizer que tal postura é equivocada, pois o agente público é responsabilizado não apenas pelo ilícito civil, como administrativamente e se for o caso penalmente. Aliado a isso, tampouco há imunidade do agente público de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de qualquer forma, em regresso, perante a Administração. Inclusive, o agente público competente deve ser responsabilizado caso nenhuma conduta seja adotada em face de ocorrência de uma atuação ilícita que venha a diminuir o patrimônio público.

Demais disso, os princípios da indisponibilidade dos bens públicos, e o da moralidade da Administração, não permitem possa ficar ao alvêdrio do administrador público e a possibilidade da escolha entre acionar ou não o agente responsável pelo dano causado a terceiro, cuja reparação tenha sido realizada às custas do erário.

É certo que o regresso só poderá ser exercido uma vez configurada a culpa ou dolo do agente na causação daqueles danos.

Contudo, entendemos que incumbe à autoridade competente, tão logo tenha ciência do evento danoso, diligenciar no sentido de apurar devidamente os fatos (mediante processo administrativo, obedecido o princípio da ampla defesa), promovendo a responsabilização dos envolvidos, que como se sabe, em se tratando de agentes públicos, pode configurar-se na esfera administrativa, penal e civil. Comprovada esta última, é dever indeclinável do administrador público promover a ação de regresso tão logo implementadas as condições necessárias para tanto, cuja omissão acarreta sua responsabilização funcional.⁹²

Por tudo que já foi apresentado, imprescindível frisar que o artigo 148, Parágrafo Único e o artigo 150, §2º, da Lei 12990/2011, a Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia, não encontram guarida no ordenamento jurídico. Tais dispositivos não se alinham com o preceituado no artigo 36, § 2º do comando constitucional.

Nesse contexto, conforme vem sendo analisado, não restam dúvidas de que o judiciário brasileiro encontra-se atolado por inúmeros processos, fazendo com que a prestação dos serviços seja realizada de forma pífia. A carência de servidores, a falta de estrutura, mudanças sociais, dentre outros.

⁹² LIMA, Osvaldo Antonio de. Ação Regressiva do Estado Contra o Seu Agente Causador de Dano. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Distrito Federal, n. 61, set. 1999, p.57.

Diante desse panorama, é crescente a maneira de tentar resolver as contendas que assolam a sociedade, na esfera administrativa ou até mesmo amigavelmente sem recorrer aos rincões do judiciário, aumentando ainda mais as prateleiras com processos sem solução e satisfação da demanda perseguida.

Nessa busca desenfreada de resolver as demandas sociais reduzindo a litigiosidade, inovações crescem de forma a abarcar o maior número de probabilidades na ocorrência de danos patrimoniais, com o intuito de trazer uma solução sem levar a discussão ao Poder Judiciário.

A atitude é louvável, contudo não pode ser realizada ao arrepio da Lei Maior, a Constituição Federal, a qual deve estar no centro do sistema jurídico, tendo ao seu redor os demais dispositivos que devem segui-la.

A Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia, nesses dois dispositivos traz duas situações nas quais o agente público terá o seu nome inscrito na Dívida Ativa. Assim, necessário é entender um pouco do que se trata essa dívida ativa e as consequências de ter seu nome inscrito nela.

A dívida ativa nada mais é do que o conjunto de créditos devidos por pessoas físicas ou jurídicas a entidades da Administração Pública. Esses créditos podem ter natureza federal, estadual ou municipal, a depender da entidade detentora do direito de recebê-lo.⁹³

Esses créditos pertencentes à dívida ativa podem ser de duas modalidades: a dívida ativa tributária e a dívida ativa não tributária, “Nem toda dívida ativa está relacionada ao não pagamento de impostos. Também existem as dívidas não tributárias. Estas podem ser multas de trânsito, contribuições, aluguéis, taxas de ocupação, indenizações, restituições, entre outras.”⁹⁴

A inscrição do nome em dívida ativa traz diversos transtornos, tendo como consequência a cobrança de juros, multas, restrição de crédito, negativação do CPF ou CNPJ e até a penhora de um bem.

Sob este contexto, o processo de reparação de danos pode ser visto como um processo administrativo prévio, conferindo aos danos sofridos certeza, liquidez e exigibilidade.

⁹³ TEAM, Dubbio. Entenda o que é a dívida ativa e quais as suas consequências. [S.I.: s.n.]. Disponível em: <<https://www.dubbio.com.br/artigo/14-divida-ativa>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁹⁴ ENTENDA O QUE É DÍVIDA ATIVA, CONSULTE E VEJA COMO REGULARIZAR. **Revista Credits**, [s/n], 21 jul. 2017. Disponível em <https://www.credits.com.br/revista/o-que-e-divida-ativa-consulte-regularizar/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

Diante do exposto, nas situações nas quais o agente público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos cometam danos a terceiros, não é cabível que o agente público após a conclusão do processo de reparação de danos, seja compelido a no prazo de 30 (trinta) dias fazer o pagamento dos valores apurados, sob pena de ter seu nome inserido na dívida ativa.

O legislador foi claro ao estabelecer o direito de regresso em tais situações como via para ressarcir o erário público, nos casos onde foi verificado o dolo ou a culpa nos prejuízos causados a terceiros.

Essa ação, que é autônoma, consiste em assegurar à Administração Pública a possibilidade de efetivar sua pretensão indenizatória contra o agente causador do dano. Isso ocorrerá na hipótese de condenação da Administração Pública a indenizar um terceiro que suportou o dano e este ter ocorrido em razão de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente público.⁹⁵

O legislador estadual ao prever tal imposição não observou alguns aspectos, pois o direito de regresso é exercido por ação própria. É necessário o trânsito em julgado da ação proposta pelo lesado com a condenação em indenização, tendo em vista que é preciso ter ocorrido perda do patrimônio público. O objetivo é justamente ressarcir o prejuízo decorrente da indenização, decorrente dos atos culposa ou dolosamente cometidos por seus agentes.

Não restam dúvidas a doutrina que a ação regressiva é a via para o ressarcimento do erário nas hipóteses de responsabilidade subjetiva do agente público nas suas atuações, assim são as palavras de Gasparini, “a ação regressiva é 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 dolo ou culpa no desempenho de suas funções”.⁹⁶

Inclusive esse é o entendimento sacramentado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO REGRESSIVA CONTRA SERVIDORES. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. TÍTULO JUDICIAL MARCO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL AO QUAL FOI DADA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O interesse de agir na ação regressiva tem como marco temporal o trânsito em julgado da decisão condenatória que atribuiu ao Estado e aos seus servidores a responsabilidade civil. [...] ⁹⁷

⁹⁵ MOURA, Cid Capobiango Soares De; BARCELOS, Danielle Aparecida De. Divergências Existentes Entre Os Institutos da Ação De Regresso e a Denúnciação Da Lide. **Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, v.4, n.4, abr. 2013, p.163.

⁹⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1137.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1501621 DF 2014/0292416-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/03/2015).

Outra situação trazida na lei estadual é a possibilidade dos valores da indenização serem descontados na folha de pagamento de forma parcelada, sendo que caso não seja aceita tal possibilidade lhe é franqueado a fazer o pagamento no prazo de 30 (trinta) dias, caso assim não proceda tem seu nome inserido na dívida ativa. Assim, essa previsão também não pode ser adotada nas circunstâncias anteriormente mencionadas, pelos mesmos motivos determinantes.

Em consonância a tal compreensão, imagine os casos nos quais o administrado mesmo tendo sofrido o prejuízo, resolva não ingressar administrativamente, nem judicialmente com algum pedido com o desiderato de ter indenizado o dano sofrido. A Administração de ofício instaura um processo de reparação de danos e ao final foi constatado que o agente público agiu de forma culposa ou dolosa, com o conseqüente estabelecimento de valores dos danos causados ao particular.

Como estabelecido na lei estadual, caso o agente causador não acorde amigavelmente em pagar os valores, caso não aceite que os referidos sejam descontados mensalmente de seus vencimentos ou caso não o faça no prazo de 30 (trinta) dias, será inscrito na dívida ativa do Estado.

Pois bem, em tal situação a Administração não teve diminuição do seu erário decorrente do prejuízo causado ao terceiro, contudo o agente público foi inscrito na dívida ativa suportando as conseqüências decorrentes dessa inscrição.

Noutra senda, em decorrência dessa conjuntura, estaria o Estado incorrendo no enriquecimento ilícito, o que é rechaçado pelo ordenamento jurídico.

Em um ou outro caso, caberá ao Estado, com fundamento na lesão ao interesse público e na vedação do enriquecimento ilícito, a propositura de ação de ressarcimento em face do agente estatal e dos terceiros envolvidos a fim de assegurar a integral reparação do dano causado ao Erário.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os ilícitos praticados pelos agentes públicos *latu sensu* que causem prejuízo ao Erário seriam dotados de prazos prescricionais específicos, a ser fixado por lei posterior, porém, ressalvando as respectivas ações de ressarcimento.⁹⁸

Isso pode levar ao questionamento de que o prejuízo e as lesões causadas não sofram nenhuma providência estatal no sentido de reprimir tais atos, o que é inverídico, pois é sabido que existe a independência entre as instâncias, de modo que o agente causador do dano

⁹⁸ MOURA, Cid Capobiango Soares de; BARCELOS, Danielle Aparecida De. Divergências Existentes Entre Os Institutos da Ação de Regresso e a Denúnciação Da Lide. **Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, v.4, n.4, abr. 2013, p.163.

responde pelos atos danosos que praticar, seja criminalmente, ou perante a pessoa jurídica a qual ele está vinculado de forma cível e administrativa.

Neste contexto, ignorar o direito de um agente público que causou um dano a terceiro, que atua em nome da Administração é por si só desprezar a previsão legal e a pretensão conferida na Carta Magna de ver a solução dos conflitos de maneira justa e correta.

6 CONCLUSÃO

A responsabilização do Estado por atos que ocasionem danos a seus administrado é de grande importância, levando a grandes discussões e reflexões. Para tanto, uma incursão teórica é necessária para um melhor entendimento dos conceitos e desdobramentos do tema, até mesmo para o assentimento da sociedade.

A civilização passa por grandes transformações, reivindicações, anseios e pretensões. A própria dinâmica trouxe evolução do dano no que tange a sua responsabilidade e indenização, principalmente com o intuito de se alcançar segurança jurídica e a paz social.

Assim, a responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros por seus agentes, passou por uma imensa evolução decorrente da mudança de ideias de concepção e função do Estado, além de sua submissão as regras de direito.

O ordenamento jurídico brasileiro exarou no art. 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva do Estado em defluência de atos lesivos praticados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos. Desta forma, não há que se falar em comprovação de elemento subjetivo, ou seja, dolo ou culpa na prestação de serviços públicos, observando-se apenas o nexo de causa e o efeito.

Nessa vertente, não é necessário na responsabilidade objetiva provar culpa do agente, essa culpa é apenas para a demanda da ação de regresso contra o agente que causou o dano. Confluindo na adoção da teoria do risco administrativo, na qual como já demonstrado neste trabalho basta apenas a observação do nexo causal entre alguma atividade administrativa e um dano ao administrado, tendo alerta as situações excludentes e atenuantes.

Considerando que a responsabilidade civil do Estado aqui tratada é inerente a extracontratual, ou seja, aquela decorrente da relação jurídica existente entre o Estado e o Administrado. Nesse aspecto, tal responsabilização é resultante não apenas de condutas comissivas e/ou ilícitas, como também de condutas omissivas e/ou lícitas, dissentindo do direito privado no qual a ilicitude é elementar. Cabe frisar, que existem situações que ocorrem o pagamento de indenizações em virtude de própria previsão legal, tais ocorrências não são caos de responsabilidade civil e sim de sacrifício de direito, são situações jurídicas distintas, com distintos regimes jurídicos.

Porém, nem sempre foi assim, nem sempre a responsabilidade do Estado foi reconhecida. A ideia que se tinha era a da Irresponsabilidade do Estado, fundada no entendimento que a Administração, não errava, jamais cometia erros, permitindo aos

governantes atuarem ao seu livre alvedrio. Pautado na percepção de que o Estado era soberano, incontestável, pois ao realizar o bem coletivo não poderia ser responsabilizado.

Com o transcorrer do tempo, inviável tornava-se a permanência da teoria da irresponsabilidade, pois ocorreu crescimento da máquina pública, aumentando os prejuízos suportados pelos particulares, trazendo repercussão negativa na ordem vigente. Disso, resultou mudança para um pensamento em que ocorreria uma distinção entre os atos de império e os atos de gestão, a qual também se quedou infrutífera em virtude que no mais das vezes dificilmente se conseguia fazer tal distinção.

Nesse mesmo pensamento lançou-se a concepção de que o ressarcimento estatal estaria atrelado a comprovação da conduta com culpa ou dolo do agente público, inclusive devendo o particular individualizar o agente que lhe causou prejuízo para poder ser indenizado. Esse entendimento é flagrantemente desproporcional em face da hipossuficiência do particular frente o Estado para comprovar a culpa ou dolo do agente público.

Mais uma vez, tal conjuntura sofreu modificação significativa, ao passo que, transferiu para a atuação estatal o instituto da culpa. Para tanto, cabia ao administrado comprovar a falha ou não funcionamento ou o mau funcionamento do serviço público, ensejando a ideia de culpa administrativa ou culpa anônima.

O Estado agigantou-se e resultou numa aproximação maior entre particulares e a máquina pública. Em decorrência, surgiu a teoria do risco administrativo, partindo da premissa de que aquele que desenvolve atividade perigosa deve assumir os danos e os riscos decorrentes dessa atividade. Nesse sistema basta ao interessado a comprovação denexo causal entre dano e evento.

Por seguinte, não demorou o surgimento de subdivisões na teoria do risco, dentre elas a teoria do risco integral, na qual não resta espaço para situações atenuantes e excludentes.

O texto constitucional, nas relações entre Estado e administrado, consagrou a teoria objetiva. Nessa esteira, o elemento subjetivo é referido eventualmente nas ações regressivas da Administração contra o causador do dano.

Assim, vislumbram-se situações distintas, em uma observou-se os direitos do administrado ante o Estado e na outra as relações entre o agente público e a Administração.

O Estado responderá quando presente a relação de causa e efeito entre o dano e a atividade do agente público. Porém, há também de atentar para as situações de caso fortuito ou força maior, decorrer de fato de terceiro ou de fato exclusivo da vítima, os quais rompem o nexocausal, por consequência excluindo a responsabilidade do Estado nessas hipóteses.

Consolidadas tais divagações, não restam dúvidas que no que diz respeito as atividades comissivas, o Estado responde objetivamente. Fato divergente é no que tange nos atos omissivos estatais. Pauta-se na ideia que a omissão estatal é uma condição e não causa para um resultado danoso, sendo imprescindível a análise do elemento subjetivo para a responsabilização do Estado. Assim, a responsabilização objetiva do Estado não seria razoável, visto que, não causou o dano, mas apenas não atuou no sentido de impedi-lo.

Analisando, tal proposta para configuração da responsabilidade estatal por atos omissos não bastaria apenas a relação entre a ausência do serviço e o dano sofrido, seria necessário uma imposição legal para a atuação do Poder Público na situação, sendo a responsabilização decorrente da culpa ou dolo.

Nessa toada, ainda surgem distinções entre a omissão genérica e a omissão específica. Naquela responderá subjetivamente o Estado, nesta sendo a inércia administrativa causa direta e imediata em não impedir o evento, a responsabilização será objetiva.

Como demonstrado na responsabilidade civil do Estado duas são as relações jurídicas existentes, uma que vincula o agente público causador do dano ao Estado e outra vinculando o Estado e o administrado. Neste ponto, a ideia existente é a de que a responsabilidade do Estado pelo ato de seus agentes contra terceiros é objetiva, sendo assegurado o direito de regresso pelo causador do dano nos casos de dolo e culpa.

Em decorrência de tais pontos surge uma grande questão, qual seja a possibilidade do agente causador do dano ser demandado diretamente pelo lesado. Há entendimentos divergentes, sendo que parte da doutrina entende que a ação pode ser demanda somente contra o agente, ou somente contra o Estado ou contra os dois, agente causador do dano e Estado. Os defensores de que a ação deve ser direcionada apenas contra o Estado se pautam no entendimento decorrente da teoria da imputação volitiva, chamada também de teoria do órgão, na qual quando o agente público atua, o faz na forma tida como a vontade da própria pessoa estatal, ou seja, a obrigação de arcar com os prejuízos é da própria pessoa jurídica da qual pertence o agente.

Na jurisprudência o entendimento também é conflitante. Segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a demanda deve ser direcionada ao Estado, em virtude de das relações jurídicas distintas como demonstrado no presente trabalho, pautado na dupla garantia. Essa ordenada em duas direções, a primeira para o particular que sofreu o dano, o lesado, que não precisará comprovar dolo ou culpa para que o Estado seja responsabilizado. A segunda garantia é para o agente público que apenas poderá ser demandado civil e administrativamente pela Administração a qual estiver vinculado.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a demanda pode ser direcionada diretamente ao agente causador do dano.

Aspecto merecedor de atenção também no presente estudo foi o referente a denúncia a lide na responsabilidade civil do Estado.

Situação tormentosa também é sobre a denúncia à lide, do Estado ante o agente causador do dano. Existem posturas também divergentes em face da situação, entendendo alguns a não aplicação, posto que a responsabilidade do Estado seja objetiva, tal atitude retardaria o feito, haja vista a via correta ser a ação de regresso. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nesse aspecto é que a denúncia à lide é facultativa.

Um assunto de tal monta não poderia ser relegado, necessitando o posicionamento sobre a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário, garantindo o direito de regresso contra o agente público que causou prejuízos a terceiros, tendo o valor da indenização sido arcada pelo Estado.

Assim, da análise de todo esse panorama e divagações existentes tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, a postura a ser adotada é a de que o particular lesado, o terceiro, não pode demandar ação indenizatória contra o agente público causador do dano, posto que o próprio texto constitucional assegura ao agente ser demandado pela Administração da qual faça parte pela via específica, a ação de regresso. O mesmo dispositivo estabeleceu que para o ajuizamento da ação de regresso contra o agente público, há a necessidade de este ter agido com dolo ou culpa e do ente estatal ter pagado a indenização devida ao particular lesado.

Sendo assim, por tudo o que foi dito e demonstrado pode-se confirmar a hipótese traçada para este trabalho, não restando dúvidas sobre a inconstitucionalidade no processo de reparação de danos da Lei 12209/2011, especificamente no que diz respeito ao artigo 148, Parágrafo Único e o artigo 150, §2º, os quais não encontram guarida no ordenamento jurídico, nas situações nas quais o agente público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos cometam danos a terceiros, não sendo cabível que o agente público após a conclusão do processo de reparação de danos, que é um processo administrativo, seja obrigado a no prazo de 30 (trinta) dias fazer o pagamento dos valores apurados, sob pena de ter seu nome inserido na Dívida Ativa. O dispositivo constitucional estabelece o direito de regresso face ao agente público, ou seja, uma ação específica que deve ser proposta após o trânsito em julgado da ação que demonstrou a perda do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres. **A imprescritibilidade da ação de regresso prevista no art. 37, §5º, da Constituição Federal**. Brasília: Revista do TCU, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, abr./jun. 2004.

ARAS, Vladimir. A Imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do dano na Lei de Improbidade Administrativa. **Direito Administrativo**, [S.I.:s.n], n. 411, 21 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/vladimir-aras/a-imprescritibilidade-da-pretensao-de-ressarcimento-do-dano-na-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 04 set. 2018.

ARAÚJO, Alessandra de Souza. A Denúncia da Lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, 2004.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 30, abr. 2011.

ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra; BARRETO, Fabiana Maria Farias Santos. In: ATTINÁ, Cláudia Magalhães Guerra. **Comentários à Lei de Processo Administrativo do estado da Bahia: Lei 12.209 de 20 de Abril de 2011**. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. 888420/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 27/05/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1345620, rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 24/11/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 109.615-2, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02/08/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 841526, rel. Min. Luiz Fux, julg. 30/03/2016. Tema 592.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 327.904-SP, Rel. Min. Carlos Britto, Data de julgamento: 15.8.2006, Data de Publicação: 8.9.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=327904&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 327904, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 15/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1299900, rel. Min. Humberto Martins, DJ de 13/03/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 328.391 - DF (2001/0074006-0). Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/10/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 02/12/2002 p. 274RSTJ vol. 162 p. 198).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1187456 RJ 2010/0033058-5, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 16/11/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2010). Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp: 139358 SP 2012/0030135-1, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 26/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2013).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 913.670/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 910260 RN 2006/0272412-1, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 18/12/2008).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE: 669069 MG, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 02/08/2013, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 23-08-2013 PUBLIC 26-08-2013).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 644395 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1349090, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 19/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, REsp 1190180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1501621 DF 2014/0292416-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/03/2015).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANTO, Luciana Rodrigues do. **O Momento Processual para o Exercício do Direito de Regresso do Estado Contra o Agente Causador De Dano**. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DIOGO, Cristiane Sampaio. Ações indenizatórias e regressivas por parte do Estado e a teoria da dupla garantia. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 10 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589594&seo=1>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ENTENDA O QUE É DÍVIDA ATIVA, CONSULTE E VEJA COMO REGULARIZAR. **Revista Credits**, [s/n], 21 jul. 2017. Disponível em <https://www.credits.com.br/revista/o-que-e-divida-ativa-consulte-regularizar/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Direito administrativo didático**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FUREGATO, Camila. Qual a diferença entre representação e apresentação? **JusBrasil**, [S.I.: s.n.]. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101400/qual-a-diferenca-entre-representacao-e-presentacao-camilla-furegato>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

HUMBERT, Georges. Sobre prescrição, segurança, ativismo e a inusitada reviravolta no STF sobre o ressarcimento de danos ao erário por ato de improbidade. **Direito do Estado**, [S.I.], n. 408, 10 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Georges-Humbert/sobre-prescricao-seguranca-ativismo-e-a-inusitada-reviravolta-no-stf-sobre-o-ressarcimento-de-danos-ao-erario-por-ato-de-improbidade->>>. Acesso em: 04 set. 2018.

LIMA, Osvaldo Antonio de. Ação Regressiva do Estado Contra o Seu Agente Causador de Dano. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Distrito Federal, n. 61, set. 1999, p.57.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Cid Capobiango Soares de; BARCELOS, Danielle Aparecida De. Divergências Existentes Entre Os Institutos da Ação de Regresso e a Denúnciação Da Lide. **Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, v.4, n.4, abr. 2013.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Erário público, dever de regresso e prescrição administrativa: a indisponibilidade do interesse público vs. A segurança jurídica na ação de ressarcimento proposta pelo Estado. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 2, 2014, p.455-456.

PEREIRA, Luciana Freitas. A importância da teoria do órgão dentro da sistemática administrativa. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35503&seo=1>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

SANTOS, Raíssa Alves dos. **Responsabilidade Civil do Estado e do Agente Público: Pluralidade do polo passivo e a teoria da dupla garantia**. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2016.

TEAM, Dubbio. Entenda o que é a dívida ativa e quais as suas consequências. [S.I.: s.n.]. Disponível em: <<https://www.dubbio.com.br/artigo/14-divida-ativa>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

TRF da 3ª REGIÃO, AP1010923, rel. Juiz Alexandre Sormani, DJ de 08/10/2009.

TRF da 3a Região, AC 1521470, rel. Des. Fed. Mairan Maia, DJ de 20/03/2015.

TRF da 2a Região, AC 00064835720124025101, rel. Des. Fed. Luiz Paulo Da Silva Araujo Filho, DJ de 20/05/2016.