



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

CRISTIANE SAMPAIO DIOGO

**O AJUIZAMENTO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DO AGENTE PÚBLICO**

**FORTALEZA
2014**

CRISTIANE SAMPAIO DIOGO

**O AJUIZAMENTO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DO AGENTE PÚBLICO**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito Administrativo e Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Mestre William Paiva Marques Júnior

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

D591a	<p>Diogo, Cristiane Sampaio. O ajuizamento da ação indenizatória decorrente da responsabilidade civil do estado em face do agente público / Cristiane Sampaio Diogo. – 2014. 80 f. : enc. ; 30 cm.</p> <p>Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014. Área de Concentração: Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.</p> <p>1. Responsabilidade do Estado - Brasil. 2. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 3. Indenização. 4. Denunciação da lide. 5. Administração pública - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	--

CRISTIANE SAMPAIO DIOGO

O AJUIZAMENTO DA AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DO AGENTE PÚBLICO

Monografia submetida à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Áreas de concentração: Direito
Administrativo e Direito Processual
Civil.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Doutora Gretha Leite Maia de Messias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, à minha família e aos meus amigos, em razão do apoio incondicional e incentivo proporcionado durante toda essa jornada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter estado comigo, durante toda minha vida, concedendo-me as virtudes necessárias à concretização dos meus sonhos, sem Seu incomparável amor, nada disso teria sido possível.

À Virgem Maria, a quem pude entregar, com fidelidade, a minha faculdade bem como o presente trabalho, por cuidar de mim com bastante carinho e dedicação.

À Igreja Católica que me fez amadurecer na fé, esperança e caridade, sentimentos que fomentam a minha vida profissional e me impulsionam a realizar com bastante retidão a minha jornada. Ao Grupo de Oração Pentecostes que mantém vivo este Amor.

À minha família, que semeou comigo os frutos hoje colhidos. À minha mãe, Cristina, exemplo de coragem, humildade e garra, com a qual anseio ser um pouco parecida, a quem tenho imensa gratidão por todo o cuidado e carinho a mim devotados, que se evidenciaram nos esforços em me fornecer uma boa formação profissional e pessoal. Ao meu pai, Diogo, exemplo de homem honesto, dedicado e paciente, pelos ensinamentos constantes, inclusive por me fazer insistir em meus objetivos e me dar confiança, a quem dedico o meu mais puro amor. Ao meu irmão, Ivan, por sua inteligência, dedicação, humildade e força de vontade, virtudes que me inspiraram desde criança. À minha avó, aos meus tios e primos, em especial à Bárbara, pelas palavras de incentivo e consolo sempre necessárias.

Aos meus verdadeiros amigos, os quais, por sorte minha, são assaz numerosos que me impedem de citá-los detidamente. Por se fazerem presentes em cada momento de minha vida, denotando um carinho imensurável e apoio incondicional em relação aos meus planos. Sem vocês e a confiança depositada, pouco teria força para colher os frutos semeados.

Destaco, dentre eles, os que me ajudaram de forma direta na concretude deste trabalho. À Ana, amiga fiel e preciosa, obrigada pelos conselhos constantes; ao Davi Oliveira, pelo ombro amigo e companheirismo; à Hayanne, grande amiga de longínquos tempos, exemplo de dedicação, com a qual tenho a sorte de compartilhar momentos diários, aprendizados e ideias; à Marina, amiga de infância, um membro de minha família, por me instigar a concretizar os meus objetivos assim como faz com os seus; e à Raquel, amiga que ganhei desde o começo da faculdade, a qual sempre depositou confiança em mim, incentivando-me com palavras e atitudes, a quem sou

muito grata. Aos companheiros da Faculdade de Direito (Pedro Jorge, Alene, Marília, Kinjo, Lara, dentre outros) por compartilharmos sonhos, alegrias e dificuldades.

À Justiça Federal do Estado do Ceará, pelos quase dois anos de estágio, nos quais muito aprendi. Ao Dr. Francisco Luís Rios Alves, juiz titular da 32ª Vara, por ser um profissional, íntegro, justo, dedicado, em quem intento espelhar-me e a quem devo muito do pouco que sei sobre Direito hoje, gratidão tenho eu pela confiança depositada e pelas recomendações ofertadas; ao James Maxwell Costa Freire, diretor de secretaria, por prestar conselhos e diluir minhas dúvidas no âmbito profissional, pessoa altiva, com a qual tive o prazer de conviver; aos demais servidores da Turma Recursal e da 32ª Vara Federal, que sempre se mostraram solícitos comigo.

À Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará, pelos seis meses de estágio, de muita valia e conhecimento. À Dra. Maria Jacqueline Faustino de Souza, titular da 2ª Promotoria Cível, pelos ensinamentos pessoais e jurídicos oferecidos, por sua solicitude, dedicação e pela confiança depositada em mim; à Dra. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves, pelo exemplo de mulher e promotora, sempre dedicada e prestativa.

Ao meu orientador, Professor e Coordenador William Paiva Marques Júnior, pela prontidão em aceitar orientar-me e pelos ensinamentos prestados, durante esse período de monografia, que não se cingiram apenas ao âmbito deste trabalho. Obrigada por ter sempre me acolhido com alegria, sorrisos e conversas, ainda que sua jornada diária fosse árdua. Sem dúvidas, a Faculdade de Direito precisa de mais profissionais como você, solícitos e empenhados no que faz.

Aos mestres da Faculdade de Direito (Profª Janaína Noleto, Maria José Fontenele, Tarin Mont'Alverne, Uinie Caminha e Profº Falcão, Macedo, Carlos Cintra, Sérgio Rebouças, dentre outros), que me engrandeceram com seus ensinamentos. Ao Professor Raul Carneiro Nepomuceno, exemplo de professor, pela didática ao lecionar, clarificando muitos pontos do direito (do Administrativo ao Penal), com a tenacidade, solicitude e seriedade necessária a um grande profissional, representativo, indubitavelmente, de um dos melhores professores que já tive.

Aos membros da minha banca, ao Professor Raul e à Professora Gretha. Agradeço, sinceramente, por aceitarem, sem hesitar, o convite para compô-la, passando a engrandecer meu trabalho, pelos quais tenho admiração e carinho.

E a todas as pessoas que, indiretamente, contribuíram para quem sou hoje, seja com grandes ensinamentos ou meras palavras e atitudes.

*“Não há lugar para a sabedoria onde
não há paciência” (Santo Agostinho)*

RESUMO

Objetiva-se averiguar a possibilidade de o agente público figurar no pólo passivo da demanda indenizatória, decorrente da responsabilidade civil do Estado, instituto previsto no Art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O dispositivo constitucional fomenta muitas discussões a respeito do tema, visto que a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas em afirmar a legitimidade passiva do agente público na demanda proposta pela vítima do evento danoso. Com efeito, ao analisar a norma, pairam dúvidas a respeito da obrigatoriedade de propor a demanda unicamente contra o Estado ou da necessidade direta de responsabilização do agente público. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), amparado pela doutrina majoritária, entende que a vítima do evento danoso tem a faculdade de promover a ação judicial em face do agente público, do Estado ou de ambos, em litisconsórcio passivo. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende de modo diverso, consagrando a teoria da dupla garantia, uma em favor do particular, o qual somente pode açãoar o Estado, e outra em prol do agente público, que somente pode ser demandado pela pessoa jurídica a qual está vinculado, em sede de ação regressiva. Entende-se que o precedente do STJ deve prevalecer, por proporcionar uma maior garantia ao lesado, além de responsabilizar o agente público pelos danos causados dolosa e culposamente, nos moldes interpretativos e no contexto histórico do preceptivo voltado à responsabilidade civil do Estado, em obediência estrita ao dever da boa administração.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Ação indenizatória. Agente público. Legitimidade passiva.

ABSTRACT

Aims to investigate the possibility of the public servant figure as defendant in the indemnification demand, arising from the civil liability of the state, institute referred in Art. 37, § 6 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. The constitutional rules foments so much discussion on the theme, since the doctrine and jurisprudence aren't in unison by affirm the legitimacy passive of the public servant in demand proposed by the victim of the damaging event. Indeed, when analyzing the rule there are doubts about the obligation to propose demand only against the State or the direct need to make responsible the public servant. The Superior Court of Justice (STJ), supported by the majority doctrine, understands that the victim of the damaging event has the power to promote the lawsuit against the public servant, the state or both. For its part, the Federal Supreme Court (STF) believes differently, consecrating the theory of double guarantee, in favor of one particular, which can only sue the state, and another for the public servant that can only be sued by legal entities which is bound, in the seat of regressive action. It's understood that the precedent of the Supreme Court must prevail, by providing greater guarantee to the victim, as well as to make responsible the public servant for the damage caused willful and guiltily, in the interpretative patterns and in the historical context of the norm that treat to the civil liability of the State, in strict obedience to duty of good administration.

Keywords: Administrative Law. Civil Liability of the State. Indemnification action. Public servant. Legitimate passive.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO EM FACE DE ATO COMISSIVO PRATICADO PELO AGENTE PÚBLICO.....	15
2.1 Análise inicial: evolução história e correntes fundamentais.....	16
2.1.1. <i>Teoria da irresponsabilidade do Estado</i>	16
2.1.2 <i>Teoria civilista da culpa</i>	18
2.1.3 <i>Teorias publicistas</i>	20
2.1.4 <i>Panorama jurídico brasileiro</i>	22
2.2 Responsabilidade objetiva do Estado: a teoria do risco administrativo	23
2.3 Ação indenizatória ajuizada pelo lesado em face do Estado	25
2.4 Ação regressiva proposta pelo Estado contra o agente causador do dano.....	30
2.5 A teoria da dupla garantia: fundamento legal, doutrinário e análise do entendimento do STF	34
3 O SUJEITO PASSIVO DA DEMANDA INDENIZATÓRIA DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	37
3.1 Contexto principiológico	38
3.1.1 <i>Princípio da duração razoável do processo e da celeridade processual</i>	39
3.1.2 <i>Princípio da lealdade ou boa-fé processual.....</i>	40
3.1.3 <i>Princípio da economia processual</i>	41
3.2 Denunciação da lide ao agente público	42
3.3 Litisconsórcio passivo.....	48
3.4 Lei nº 4898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).....	51
3.5 A possibilidade de o agente público ser demandado individualmente.....	52
4 A HERMENÊUTICA DO ART. 37, § 6º, NO QUE TANGE À LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO NA DEMANDA INDENIZATÓRIA	56
4.1 Os princípios da interpretação constitucional.....	57
4.2 Os deveres do agente público.....	59
4.3 O princípio da eficiência da Administração Pública como elemento justificador da responsabilidade pessoal do agente	63
4.4 A interpretação mais condizente com o sentido da norma garantista em análise.	66
4.5 Análise do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013..	70
4.6 Aparente divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF	73
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	76
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado perpassou por diversas fases no decorrer de sua evolução histórica, representativas da busca por uma garantia à vítima do evento danoso, no sentido de reparar, de forma justa e necessária, o dano sofrido por um ato ou uma omissão da Administração Pública.

Após diversas evoluções teóricas no curso da história do Direito Administrativo Brasileiro, passando da irresponsabilidade total do Estado à sua integral responsabilidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabeleceu, em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade civil objetiva (extracontratual ou aquiliana) do Estado por ato praticado por agente público no exercício de suas funções.

Tal dispositivo constitucional resguarda ao particular lesado a propositura da demanda reparatória diretamente contra o Estado, o qual deverá indenizá-lo, independentemente de dolo e culpa, em razão do dano ocasionado. Assegura-se, portanto, à vítima a possibilidade de açãoar o responsável mais solvente, na medida em que este é, indubitavelmente, detentor de mais recursos financeiros que o servidor público.

Privilegiou-se o particular, já que o ajuizamento contra o agente público, diretamente, demandaria a análise do elemento subjetivo, qual seja, o dolo ou a culpa, dilatando a instrução probatória, em negligência ao direito da vítima de se ver resarcida de maneira rápida e eficaz.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em acórdão exarado no ano de 2006, entendeu, ao interpretar o dispositivo constitucional em comento, que o legitimado passivo na ação reparatória é unicamente o Estado, sustentando a teoria da dupla garantia.

Consagra a teoria da dupla garantia o entendimento de que o particular apenas pode propor a ação indenizatória contra o Estado e, do mesmo modo, somente o ente estatal pode ingressar contra o agente público, nos termos da Lei nº 8.112/90 (ação regressiva), retirando, pois, a faculdade de o particular ajuizar a demanda diretamente contra o agente.

Sucede que, apesar da maior solvência do Estado em relação à vítima, há efetiva demora na prestação jurisdicional, na medida em que o pagamento é feito por meio de precatórios (Art. 100 da CRFB/88), não tendo a demanda reparatória prioridade

sobre qualquer outra, além das diversas prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo.

Assim, uma ação indenizatória instaurada em face do Poder Público delongaria bem mais tempo que uma no âmbito privado, sendo a situação representativa de um óbice ao próprio intento do particular lesado, qual seja, a indenização pelos danos lhe causados.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), recentemente (2013), estendeu a legitimidade passiva, na demanda reparatória, ao agente público, entendendo que o Art. 37, § 6º, da CRFB/88, por encerrar uma garantia ao lesado, não pode ser interpretado de forma restritiva. Destarte, de acordo com tal precedente, tem o lesado a faculdade de açãoar o agente público, o Estado ou ambos, em litisconsórcio passivo facultativo, em face de um ato eivado de dolo ou culpa por aquele praticado.

A controvérsia jurisprudencial em comento já existia no âmbito doutrinário e ocasiona diversas interpretações jurisprudenciais da norma, levando em conta a efetividade do dispositivo constitucional, o qual, em tese, deve ser interpretado, de forma sistemática, congruente com o ordenamento jurídico pátrio e com o sistema de garantias concernentes aos indivíduos lesados, sob pena de virar letra morta.

Intenta-se desenvolver uma pesquisa monográfica que discuta a interpretação do artigo com o objetivo de consagrar à vítima a faculdade de optar pelo provimento que lhe seja mais útil, em detrimento da proibição defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a qual restringe o direito do lesado de escolher quem açãoar. É que, em assim sendo, o lesado teria um maior amparo em seus direitos, quando estes são tolhidos.

Feitas tais considerações, o presente trabalho apresenta uma estrutura organizacional pautada em capítulos, desenvolvendo a temática por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No capítulo um, procurar-se-á conceituar a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por servidor público no exercício de suas funções, traçando um perfil histórico desta no direito brasileiro e as influências do direito estrangeiro até os tempos atuais bem assim os mecanismos a serem buscados ao resarcimento do dano, apresentando como o dispositivo constitucional que trata da responsabilidade é hoje visto no STF.

No capítulo dois, será feita uma análise do sujeito passivo da demanda indenizatória, abordando os institutos da denunciação da lide e da intervenção de

terceiros, à luz dos princípios do direito processual, no sentido de dar uma melhor interpretação à norma constitucional em comento.

Por fim, no capítulo três, estudar-se-á, de forma congruente e sistemática, a hermenêutica do Art. 37, § 6º, da CRFB/88 e far-se-á uma análise jurisprudencial, comparando o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no esteio de analisar as consequências das interpretações ao lesado e de sugerir, ao final, uma interpretação que dê maior efetividade ao dispositivo em questão, em obediência aos princípios do Direito Administrativo bem assim às garantias individuais que regem o ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, por representar uma especial importância às relações jurídicas atuais, bem assim por haver uma grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista serem os danos causados aos particulares recorrentes por ato praticado pelo Estado, a preocupação com a eficiência do serviço público crescente e a necessidade de responsabilização cível do agente público, vê-se indispensável analisar o artigo em apreço, posicionando-se, ao final, quanto à melhor solução cabível.

2 RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO EM FACE DE ATO COMISSIVO PRATICADO PELO AGENTE PÚBLICO.

Inicialmente, a ideia de responsabilidade, de forma geral, é norteada por uma lesão a um determinado bem jurídico, perpetrada por um comportamento omissivo ou comissivo, independentemente de quem componha a relação jurídica, que enseja um dever de reparação ao indivíduo lesado. Isto porque:

...um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo¹.

Do mesmo modo, o Estado, atuando como executor dos serviços públicos, por meio de seus agentes, deve pautar suas condutas de forma a garantir maior efetividade ao interesse público, sendo, portanto, igualmente a todos os demais partícipes de uma relação jurídica, e especialmente, por ser este o gerador da relação jurídica entre Estado e administrado, sujeito de direitos e obrigações.

De fato, a responsabilidade do Estado:

...é uma consequência lógica, inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito².

Tal responsabilidade estatal detém natureza civil na medida em que o seu fato gerador consubstancia um dever de indenização, afeto, portanto, ao ramo das relações privadas, diversamente do que ocorre com a responsabilidade penal e administrativa, em que aquela se relaciona com um ilícito penal praticado por determinado agente e esta na desobediência a uma norma administrativa. Nesse sentido:

..entende-se a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais...³.

Diferencia-se, ademais, a responsabilidade extracontratual da contratual. A primeira se refere à conduta praticada pelo Poder Público, quando do exercício de suas atividades estatais, enquanto a segunda faça menção à atuação do Estado como

¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1011.

²*Ibidem*, p. 983.

³CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012. P. 11.

contratante, ou seja, quando a Administração pactua algum objeto com outrem, em benefício da coletividade, o qual gera ao contratado algum dever de reparação.

De se ver, portanto, que, como sujeito da relação jurídica que o Estado é, em relação aos administrados, este deve responder patrimonialmente, caso haja danos em razão do exercício de alguma atividade estatal.

2.1 Análise inicial: evolução história e correntes fundamentais

Como regra, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado compõe-se de três dimensões, quais sejam: o Estado, o lesado e o agente estatal.

Inspiradas no direito francês, diversas teorias explicativas surgiram para delinear o quadro histórico evolutivo da responsabilidade estatal, iniciando-se com a isenção total do Estado em relação aos danos causados pelos seus agentes, na forma comissiva, culminando, no estágio atual, qual seja, a fase da responsabilidade objetiva:

...a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução de seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo à teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo⁴.

Atualmente, no patamar mais avançado da responsabilidade estatal, o erário se responsabiliza patrimonialmente pelas condutas que seus agentes causarem a terceiros, de forma objetiva, no sentido de fornecer ao particular uma maior garantia em relação aos danos que lhes forem gerados.

2.1.1. Teoria da irresponsabilidade do Estado

Vigorava, na origem do Direito Público, à época do absolutismo (“*the king can do not wrong*” ou “*le roi ne peut mal faire*”), a teoria da irresponsabilidade do Estado. Influenciado pelo próprio conceito de Estado, naquele período, qual seja o de poder despótico, ente todo-poderoso, prevalecia a ideia de que o Poder Público não

⁴ DUEZ, Paul, 1926 *apud* CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 17.

detinha qualquer responsabilidade pelos atos perpetrados por seus agentes, quando estes agiam na condição de Estado:

Resguardava-se assim o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças⁵.

Com efeito, o Estado era impassível de cometer erros, por ser um ente soberano, dotado de poderes que o tornava inigualável aos demais indivíduos, bem assim norteado pelo alcance do interesse público, não sendo inerente a sua própria condição o cometimento de qualquer ato ilícito, como ocorria nas demais relações jurídicas entre particulares.

Assim, de acordo com tal premissa, apenas o funcionário público respondia subjetivamente quando havia a prática de determinado ato ilícito causador de danos ao particular, não sendo salvaguardada a responsabilidade estatal.

Observe-se que, à época, “não se justifica a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado e que, em consequência, os atos destes devam ser tidos como atos de Estado; este só é representado pelo chefe do governo”⁶.

De fato, a teoria da imputação volitiva, na qual o agente público, quando age nessa qualidade, realiza a vontade do Estado, ainda não prevalecia, especialmente pelo fato de apenas o rei, chefe do Poder Executivo, representar os anseios da figura estatal.

Em meados do século XIX, a teoria da irresponsabilidade já não mais se sustentava firmemente, tendo em vista a solidificação de um novo conceito de Estado, qual seja, o de Estado de Direito, em que este passou a ser sujeito de direitos e obrigações, em relação aos particulares:

...pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade⁷.

⁵CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012. P. 19.

⁶*Ibidem*. P. 20

⁷*Ibidem*. P. 21/22

Com isso, impulsionada pelo reconhecimento do Estado como partícipe de uma relação jurídica, a ideia de responsabilidade estatal foi ganhando força, “embora os Estados Unidos e a Inglaterra ainda a adotasse até 1946 e 1947, respectivamente”⁸.

2.1.2 Teoria civilista da culpa

Como forma de transição da ausência total de responsabilidade do Estado para o início de sua responsabilização, houve a abordagem da teoria civilista, no âmbito do Direito Administrativo, delineando a ideia de responsabilidade subjetiva.

Ensina Weida Zancaner que “...o que notabiliza a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado é a noção de culpa, podendo-se mesmo dizer que, na teoria subjetiva, a ocorrência de culpa é fundamental para a imputação da responsabilidade”⁹.

Assim é que um ato ilícito perpetrado por determinado agente público, a título de dolo ou culpa, que, descumprindo um preceito normativo, violasse o direito subjetivo de outrem, ensejaria ao lesado uma indenização por parte do Estado.

Fixou-se, de início, a distinção entre dois tipos de atitude estatal: atos de império e atos de gestão.

Os atos de império eram aqueles praticados com as prerrogativas inerentes à qualidade de ente garantidor do interesse público, dotado de autoexecutoriedade e coercibilidade. Assim é que tais atos não ensejavam a indenização do particular. Ensina Cahali:

Em condições tais, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insusceptíveis de gerar direito à reparação¹⁰.

Os atos de gestão, por sua vez, seriam os praticados pela Administração em um patamar de igualdade com os particulares, “para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum”¹¹.

⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7^a Ed. São Paulo: RT, 2003. P. 394.

⁹ ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 23

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012. P.20.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 609.

Desse modo, quando o Poder Público praticasse atos de gestão responderia subjetivamente, devendo ser averiguado o dolo ou a culpa na realização da conduta, já que perpassado pelo Direito Civil, em estrita igualdade ao particular.

Observe-se que tal fase representou uma pequena evolução em relação à anterior, na medida em que isentava a responsabilidade de certos atos praticados pelo Estado, demonstrando, ainda, existirem resquícios da teoria da irresponsabilidade.

Consagrou-se, posteriormente, a responsabilidade do Estado, em razão de todos os seus atos, baseada na culpa individualizada como elemento subjetivo apto a ensejar a indenização do particular, à semelhança do que ocorre no âmbito da responsabilidade civil entre particulares, em que o direito ao ressarcimento estaria intimamente ligado à aferição de dolo ou culpa, por parte do ente estatal.

Contudo, de modo a contornar as dificuldades que a individualização da culpa teria frente à responsabilidade civil do Estado bem como a aferição da conduta do agente, passou-se a expandir o conceito de representante e representado.

Leciona Cahali, ainda, que, amparada nos conceitos defendidos no âmbito do Direito Civil, de forma a reconhecer a responsabilidade do Estado, passou-se a fazer uma alusão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro, a exemplo das figuras do empregador/empregado¹².

De acordo com Weida Zancaner, “a doutrina civilista alargou, pois, seu entendimento, acerca da representação fazendo com que o preponente fosse presumidamente culpado pelo ato de seu preposto”¹³.

Ainda assim, existia uma relevante discrepância entre o Poder Público e o administrado, tendo em vista tal responsabilidade civilista pelo fato de outrem ser indireta, ou seja, o responsável pelo dano é pessoa diversa do ente causador da lesão.

Mesmo que tal teoria houvesse representado um grande passo para o início da responsabilização estatal, passou a perder espaço, pois não conseguiu sanar os problemas oriundos da responsabilidade estatal, os quais demandaram uma maior participação do Estado, de modo direto, para garantir o direito subjetivo do lesado.

Em verdade, “não se pode equiparar o Estado, com seu poder e privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas”¹⁴.

¹² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012. P.23.

¹³ ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 25

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 644.

2.1.3 Teorias publicistas

No intuito de proteger o lesionado, considerado o pólo mais fraco da relação jurídica, tendo em vista a disparidade com o Poder Público, o qual era permeado por poderes e prerrogativas, consagraram-se as teorias da responsabilidade de acordo com os princípios norteadores do Direito Público, olvidando-se dos ideais civilistas.

O norte precursor do ideal de responsabilidade do Estado, baseada no direito público, decorre da jurisprudência francesa, com o caso Blanco, no qual se decidiu, após uma criança ser atropelada por uma vagonete da Companhia de Fumo da França, que a responsabilidade estatal não poderia ser conduzida pelo direito privado na medida em que se submete a regras e institutos diferentes deste.

Ensina Zancaner:

A extensão da teoria subjetiva aos casos em que era extremamente difícil ou impossível a identificação do agente responsável foi criação jurisprudencial do Conselho de Estado francês, através do *arrêt Blanco* de 1873. Este caso foi o que deu origem a uma forma singular de responsabilidade estatal, qual seja a falta do serviço¹⁵.

A partir daí, surgiram diversas teorias para justificar a desigualdade entre o Poder Público e o particular, apta a ensejar a responsabilidade aquiliana do Estado (extracontratual), isenta da análise do elemento subjetivo individualizado que pautava a doutrina civilista.

Nesse esteio, de acordo com a teoria da culpa administrativa ou culpa anônima, baseada na doutrina francesa da *faute du service*, bastava, para a configuração do dever de reparar, que se comprovasse o mau funcionamento do serviço público.

Caracteriza-se a falta do serviço quando “os agentes responsáveis pelo procedimento faltoso, irregular ou tardio não puderem ser individualizados, restando, porém, a possibilidade de imputação ao responsável pela organização do serviço que, no caso destas faltas, é o Estado”¹⁶.

Com efeito, o Estado tem o dever de fornecer o serviço público de forma efetiva e com qualidade, na medida em que representa o ente maior do interesse da sociedade e detém prerrogativas para cumpri-las, não devendo escusar-se do cumprimento de seus deveres, sob pena de responsabilização.

¹⁵ ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 26.

¹⁶ *Ibidem*, p. 28

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da teoria da culpa administrativa que: "...a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravio dos administrados"¹⁷.

Assim, o dever de reparar do Estado, em virtude da má-prestação de seus serviços, caracteriza a teoria da culpa anônima, culpa esta que, apesar de se enquadrar na teoria subjetiva, não é considerada individualmente, como a culpa pessoal do direito civil, mas aquela decorrente de uma anormalidade do serviço público. Essa teoria predomina hoje no direito brasileiro, em relação aos atos omissivos praticados pelo Estado.

A outra corrente publicista, de modo a tutelar os direitos dos lesados ao intentar o ressarcimento, consigna a teoria objetiva a qual se apartou "...do dogma da culpa, fazendo ver que não era a culpa elemento primordial para a imputação de responsabilidade ao Estado"¹⁸. Desta feita, "...a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado"¹⁹.

A teoria do risco administrativo, sendo esta concepção assim denominada em virtude de a atuação estatal envolver determinada ameaça aos direitos dos administrados, consagra o último estágio da responsabilidade estatal, o qual independe da demonstração de culpa para caracterizar o dever de indenizar.

Decerto, tal teoria, em respeito ao princípio da equidade, funda-se na responsabilidade objetiva, bastando que o lesado comprove o nexo causal entre o fato e o dano que lhe foi ocasionado para ensejar a responsabilidade extracontratual.

Nesse diapasão, deve-se fazer distinção entre o risco integral e o risco administrativo. Neste, o nexo causal pode ser rompido por meio das causas excludentes de responsabilidades (caso fortuito/força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro) conquanto naquele não haja a incidência de qualquer causa excludente, como ocorre, excepcionalmente, no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a teoria do risco integral é albergada no direito positivo brasileiro em dois casos: danos nucleares, nos termos do Art. 21, inciso XXIII, alínea

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1021.

¹⁸ ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 29.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 610.

“d”, da CRFB/88, e nos provenientes de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra empresas aéreas brasileiras, nos moldes da Lei nº 10.309/2001 e Lei nº 10.744/2003²⁰. Sendo assim, existente o evento danoso nesses casos, o erário responde integralmente, sem qualquer incidência das excludentes de responsabilidade supracitadas.

2.1.4 Panorama jurídico brasileiro

No âmbito do direito brasileiro, concernente à aplicação da teoria da irresponsabilidade, destaca-se a lição de Amaro Cavalcanti:

...no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso menos certo que esse responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares...²¹

Com efeito, ainda que não houvesse previsão legal, a doutrina e jurisprudência da época eram assentes no sentido de consagrar a responsabilidade civil do Estado, em detrimento da teoria da irresponsabilidade.

Por sua vez, as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891, com dispositivos equivalentes, legitimavam a responsabilidade dos funcionários públicos pelos abusos e omissões praticados por estes no exercício da função. Tal fato, entretanto, não excluía a responsabilidade estatal, apenas tornava-a solidária com a de seus agentes.

O Código Civil de 1916, em que pese alguns doutrinadores interpretarem a norma no sentido de prenunciar a responsabilidade objetiva, consagrava a necessidade de se comprovar a culpa individualizada, assentando, portanto, a responsabilidade subjetiva do Estado.

As Constituições de 1934 e 1937 não alteraram, em muito, o panorama anterior, tendo sido a Constituição de 1946 a responsável por introduzir no ordenamento jurídico pátrio a ideia da responsabilidade objetiva.

A partir de então, as posteriores cartas magnas passaram a praticamente reproduzir o mandamento legal, consagrando, por completo, a evolução da

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 610, p. 612.

²¹CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias, t. II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, p. 617.

responsabilidade civil do Estado à objetiva, de forma a garantir ao lesado uma maior efetividade no ressarcimento do dano que lhe foi ocasionado.

Nesse sentido, é que o teor do dispositivo previsto no Art. 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²² consagra a teoria do risco administrativo, na qual o Estado responde objetivamente pelos danos causados ao particular. O texto constitucional, por sua vez, foi reproduzido integralmente no Art. 43 do Código Civil de 2002.

2.2 Responsabilidade objetiva do Estado: a teoria do risco administrativo

A responsabilidade objetiva do Estado foi normatizada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), no Art. 37, § 6º, o qual predispõe 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.

Observe-se que a norma constitucional visou salvaguardar os interesses do administrado, que representa o pólo mais fraco da relação jurídica ressalvando ao lesado a garantia da responsabilidade objetiva. Com isso, há responsabilidade estatal, independentemente da conduta ilícita perpetrada pelo agente público ter sido efetuada com dolo ou culpa.

Com efeito, o Estado, por ser dotado de prerrogativas e poderes inerentes ao alcance do seu primordial objetivo, qual seja, o interesse público, enquadra-se como o ente mais forte, em relação ao administrado, havendo uma desigualdade entre ambos, compensada esta pela garantia da responsabilidade objetiva.

O indivíduo, apesar de possuir diversos direitos perpassados na Constituição da República Federativa do Brasil é, de fato, subordinado, econômica e politicamente ao ente estatal, justificando a garantia da responsabilidade objetiva, conforme ensina Carvalho Filho²³. Leciona o mesmo doutrinador:

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco

²²Constituição Federal: “Art. 37(...)”

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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”.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 546

maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado²⁴.

Decerto, essa teoria baseia-se no risco que a Administração, em decorrência de suas atividades, gera ao particular. Nesse sentido, de modo a sopesar a desigualdade política e econômica bem como resguardar a efetividade do princípio da isonomia, a norma garante ao administrado a propositura da ação indenizatória sem se aferir, em sede de instrução, o dolo ou a culpa, quando da realização da conduta.

Assim, existente o nexo de causalidade entre o fato e o dano, o erário deve arcar com a indenização, sendo a reciprocidade social e a equidade os frutos de tal teoria, os quais “...por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos”²⁵.

Como as atividades são realizadas em prol de toda a sociedade, esta, por meio da Fazenda Pública, deve arcar com os encargos e as despesas decorrentes da realização ou má condução dos serviços, em respeito ao princípio da solidariedade social.

A teoria do risco administrativo consiste na “...obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado”²⁶.

De se ver que não é qualquer fato, *per si*, praticado pelo agente danoso, apto a gerar indenização, devendo existir o nexo de causalidade, a ser elucidado pelo administrado e especialmente que o agente tenha agido na condição de Estado. “Trata-se de questão de fato, a ser investigada em cada caso concreto, de modo que, demonstrado o referido nexo, surge a obrigação de indenizar, sendo indevida esta se ausente a demonstração”²⁷.

Destarte, a ponderação acerca do elemento subjetivo, bem assim da licitude ou ilicitude na conduta cometida é prescindível, uma vez que a conduta ter ocasionado o dano já enseja o dever de responsabilização, sendo tal ônus ao erário justificado, pelo fato de a atividade estatal, por si só, gerar riscos à sociedade.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 546

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 644.

²⁶ *Ibidem*, p. 645.

²⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p.42.

Não se pode olvidar que tal teoria comporta algumas causas excludentes de responsabilidade (força maior, culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros), as quais atingem diretamente o nexo causal, em detrimento de, em assim não ocorrendo, reduzir, drasticamente, o erário, e prejudicar, por conseguinte, o interesse público. Pondera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível²⁸.

Com efeito, as causas excludentes de responsabilidade nada são do que circunstâncias que rompem o nexo causal, ou seja, desfiguram um dos elementos primordiais à premissa da responsabilidade objetiva do Estado. Cite-se, por exemplo, o caso de um raio atingir determinado bem público, ocasionando diversos danos estéticos e patrimoniais a alguns administrados. Por óbvio, o dano gerado não foi ensejado por uma conduta da Administração, mas sim por um evento da natureza, sendo indevido o dever de responsabilidade estatal.

Por seu turno, as concausas e a culpa concorrente da vítima, conquanto não gerem o rompimento do liame causal, contribuem para a conduta perpetrada pelo poder público, gerando um compartilhamento dos riscos. Alude Cahali:

A se entender de outro modo, estaria sendo extravasado o limite da responsabilidade objetiva, imputando-se à Administração uma responsabilidade resarcitória fora dos parâmetros da causalidade e em desproporção da atividade administrativa concorrente na verificação do dano²⁹.

Conclui-se, portanto, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem, em relação ao lesado, de forma objetiva, pelos danos que lhe foram ocasionados, sendo imprescindível a demonstração do nexo causal entre a conduta perpetrada e o efetivo prejuízo.

2.3 Ação indenizatória ajuizada pelo lesado em face do Estado

Inicialmente, destaque-se que, além do Estado, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como as empresas públicas e as

²⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1042.

²⁹CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 61.

sociedades de economia mista bem assim as concessionárias que efetuam atividades voltadas ao interesse público podem figurar no pólo passivo da demanda de indenização.

O mandamento normativo, previsto no art. 37, § 6º, da CRFB/88 implica no ônus da responsabilidade civil objetiva do Poder Público. Tal responsabilidade, em decorrência de ato comissivo praticado por servidor público, fornece ao particular lesado a vantagem de apenas demonstrar o liame entre o dano gerado e o fato ocasionador da situação danosa.

De fato, “evidenciado o liame causal, não há necessidade de ser provada a culpa do agente da entidade pública, que, de resto, ou se presume, ou mesmo se apresenta como irrelevante quando se cuida de dano injusto”³⁰.

Nas demandas em geral, como regra, incumbe ao autor a demonstração do fato constitutivo de seu direito, de acordo com o que predispõe o Art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro³¹.

Um dos pressupostos da responsabilidade objetiva dada ao particular é que o ônus probatório, qual seja, na hipótese estudada, a prova cabal de que um ato da Administração Pública gerou um dano ao particular, inverte-se, na medida em que a demonstração do liame entre a conduta e o evento danoso presume a falha estatal, devendo este alegar a não existência desta. Pondera José dos Santos Carvalho Filho:

A questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência do dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano³².

Desse modo, para que a Fazenda Pública se isente de indenizar o particular por eventual dano que lhe é ocasionado, ela deve demonstrar, de forma inequívoca, os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do lesado, seja no que tange à ausência do fato e do dano ou ao rompimento do nexo causal.

³⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 191.

³¹ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual acrescenta ao dispositivo a ressalva do ônus da prova com base nos poderes do juiz, como no caso das inversões no âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, *in verbis*: Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 13/8/2014.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 555

Assim é que o Poder Público “não tem que provar que não é culpado; prova apenas que o culpado é a vítima”³³. Acrescente-se à vítima, um evento da natureza, por exemplo, apto a desconstituir o nexo causal.

Impende ressaltar, concernente ao liame de causalidade que o Estado, quando demandado em juízo, de maneira a atingir a pretensão indenizatória, deve evidenciar as causas excludentes de responsabilidade (força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro), cujas detêm o condão de desconstituir o nexo causal entre o dano e a conduta da Administração.

Leciona Hely Lopes Meirelles acerca do dever de reparação do ente público:

Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial reparte-se o *quantum* da indenização³⁴.

Com efeito, a culpa concorrente da vítima elucida que a conduta danosa não foi perpetrada por ato exclusivo do Poder Público, o que representaria, se os riscos fossem assumidos de modo interino pelo ente estatal, uma afronta ao princípio da isonomia.

Da mesma forma, as concausas, consideradas aquelas que juntamente a uma excludente, geram o dano, a exemplo de um ato comissivo do Poder Público realizado em concomitância com um evento da natureza, ensejam uma redução no *quantum* reparatório, na medida em que houve contribuição decisiva para o evento danoso.

Por demonstrar que o ato danoso não decorre de forma exclusiva pelo Poder Público, há uma quebra, não integral, do nexo de causalidade entre o fato e o dano, fazendo com que a pretensão indenizatória não seja atingida nos moldes do requestado pelo particular.

De se ver, destarte, que os pressupostos da responsabilidade objetiva, de fato, permitem ao lesado uma vantagem, se comparada à subjetiva, em que, obrigatoriamente, deve o administrado provar a existência de dolo ou culpa.

Outro ponto relativo à ação indenizatória é no que concerne à condenação do agente que perpetrhou o dano na esfera penal. Deve-se observar que tal fato não influ

³³ ZANCANER, Weida. Da **responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 70.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 654.

no dever de indenização ou não do Poder Público, nos ditames do Art. 63 do Código de Processo Penal³⁵.

É que a sentença condenatória imputando pena ao servidor público alude a uma relação jurídica diversa da estabelecida na ação de indenização decorrente de responsabilidade civil, se esta for intentada contra o Estado.

De fato, o Poder Público não faz parte do pólo passivo da ação condenatória bem assim esta se trata de ação penal, na qual se é aferida uma conduta ilícita individualizada em relação a determinado agente.

Com efeito, somente se admite o aproveitamento da condenação penal por negação de autoria ou materialidade do fato, se for “dirigida a pretensão indenizatória diretamente contra o funcionário faltoso; não, porém, quando dirigida esta contra a Administração Pública”³⁶.

Por outro lado, não se pode olvidar, o fato de o ente estatal deter diversos bônus, como as prerrogativas processuais destinadas à Fazenda Pública no atual ordenamento jurídico brasileiro, o que denota ao particular algumas desvantagens.

Mencione-se que os pagamentos decorrentes de decisão judicial submetem-se a um procedimento especial de execução contra a Fazenda Pública, o sistema de precatórios, previsto no Art. 100 da CRFB/88³⁷.

Isto porque os bens públicos são dotados de um regime jurídico próprio, dentre o qual se destaca a característica da impenhorabilidade, ou seja, no processo de execução de qualquer dívida decorrente de demanda judicial, os bens do Estado não poderão sujeitar-se à penhora.

De acordo com o mandamento constitucional, ao haver condenação de determinado ente de direito público a alguma espécie de obrigação de dar quantia, expedem-se comunicações, no sentido de incluir verba suficiente a satisfazer os precatórios apresentados até o primeiro dia do mês de julho, na previsão orçamentária do exercício seguinte.

³⁵ Art. 63, CPP. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

³⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 190.

³⁷ Art. 100, CRFB/88. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (...)

A partir daí, observar-se-á uma ordem cronológica de apresentação dos precatórios, que deverá ser obedecida estritamente, por parte do Presidente do Tribunal, responsável por ordenar o pagamento, de acordo com o disponível em caixa.

De fato, “nota-se que a situação do credor de condenação judicial do Poder Público é extremamente dura, pois o tempo que levará para receber pode variar, *se for obedecida a Constituição*, de 18 a 30 meses”³⁸.

O mecanismo, portanto, é bastante burocrático e lento, tendo em vista estar sujeito a um prazo razoavelmente grande e a uma elevada gama de condenações sofridas pela Fazenda Pública, fazendo com que a efetividade das demandas reparatórias seja mínima.

Em verdade, o Poder Público, muitas vezes, descumpre até mesmo o predisposto na Constituição, alargando os prazos que já são avultados. Em que pese tal fato ensejar uma intervenção federal, há centenas de pedidos nesse sentido que nunca foram atendidos e com isso “a responsabilidade do Estado no âmbito de inúmeros Estados e Municípios possui um indubioso caráter de ficção”³⁹.

Ademais, como exemplo de outras prerrogativas processuais tidas pelo Poder Público, pode-se citar o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, previsto no art. 188, do Código de Processo Civil (CPC)⁴⁰ bem como o reexame necessário nas condenações que imputam algum débito à Fazenda Pública, tal como previsto no Art. 475, inciso I, do Código de Processo Civil⁴¹.

³⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1024.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰Art. 188, CPC. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual, apesar de estipular o prazo em dobro para qualquer manifestação da Fazenda Pública não reduzirá suas prerrogativas, *in verbis*: (Art. 106): *A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8-046-11> Acesso em: 14/8/2014.

⁴¹ Art. 475, CPC. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público. *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual modifica o valor da condenação que não se aplicará o reexame necessário que antes era somente de sessenta salários mínimos, *in verbis*: (Art 483): § 2º *Não se aplica o disposto neste artigo sempre que o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica em discussão for de valor certo inferior a: I – mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim para as capitais dos Estados; III – cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8-046-11>

Tais institutos dilatam, ainda mais, o tempo de duração de uma ação indenizatória decorrente da responsabilidade extracontratual do Estado.

2.4 Ação regressiva proposta pelo Estado contra o agente causador do dano

O mandamento constitucional (Art. 37, § 6º, CRFB) garante ao Estado o direito de regresso ao causador do dano, que agiu na qualidade de agente, quando configurado, em sua conduta, o elemento subjetivo doloso ou culposo.

Incumbe ao Estado, nesse sentido, não havendo acordo administrativo com o agente, no decorrer da ação regressiva proposta, demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, ou seja, evidenciar que ao nexo causal entre o fato e o dano resta acrescido do elemento subjetivo doloso ou culposo. Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

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, CPC⁴².

Com efeito, o agente público deverá ressarcir o Estado, se restar comprovado que agiu de forma dolosa ou culposa durante a realização do ato. Tal responsabilidade, diferentemente da estatal, é subjetiva, dependendo da configuração da culpa *latu sensu*.

Saliente-se que não é qualquer conduta estatal que autoriza o ressarcimento por parte do servidor, na medida em que “se o dano tiver sido causado por atividade estatal sem ser possível a identificação do agente, o Estado será obrigado a reparar o dano”,⁴³.

Ademais, “a simples ineficiência administrativa do servidor não configura, por si, causa de responsabilidade civil se não há dolo ou culpa por parte dele”⁴⁴.

Decerto, o dever funcional de reger sua conduta com base nos princípios norteadores da Administração Pública, sem restar evidenciado o dolo ou a culpa, enseja a responsabilização administrativa, não o ilícito civil, apto a gerar o dever de indenizar, tendo em vista ser a relação permeada pelo poder disciplinar, o qual pauta os limites da conduta dos servidores públicos.

legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11 Acesso em: 14/8/2014.

⁴²CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 579

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 211.

Frise-se que vigora no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da independência das instâncias, nos termos do art. 125, da Lei nº 8.112/90⁴⁵. Isto porque as esferas administrativa, penal e cível, como regra, não interferem umas nas outras. Assim, a decisão exarada em um processo administrativo cominando pena a um determinado servidor não fará coisa julgada no juízo cível, pois as duas instâncias não se confundem.

De acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles, a exceção ocorre na esfera criminal, na medida em que a sentença que absolve o réu em razão da inexistência do fato e da negativa de autoria impede que se responsabilize ou se aplique qualquer sanção ao servidor nas esferas administrativa e cível⁴⁶. Do mesmo modo, a sentença condenatória, por ser um título executivo judicial, sujeita o agente à reparação do dano e às punições administrativas.

No que concerne à prescrição, ressalte-se que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no Decreto nº 20.910/32 relativo a todas as dívidas ativas da Fazenda Pública não se aplica à ação regressiva em face do agente público.

É que tal ação detém cunho patrimonial, de ressarcimento ao erário, sendo, portanto, imprescritível, nos moldes do que reza o Art. 37, § 5º da CRFB⁴⁷. Entende José dos Santos Carvalho Filho:

... no que concerne à pretensão resarcitória (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 causou⁴⁸.

A jurisprudência também vem se posicionando nesse sentido, na medida em que o efetivo prejuízo à Fazenda Pública ocasiona um dano a todos os cidadãos, restando, portanto, indispensável o respectivo ressarcimento, independentemente de prazo. Colaciona-se a ementa do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
CONSTITUCIONAL. IMPRESCRIBILIDADE DAS AÇÕES DE
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO

⁴⁵ Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 655.

⁴⁷ Art. 37 (...)

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

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 581.

DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO⁴⁹.

Do mesmo modo, de acordo com o Art. 122, § 3º, da Lei nº 8.112/90, é transmissível aos herdeiros e sucessores do culpado, “podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão”⁵⁰.

Outra questão importante acerca do tema é saber a que momento o Estado pode propor a ação regressiva, se somente após o a efetivação do precatório, ou no decorrer da ação indenizatória ajuizada pelo particular.

Sabe-se que para se propor uma ação esta deve estar condicionada à possibilidade jurídica do pedido, ao interesse de agir e à legitimidade das partes⁵¹. O interesse de agir, por sua vez, caracteriza-se pela utilidade e necessidade daquele provimento jurisdicional ao autor da ação.

A ausência do pagamento concreto do dano, ou seja, quando não se efetuou, de fato, o ressarcimento por meio dos precatórios ao particular lesado, culmina na inexistência de interesse de agir. Em verdade, o exercício do direito de ação, “à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação à vítima do prejuízo”⁵².

Entende-se, pois, que tal exercício fora da constituição definitiva do dever patrimonial de indenizar, gera ao Estado um locupletamento, tendo em vista a quantia relativa ao dano, ainda não ter ocasionado um prejuízo ao erário. Não enseja, portanto, o direito à indenização por parte do Poder Público, já que nem ao menos o dano existe. Isto porque:

A só condenação do Estado, mesmo que transitada em julgado a decisão não importa em o imediato interesse processual na ação de indenização a ser movida contra o agente. A não ser assim, ter-se-ia que admitir que, mesmo sem ser tido prejuízo efetivo, o Estado estaria habilitado a postular o

⁴⁹ STF - RE: 606224 SE, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA Data de Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101193/agreg-no-recurso-extraordinario-re-606224-se-stf>. Acesso em: 14/8/2014.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 655.

⁵¹ Vide nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual exclui a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, *in verbis* (Art. 17): *Para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 14/8/2014.

⁵² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 211.

ressarcimento em face do agente. Mas como se entender nesse caso o direito de *regresso*?⁵³

Certo é que o próprio teor da palavra regresso indica a necessidade de o dano ter sido causado e o Estado postular o ressarcimento ao erário, devendo se observar o próprio preceito intrínseco à ação regressiva, como já entendeu a 2^a Turma do Superior Tribunal de Justiça⁵⁴.

A jurisprudência, no entanto, não é uníssona. O supracitado tribunal, desta vez, por meio de entendimento exarado pela 1^a Turma, asseverou não ser necessário o deslinde da ação indenizatória para a propositura da ação de regresso⁵⁵.

Não se olvide, outrossim, que, respaldando o entendimento aqui defendido, a ação regressiva, consoante outrora explanado, é imprescritível, não tendo qualquer sentido esta ser proposta antes do efetivo prejuízo à Fazenda Pública, se o Estado foi acionado primeiro.

Por fim, deve-se salientar que o direito de regresso deve ser utilizado de modo irrestrito, não sendo apenas uma garantia ao Poder Público, mas um “dever-poder de promover a ação regressiva contra o agente estatal cuja conduta gerou a condenação”⁵⁶.

Ensina Numa Pereira do Vale:

seja qual for a categoria hierárquica do funcionário, seja eletivo ou de nomeação, está sujeito a essa ação, além da criminal, no que couber; e o seu uso ou emprego, sem nenhuma tergiversação, constituirá uma medida de grande potência moralizadora e um poderoso instrumento de educação cívica e política⁵⁷.

De fato, propor ação em desfavor do agente que ocasionou dano consubstancial medida eficaz para sanar as deficiências existentes no Poder Público, em obediência estrita aos princípios da Administração, tais como o da moralidade e eficiência, além de instituir uma sanção necessária ao ato danoso gerado, de modo a evitar sua ocorrência reiterada.

⁵³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.579

⁵⁴REsp: 328.391-DF, 2001/0074006-0, T2 - SEGUNDA TURMA, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/10/2002. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em: 8 de agosto de 2014.

⁵⁵REsp: 236.837-RS, T1 – PRIMEIRA TURMA, Relator: Ministro Garcia Vieira. Data de julgamento: 03/02/2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em: 8 de agosto de 2014.

⁵⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 1096.

⁵⁷DO VALE, Numa P. apud CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 215.

2.5 A teoria da dupla garantia: fundamento legal, doutrinário e análise do entendimento do STF

A duplicidade da relação jurídica gerada pela responsabilidade extracontratual do Estado nas ações indenizatórias, qual seja, entre o Estado e o particular, bem assim entre o agente público causador do dano e a Administração, faz com que alguns doutrinadores defendam que o Art. 37, § 6º da CRFB/88 alude a duas garantias. Isto porque:

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 § 6º do art. 37 da CF. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente⁵⁸

Desta feita, a primeira garantia refere-se ao lesado, garantindo-lhe o ajuizamento da ação contra o Estado, ente mais solvente e que responde, de forma objetiva, enquanto a segunda faz menção ao agente público, garantindo que somente o Estado pode intentar a ação, de forma regressiva, após a apuração do dano, contra o servidor, nos moldes da responsabilidade subjetiva. Ensina Odete Medauar:

O preceito constitucional estabelece duas relações de responsabilidade: a) a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; b) a do agente causador do dano perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou na culpa⁵⁹.

Perfilha tal entendimento, o previsto no Art. 122, § 2º da Lei nº 8.112/90⁶⁰, tendo em vista garantir ao servidor que, em se tratando de danos causados a terceiros, este responderá apenas perante a Fazenda Pública, em ação regressiva, desconstituindo a possibilidade de o lesado ingressar a ação diretamente contra o servidor público e “...afastando quer a denunciaçāo à lide quer o litisconsórcio”⁶¹.

Com isso, baseando-se em tal posição doutrinária, o único legitimado passivo da ação indenizatória de responsabilidade civil movida pelo lesado é o Estado,

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 654/655.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2003. P. 397

⁶⁰ 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.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 628.

na medida em que contra o servidor somente a ação regressiva, cujo objeto é o ressarcimento ao erário, poderia ser proposta.

Portanto, “...o funcionário não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração, no pressuposto de que o legislador constituinte separou as responsabilidades”⁶².

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal (STF), instado a se manifestar acerca desse assunto, por meio de Recurso Extraordinário, perfilhou o entendimento de que tal dispositivo legal consagra a teoria da dupla garantia⁶³.

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.

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*.

Tal decisão, exarada pela 2^a Turma do STF, passou a prevalecer em muitos tribunais, permeando um benefício exclusivo ao servidor público, na medida em que retirou do particular a faculdade de optar pelo provimento jurisdicional que ele considera mais útil e eficaz ao alcance de seu direito à indenização, qual seja propor a ação contra o Estado ou contra o servidor.

De acordo com Blasi, “as decisões do STF têm (SIC) sido categóricas em não admitir essa possibilidade”⁶⁴. Assim, com a predominância de tal precedente, as ações movidas pelo particular diretamente contra o servidor público restariam carentes

⁶² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 169.

⁶³ STF, 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: 14.8.2014

⁶⁴ BLASI, Marcos Chucralla Moherdaui. **Panorama atual da responsabilidade do Estado em matéria de serviços públicos na jurisprudência do STF**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Bahia, n. 25, p. fev./abril. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-MARCOS-BLASI.pdf>. Acesso em: 6 de agosto de 2014.

de ação, visto que faltaria legitimidade passiva ao agente público na lide indenizatória, sendo, pois, estas extintas sem resolução do mérito.

De se ver, portanto, que, nos ditames da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o mandamento constitucional, perpassado em seu histórico por uma garantia ao particular lesado, passou a nortear, também, uma garantia ao servidor público causador do dano, o que, de fato, não condiz com a verdadeira interpretação da norma, consoante ver-se-á, no decorrer do presente trabalho.

3 O SUJEITO PASSIVO DA DEMANDA INDENIZATÓRIA DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sabe-se que, no histórico da evolução da responsabilidade civil, houve a busca, cada vez maior, por uma garantia ao lesado, tendo em vista este ser o ente mais fraco da relação jurídica.

Assim é que se consagrou a teoria do risco administrativo, norteada pela responsabilidade objetiva, delimitando que o Estado, como sujeito passivo das demandas reparatórias decorrentes de atos praticados por agentes públicos no exercício de suas funções, responderia com a única demonstração do nexo causal entre o dano e o fato.

O Supremo Tribunal Federal (STF), exarando entendimento acerca da teoria da dupla garantia, na qual somente o particular poderia intentar ação contra o Estado e este, em ação regressiva, contra o agente público causador do dano, não firmou a questão nesse ponto, já que são muitas as controvérsias aduzidas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, no que tange ao pólo passivo da ação indenizatória.

A questão passa pelo instituto da intervenção de terceiros (denúncia da lide), do litisconsórcio bem assim pela faculdade de o lesado demandar individualmente o agente público, em detrimento do Estado.

De acordo com Cahali, que defende posicionamento diverso do precedente do STF:

A identificação dos sujeitos que devem integrar o pólo passivo da ação indenizatória para saber se a demanda pode ser proposta contra o Estado e o agente em litisconsórcio facultativo possível, se deve ser proposta apenas contra o Estado ou se pode ser proposta apenas contra o agente, e se seria admissível, em qualquer caso, a denúncia recíproca da lide, deve ser examinada necessariamente a partir de uma distinção fundamental, que decorre do Art. 37, § 6º, da Constituição⁶⁵.

Com efeito, segundo a norma interpretativa do dispositivo constitucional em comento, um ato comissivo da Administração Pública, perpetrado por dolo ou culpa do agente público, enseja a ideia de este integrar a lide, na medida em que um ato seu ocasionou o dano.

Deter-se-á, pois, na análise do dispositivo constitucional frente aos atos comissivos praticados pelos agentes públicos, já que os praticados por omissão estatal,

⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 146/147.

como regra, não ensejam responsabilização do servidor perante o lesado por não demonstrarem uma ação promovida pelo agente público, mas sim uma omissão.

3.1 Contexto principiológico

A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado perpassou por um sistema de garantias ao particular, fazendo com que este se sentisse cada vez mais amparado, se porventura viesse a sofrer um dano causado pelo Poder Público.

Por outro lado, o direito processual, em seu desenvolvimento, com vistas a ensejar um melhor serviço por parte do Poder Judiciário passou a delinear diversos princípios, sendo, inclusive, alguns destes previstos no texto constituinte. Observe-se acerca dos princípios informativos do processo:

... a) o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e evitar o erro); b) o princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o princípio político (o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o princípio econômico (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração)⁶⁶.

O princípio do devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV, CRFB/88), tido como uma cláusula geral no ordenamento jurídico pátrio, é o norte precursor dos diversos outros princípios extraídos do direito processual, caracterizando-se, de forma genérica, como a garantia de um processo justo e equitativo.

Com efeito, “...desse princípio constitucional extraem-se, então, outros princípios e direitos fundamentais, ainda sem o respectivo texto constitucional expresso, mas nem por isso menos importantes...”⁶⁷.

De se ver, portanto, que tais normas principiológicas são o norte do hermeneuta, na medida em que influenciam, sobremaneira, a aplicabilidade do direito, em busca de uma solução mais efetiva às controvérsias arguidas em juízo. Ademais, além de conduzir a interpretação, detém força normativa, assim como as regras, em geral.

De acordo com Didier, “...não se admite uma interpretação de um texto normativo que dificulte ou impeça a realização do fim almejado pelo princípio”⁶⁸.

⁶⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57.

⁶⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 13^a Ed. Bahia: Juspodvim, 2011, p. 49.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 35.

3.1.1 Princípio da duração razoável do processo e da celeridade processual

O princípio da duração razoável do processo ingressou expressamente no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, estando previsto no Art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88⁶⁹.

Oportunizou-se à parte o direito a ver resolvido o seu conflito, seja na esfera judicial ou administrativa, de forma célere, sem dilações inoportunas que venham a prejudicar a tutela característica do direito, qual seja, a solução da lide.

Decerto, o processo, para alcançar sua efetividade, não deve possuir como óbice à sua concretude, atos que posterguem o seu real intento, impondo ao órgão jurisdicional ou administrativo bem assim aos legitimados a obrigação de agir de forma mais rápida possível. Leciona Gilmar Mendes:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial não afeta apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana...⁷⁰

Não se deve confundir, por outro lado, a celeridade com a ineficiência. É que “...o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”⁷¹.

Assim, ainda que o processo opere de forma rápida, não se pode olvidar das garantias que são necessárias à sua real necessidade, dentre as quais se cite a busca por um provimento jurisdicional útil.

Observe-se, ademais, que o comando constitucional está intrinsecamente coadunado ao devido processo legal, já que a ideia de um processo devido e justo, passa pelo norte de um processo sem as delongas reconhecidamente existentes no Poder Judiciário, devendo as partes atuar em prol da eficácia deste princípio.

É, portanto, uma garantia intrínseca ao sistema da responsabilidade civil, na medida em que garante ao lesado o direito de ver a sua lide resolvida da maneira mais rápida possível, sem alongar, de forma desnecessária, o conflito que foi proposto à apreciação pelo Poder Judiciário.

⁶⁹ Art. 5º, CRFB/88.(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 444.

⁷¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 13^a Ed. Bahia: Juspodvrim, 2011, p. 64.

3.1.2 Princípio da lealdade ou boa-fé processual

O princípio da lealdade, também denominado princípio da boa-fé processual, consubstancia-se no dever das partes e do órgão jurisdicional pautarem suas condutas, nos moldes da ética e da probidade. Tal princípio resta previsto no Art. 14, inciso II, do Código de Processo Civil⁷².

Assim é que a imposição do princípio da boa-fé processual visa impedir que comportamentos realizados, de forma proposital por uma parte, ocasionem prejuízo à outra bem como ao órgão jurisdicional.

Por oportuno, impende-se fazer uma distinção entre a boa-fé objetiva e subjetiva. Aquela representa uma norma de conduta a pautar todos os sujeitos da relação processual, o próprio princípio em si, enquanto esta representa a realização de algum ato jurídico perpetrado pela parte no decorrer da demanda processual.

Ensina Didier:

...o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais⁷³.

Com efeito, o dever de lealdade imposto às partes, por meio da boa-fé objetiva, ou seja, através de uma atuação que não seja pautada pela má-fé processual, não prescinde da observância de algumas normas necessárias à confiança entre os sujeitos da relação processual.

Isto porque a atuação pautada na má-fé ocasiona dificuldades em satisfazer o bem jurídico almejado, no final da demanda, por exemplo, ao procrastinar determinado direito que, pelo que consta nos autos, já é certo.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), o princípio da boa-fé (ou lealdade) é pautado pelo devido processo legal. Exrai-se um excerto do acórdão exarado pela 2ª Turma do Órgão, concernente ao ano de 2006:

⁷² Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II - proceder com lealdade e boa-fé; *Vide* nova redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual mantém o princípio da boa-fé previsto no ordenamento processual acrescentando porém mais sujeitos atuantes no processo, *in verbis*, (Art. 80): *São deveres das partes, de seus procuradores, e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*: Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 14/8/2014.

⁷³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, v.1.** 13ª Ed. Bahia: Juspodvrim, 2011, p. 69.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para o seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos⁷⁴.

Tem-se, portanto, que o princípio da lealdade resta intimamente ligado ao sujeito passivo da demanda reparatória, na medida em que a este impõe a atuação nos moldes da lealdade e confiança.

3.1.3 Princípio da economia processual

O princípio da economia processual visa garantir o máximo de efetividade do processo com a realização de menos atos processuais possíveis para alcançar a resolução do conflito.

Com efeito, revela-se necessário, tendo em vista a simplificação dos meios utilizados na máquina judiciária como forma de alcance do objetivo primordial do processo, empregar os modos menos dispendiosos possíveis para obter o fim intentado. Nesse sentido:

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício⁷⁵.

Sabe-se que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, enquanto a do servidor é subjetiva. Isso faz com que o trâmite processual para aferir a responsabilidade de um seja diverso do outro, por não haver na responsabilidade objetiva a necessidade de uma aprofundada instrução probatória.

A reunião de ambas as responsabilidades em um só processo, se não requestada pelo autor da lide, pode ocasionar um dispêndio desnecessário à resolução do conflito que o lesado leva à apreciação do Judiciário, já que a responsabilidade do servidor, por ser subjetiva, pressupõe, *per si*, a existência do dever de reparação do Estado que prescinde da demonstração do elemento subjetivo.

⁷⁴ RE 464.963-2 (GO), 2^a T, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento: 14.2.2006, Data de Publicação: 30.6.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo433.htm#clipping> Acesso em: 16.8.2014

⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 79.

Resta, pois, imprescindível a observância de tal princípio, sopesando-o aos demais, de modo a garantir a máxima efetividade do processo com o mínimo de dispêndio por parte do Poder Judiciário.

3.2 Denunciaçāo da lide ao agente público

O instituto da denunciaçāo da lide está previsto no Art. 70 do Código de Processo Civil, como uma das hipóteses de intervenção de terceiros na demanda processual, sendo o inciso III o qual se coaduna às relações de responsabilidade extracontratual do Estado⁷⁶.

Trata-se de hipótese em que o denunciado mantém uma relação jurídica com a parte ré da demanda principal, intrínseca ao direito de regresso, fruto de um ressarcimento originado na indenização da ação principal, o qual ocasionará a “obrigaçāo” de denunciar da lide ao verdadeiro devedor.

De se ver que “...a denunciaçāo da lide consiste em uma hipótese de intervenção de terceiros no processo, no qual se pretende resolver conjuntamente demandas que guardam alguma relação com o exercício do direito de regresso”⁷⁷.

Impende saber, pois, se ao direito de regresso previsto no Art. 37, § 6º da CRFB é aplicável a obrigatoriedade do instituto processual em discussão, já que as relações jurídicas que norteiam as duas lides possuem fundamentos jurídicos diversos, uma tratando da responsabilidade objetiva (Estado) e outra, da subjetiva (servidor).

Entende-se que:

Em que pese a redação do *caput* do Art. 70 do CPC, a denunciaçāo da lide formulada pelo Estado na ação em que figura como réu, não é obrigatória nos casos do inciso III (posição já adotada pela doutrina e jurisprudência),

⁷⁶Art. 70, CPC. A denunciaçāo da lide é obrigatória: (...)

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. *Vide* redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual traz uma nova nomenclatura ao instituto, denunciaçāo em garantia, bem assim não alude à obrigatoriedade anteriormente imposta, *in verbis* (Art. 314): *É admissível a denunciaçāo em garantia, promovida por qualquer das partes: II – daquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 14/8/2014

⁷⁷ SABÓIA, Cássio Mota de. **Denunciaçāo da lide ao agente público nas demandas resultantes de responsabilizaçāo extracontratual do Estado por danos causados a terceiros.** Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3472, 2 jan. 2013, p.2. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23355>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

permanecendo íntegro o direito de regresso em face do agente que agiu com dolo ou culpa⁷⁸.

Com efeito, o dispositivo processual consagra a ideia de garantia própria⁷⁹, que permeia a relação de alguém que se encontra obrigado a reparar o dano a outrem, em decorrência de lei ou contrato.

De acordo com tal concepção, “...é possível a denunciação da lide, para o exercício de pretensão regressiva, nas hipóteses em que houve transferência de direito pessoal: denuncia-se a lide ao cedente, para que responda por eventual derrota do cessionário”⁸⁰.

Nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado, contudo, nem sempre o servidor público atuará na condição de garante, na medida em que a sua conduta deve estar perpassada pelo elemento subjetivo doloso ou culposo, o qual, apenas se configurado este, ensejará a propositura da ação regressiva, objetivando o resarcimento do Estado.

Não há, portanto, qualquer cessão de direito por parte do agente público ao Estado que implique na denunciação da lide, nos termos do Art. 70 do CPC. Entende-se, pois, que “...sómente seria possível a denunciação nos casos de garantia própria – decorrente de transmissão de direito –, e não nas hipóteses de simples direito de regresso”⁸¹, em que estaria albergado o instituto da responsabilidade aquiliana.

Ademais, a demanda secundária (após a denunciação da lide) traria um elemento novo à principal, pautada na responsabilidade objetiva do Estado, a qual tem como cerne apenas a demonstração do nexo causal entre o dano ocasionado e o fato perpetrado pelo servidor. Em verdade:

... o caráter manifestamente inovatório da lide, incidente que se pretende instaurar com a denunciação, não guardaria qualquer conexão com o processo principal, não podendo este sofrer qualquer gravame na sua regular tramitação, utilizando-se a devedora do mesmo processo para satisfazer interesses exclusivos seus, os quais podem e devem ser buscados pelas vias próprias⁸².

⁷⁸ ARAÚJO, Alessandra de Souza. **A denunciação da lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 25, v.7, p. 205. jan./março. 2004. Disponível em: http://www.emerj.tj.rj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_205.pdf. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

⁷⁹ Frise-se que, conforme supracitado, o Projeto do Novo CPC faz expressa menção a ideia de garantia, tanto que denomina o instituto de denunciação em garantia, bem assim não traz à menção a ideia de obrigatoriedade da aplicação do instituto.

⁸⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, v.1.** 13^a Ed. Bahia: Juspodivm, 2011, p. 383.

⁸¹ *Ibidem*, p. 384

⁸² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 148

Como o agente público responde apenas se restar caracterizada a responsabilidade subjetiva, a denunciação da lide, por parte do Estado, corresponderia a uma “confissão” de sua responsabilidade, uma vez que a demanda já se encontraria decidida em relação ao particular lesado, sendo prescindível diferir o feito, em obediência estrita ao princípio da duração razoável do processo, caso não tenha sido requestado no pleito autoral.

Pondera, ainda, Cahali que “...o argumento mais vigoroso obstativo da denunciação da lide encontra seu fundamento no princípio da lealdade processual e na falta de legítimo interesse”⁸³.

Decerto, o fato de o Estado denunciar da lide ao servidor público representaria um ato desleal, uma vez que já se saberia, quando da denunciação, ser devida a indenização ao particular, por ser prescindível aferir-se o elemento subjetivo na responsabilidade objetiva do Estado.

Romper-se-ia, do mesmo modo, com o princípio da economia processual, já que a ingerência de uma instrução probatória para se aferir um elemento subjetivo, no qual já tem como certo o direito de reparação à vítima, acabaria por elastecer uma relação processual que já teria solução, qual seja, o dever de indenização da vítima, que, ao ingressar no Judiciário, propôs a demanda diretamente contra o Estado, valendo-se da responsabilidade objetiva.

No mais, tal ato não condiz com a norma constitucional representativa de uma garantia ao lesado bem assim com a intervenção de terceiros, instituto que surgiu para dar celeridade às demandas processuais.

Ensina Weida Zancaner:

...concluímos que procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que este dependa da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do resarcimento a que tem direito”⁸⁴.

Saliente-se que o próprio instituto analisado garante a denunciação da lide proposta, com fulcro na responsabilidade objetiva, não outra, com diferentes objetos a se aferir, por exemplo, o elemento subjetivo doloso ou culposo.

⁸³ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 148

⁸⁴ ZANCANER, Weida. Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 65.

Em verdade, a denunciação, quando proposta pelo Estado em face do servidor, suprime o direito da vítima construído no histórico da responsabilidade estatal, na busca por uma indenização mais efetiva e célere, intrinsecamente relacionada aos parâmetros da responsabilidade objetiva.

Ademais, o Estado, ainda que não denuncie da lide ao agente público, não perde o direito de regresso, pois a ação de restituição ao erário é imprescritível. Tal fato reforça, ainda mais, a hipótese de que a denunciação da lide beneficiaria o Estado, que teria resolvida sua demanda de resarcimento em um reduzido tempo, conquanto prejudique o particular, obliterando seu direito à razoável duração do processo.

Certo é que a denunciação da lide, quando esta se encontra fundada, exclusivamente, na responsabilidade objetiva estatal, qual seja, a evidência do nexo causal entre o dano e a conduta, não pode ser obrigatória.

No entanto, se o próprio lesado deseja aferir a conduta culposa ou dolosa, sendo um dos fundamentos jurídicos do seu pedido a análise do elemento subjetivo perpetrado pelo agente, não há como restringir-lhe o instituto processual:

Note-se que todos os argumentos da doutrina administrativa pela inadmissibilidade da denunciação da lide pelo Estado em face do agente causador do dano perdem força quando a vítima ou legitimado ativo concorda com a deflagração de tal relação jurídica estabelecida entre o Estado, réu e o terceiro, o efetivo causador do dano⁸⁵.

Assim, não haveria óbice à denunciação da lide feita pelo autor da ação reparatória, nos termos do Art. 74, do Código de Processo Civil⁸⁶. É que, nesses casos, não haveria qualquer prejuízo à parte autora, já que esta deseja alargar o processo, ao calcar sua peça inicial na descoberta do dolo ou da culpa por parte do agente, situação que ensejaria a formação de um litisconsórcio passivo facultativo.

⁸⁵ ARAUJO, Alessandra de Souza. **A denunciação da lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 25, v.7, p. 2011. jan./março. 2004. Disponível em: http://www.emerj.tj.rj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_205.pdf. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

⁸⁶Art. 74, CPC. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado, comparecendo, assumirá a posição de litisconsorte do denunciante e poderá aditar a petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu. *Vide* redação do Anteprojeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010), a qual se assemelha a anterior, *in verbis* (Art. 316): *Art. 316. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado poderá assumir a posição de litisconsorte do denunciante e acrescentar novos argumentos à petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 23/8/2014

No mesmo sentido, entende Di Pietro, ao prelecionar que: "...quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com argüição de culpa do agente público, a denunciaçāo da lide é cabível"⁸⁷.

Frise-se que não se pode interpretar restritivamente o comando constitucional, no sentido de regredir uma garantia que foi dada à vítima no decorrer do contexto histórico de construção da responsabilidade civil do Estado.

De acordo com os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a denunciaçāo da lide ao agente estatal nos termos do disposto no Art. 37, § 6º da CRFB não é obrigatória. Colha-se trecho da jurisprudência:

...Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denunciaçāo à lide do agente supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III). 2. A denunciaçāo à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional. Haveria em um mesmo processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual resarcimento do particular. Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denunciaçāo da lide...⁸⁸

O mesmo Tribunal decidiu, em 2012, acerca do descabimento da denunciaçāo da lide no contexto da ação originária. Veja-se o excerto da ementa:

...Ação regressiva movida por hospital em desfavor do médico. Denunciaçāo à lide no bojo da demanda originária. Descabimento. Responsabilidade objetiva do hospital pelos danos causados por seu preposto, sendo inviável que, no mesmo processo, se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em ação de regresso proposta pelo hospital⁸⁹.

O entendimento predominante na jurisprudência resta consolidado, na medida em que, por tudo exposto, não se pode elastecer a lide originária com um elemento novo, o qual não se coaduna ao interesse do lesado quando propõe a ação

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 623.

⁸⁸ REsp 1089955 (RJ), 1^a T, Rel. Min. Denise Arruda, Data de julgamento: 3.11.2009, Data de Publicação: 24.11.2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6165906/recurso-especial-resp-1089955-rj-2008-0205464-4> Acesso em: 18.8.2014

⁸⁹ AgRg no AREsp: 182368 DF 4^a Turma. Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 23/10/2012, Data de Publicação: DJe 12/11/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22896267/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-182368-df-2012-0107604-5-stj> Acesso em: 18/8/2014

contra o Estado, qual seja, o de resarcimento pelo prejuízo que lhe foi ocasionado, com fundamento na responsabilidade objetiva.

Segundo o entendimento de Didier, inúmeras decisões judiciais consagram tal entendimento, “...quase todas se valendo do argumento de que é impossível, na denúncia da lide, a introdução de fundamento jurídico novo”⁹⁰.

Com efeito, a ingerência da análise do dolo ou da culpa do agente diferiria sobremaneira a instrução probatória que, permeada pela descoberta do elemento subjetivo, demandaria um elevado tempo para proceder à reparação com fulcro na responsabilidade subjetiva do agente público, o que, se não foi requestado pelo lesado, não há sentido em postergar a demanda.

Em síntese, observe-se a doutrina de Cahali:

...a denúncia da lide ao agente causador direto do dano inovaria substancialmente os termos do libelo, e se buscara por meio dela, simplesmente, uma inadmissível instauração de lide paralela entre o Estado e seu servidor, que pode e deve ser feita pela via própria da ação de regresso, ante o pressuposto comum do reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado e do resarcimento dos danos sofridos pelo administrado...⁹¹

Assim, o momento processual em que o Estado deve ser resarcido, quando condenado em uma ação indenizatória, não é o mesmo em que litiga com o particular, sob pena de se interpretar restritivamente as garantias previstas no texto constitucional ao lesado bem assim introduzir na ação um elemento novo, em desobediência ao diploma processual civil.

Na realidade, a lide proposta é completamente diversa da denunciada, já que necessária a aferição da responsabilidade subjetiva do agente, dotada do elemento doloso ou culposo perpetrado por este.

Por fim, frise-se que o “... o direito de regresso subsiste incólume, mesmo não pedida ou mesmo indeferida a denúncia da lide”⁹², não sendo prudente, em face do princípio da economia processual e da duração razoável do processo, admitir uma intervenção de terceiro que alargaria o objeto litigioso do processo principal, não trazendo ao lesado qualquer benefício se aplicado tal instituto, especialmente quando não requestado por este.

⁹⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, v.1.** 13^a Ed. Bahia: Juspodivm, 2011, p. 384;

⁹¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 153.

⁹² *Ibidem*

3.3 Litisconsórcio passivo

O litisconsórcio pressupõe a reunião de duas ou mais pessoas em determinado pólo da relação processual, quando estes tenham interesse jurídico direto na demanda a ser resolvida.

O instituto está previsto no Código de Processo Civil, em seu Art. 46⁹³, consagrando as hipóteses de cabimento, especificamente norteadas ao interesse dos legitimados na lide.

Uma das classificações do litisconsórcio é, especialmente, a que interessa ao tema em comento, cinge-se à necessidade ou não da reunião de ambos os indivíduos em um pólo da relação processual. Nessa classificação, o litisconsórcio se divide em necessário e facultativo.

O litisconsórcio necessário não prescinde da reunião de ambos os legitimados passivos na demanda processual. Em que pese o litisconsórcio necessário estar conceituado no Código de Processo Civil como unitário⁹⁴, ambos diferem, sobretudo porque este faz referência à extensão da sentença às partes e não à indispensabilidade da relação formada.

Com efeito, a classificação do litisconsórcio como unitário tem como cerne o objeto litigioso do processo ser resolvido de modo idêntico para ambas as partes, na sentença. Veja-se a diferença explanada pela doutrina de Didier:

O regime da unitariedade não cogita de ser indispensável, ou não, a formação do litisconsórcio. Atua num outro momento, posterior à necessidadede de sua formação: diante do litisconsórcio já efetivamente formado, regula ele, a partir do exame do objeto litigioso, a uniformidade do julgamento quanto aos litisconsortes. É importante não relacionar, neste momento, o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio necessário, que pertence a outra classificação⁹⁵.

⁹³Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. A redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010) repete integralmente a anterior, predisposto o instituto dessa vez no Art. 112.

⁹⁴Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Vide redação do Projeto do Novo CPC (Projeto de Lei 8.046/2010) que conserta a deficiência do diploma processual, diferenciando, didaticamente, a o litisconsórcio necessário do unitário, respectivamente nos Arts. 113 e 115, *in verbis*: *Art. 113. Será necessário o litisconsórcio quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.* *Art. 115. Será unitário o litisconsórcio quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes litisconsorciadas.*

⁹⁵DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. 13^a Ed. Bahia: Juspodvrim, 2011, p.326.

O litisconsórcio facultativo, por sua vez, refere-se à possibilidade de formação do instituto, faculdade a ser exercida por parte do autor da ação, quando a reunião a ser formalizada, ocorrer no pólo passivo da relação processual.

De acordo com Fred Didier, “...facultativo é o litisconsórcio que pode ou não se formar; trata-se do litisconsórcio cuja formação fica a critério dos litigantes”⁹⁶. Existirá, pois, tal espécie, quando a lei ou a natureza da relação jurídica não exigir a formalização do litisconsórcio necessário, consoante previsto no Art. 47 do CPC.

Tal classificação é norteada pela ideia da solidariedade existente entre os co-legitimados, na medida em que o sujeito poderia estender a relação processual a ambos os obrigados, no intuito de ver satisfeita sua lide.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado, faz-se indispensável aferir a importância do instituto quando o autor da ação tem o intento de responsabilizar o servidor conjuntamente à Fazenda Pública, mormente se patente a sua conduta dolosa ou culposa.

Parte-se, então, do pressuposto de que o autor requesta, na demanda processual, a citação de ambos os devedores (Fazenda Pública e agente), como litisconsortes. De acordo com o ensinamento de Marçal Justen Filho:

Não há obstáculo a que o particular lesado promova a responsabilização civil do Estado concomitantemente com a do agente estatal. Não é possível reconhecer a existência de litisconsórcio necessário, mas a situação tende a um litisconsórcio passivo unitário – na acepção de que a decisão condenatória ou absolutória tenderá a ser idêntica para ambos⁹⁷.

De fato, o litisconsórcio, a ser formalizado, não seria necessário, já que representa uma faculdade ao lesado a propositura da ação contra ambos, especialmente se consideradas as peculiaridades de ambas as responsabilidades dos devedores. Do mesmo modo, não há qualquer disposição legal ou relação jurídica existente entre Estado e agente público que obrigue a citação de ambos no pólo passivo da demanda, como preconiza o litisconsórcio necessário.

Diversamente dessa posição, adotando a teoria da dupla garantia, exarada em julgado pelo STF, a qual extingue qualquer modalidade de litisconsórcio, consoante fora visto, Hely Lopes Meirelles entende que a interpretação constitucional apenas garante o direito de agir contra o Estado, ao asseverar que “...a ação de indenização

⁹⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. 13^a Ed. Bahia: Juspodvim, 2011, p.326.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1096

deve ser ajuizada unicamente contra a entidade pública responsável, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda”⁹⁸.

Conquanto mereça respaldo tal entendimento, este não merece prevalecer, na medida em que não há qualquer restrição na norma constitucional, no sentido de inexistir legitimidade por parte do servidor, na demanda processual, não parecendo “...impossível o cômulo subjetivo da ação, de modo a obstar ao seu exercício desde logo contra a Fazenda Pública e o servidor faltoso”⁹⁹.

Poder-se-ia, quando da formação do litisconsórcio, haver uma vantagem ao lesado, tendo em vista que a inexistência de responsabilidade por parte do servidor, fundada no elemento subjetivo, ensejaria o dever de indenizar direto por parte do Estado, se, evidentemente, restasse demonstrado o nexo causal entre a conduta e o dano.

Assim, partindo da premissa que o próprio particular deseja aferir a conduta culposa ou dolosa e sendo o comando constitucional uma garantia ao lesado, não há como se olvidar esse direito. Resume Cahali:

Não sevê, assim, razão maior para se excluir o funcionário do litisconsórcio facultativo que se instaura por instância do titular da ação: intervindo desde logo no processo, assegura-se-lhe plena defesa inclusive contra o Estado corrêu na sua eventual pretensão regressiva, propugnando pela inexistência de ato pessoal doloso ou culposo que lhe é imputado, indiferente à responsabilidade objetiva da Administração¹⁰⁰.

Note-se que não há óbice legal, nem tampouco afronta aos princípios processuais da duração razoável do processo e do devido processo legal, o fato de o lesado optar por demandar contra ambos, tendo em vista que a escolha foi do próprio autor da ação.

De se ver, ainda, que historicamente foi admitida tal possibilidade, como alude Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “...a Fazenda Pública pode chamar o agente público para ação como litisconsorte, ante a solidariedade passiva na responsabilidade, nos casos em que se configura dolo ou culpa dele”¹⁰¹.

A sentença do processo, portanto, quando fundada na responsabilidade subjetiva e objetiva, se provada a culpa *lato sensu* por parte do agente público, enseja a

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 654/655

⁹⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 161.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 162

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 481/482.

responsabilidade solidária deste e da Fazenda Pública, resolvendo a demanda de acordo com as regras da solidariedade passiva, prevista no Art. 285 do Código Civil¹⁰².

3.4 Lei nº 4898/65 (Lei de Abuso de Autoridade)

Registre-se que, nos termos da Lei nº 4898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), o agente público pode ser demandado individualmente pela vítima, na ação reparatória cível¹⁰³.

Isto porque, nos casos em que o servidor atua com abuso de autoridade, situações previstas no Art. 3º e 4º da supracitada lei, a vítima tem o direito de propor a ação para apurar a responsabilidade civil do agente, ainda que as esferas administrativa e penal não tenham sido acionadas, bem assim o Estado não tenha sido responsabilizado, sendo possível a cumulação da responsabilidade civil, penal e administrativa¹⁰⁴.

Ensina a doutrina que “...as hipóteses de abuso de autoridade mereceram tratamento específico da Lei 4.898 de 09.12.1965, que permite à vítima ajuizar ação diretamente contra o agente, sem prejuízo da ação contra o Poder Público”¹⁰⁵.

De se ver, assim, que a vítima, além de ter a faculdade de acionar individualmente o agente público, aqui se pautando na responsabilidade subjetiva, tem o poder de acionar o Estado, sujeitando-se à responsabilidade objetiva, *a posteriori*.

Hely Lopes Meirelles, adepto da teoria da dupla garantia, na qual o agente público somente pode ser acionado por parte do Estado na ação regressiva, entende que:

Esse diploma legal criou, assim, um sistema especial de responsabilização dos servidores, facultando à vítima promover a ação civil antes mesmo da condenação da Fazenda Pública pelo dano causado por seu agente (Art. 9º). Não se trata, pois, de ação regressiva, mas de ação direta do ofendido contra a autoridade que o lesou, por abuso de poder¹⁰⁶.

A *mens legis* da supracitada lei inovou no que tange à responsabilização concomitante do servidor e da Fazenda Pública, nos casos em que este atua com abuso de poder.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 481/482

¹⁰³ Art. 9º, Lei nº 4898/65. Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

¹⁰⁴ Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

¹⁰⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2003. P. 397

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 657

Com efeito, não há qualquer previsão legal no ordenamento jurídico pátrio aludindo, de forma expressa, a possibilidade de se acionar unicamente o servidor na demanda reparatória, fruto da responsabilidade civil do Estado, em que pese a interpretação jurisprudencial e a construção doutrinária garantirem tal fato.

Apesar de ser um caso específico, em que a conduta do agente público atenta contra os princípios e direitos fundamentais do homem, não há como se olvidar que houve uma punição aos abusos cometidos quando do uso da função pública, por parte do agente, visando preservar a supremacia do interesse público, princípio norteador do Direito Administrativo.

Ressalte-se, por oportuno, que tal lei é anterior ao ano de 1988, podendo, em virtude do posicionamento do Supremo Tribunal Federal exarado no ano de 2006, no que tange à teoria da dupla garantia, vir a ser considerada inconstitucional, con quanto se entenda não dever existir tal inconstitucionalidade.

É que, por meio desta lei, pode-se inferir que o contexto histórico dos atos exercidos em decorrência da função pública visou albergar a possibilidade de o agente público ser demandado individualmente nas demandas de responsabilidade civil, quando age como Estado.

3.5 A possibilidade de o agente público ser demandado individualmente

A análise da possibilidade de se acionar o agente público diretamente na ação indenizatória oriunda da responsabilidade civil do Estado perpassa por uma construção doutrinária e jurisprudencial bastante relevante e controvertida a respeito do tema.

A maioria dos doutrinadores, dentre eles, cite-se, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Yussef Said Cahali, posiciona-se pelo cabimento da propositura da ação diretamente contra o servidor.

De acordo com tal corrente doutrinária, de forma geral, não se encontra qualquer impedimento delineado no dispositivo constitucional nem tampouco pode ser extraída interpretação restritiva de uma norma que veio garantir vantagens ao lesado, entendimento que foi adotado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgado exarado no final do ano de 2013¹⁰⁷.

¹⁰⁷ STJ, REsp nº 1.325.862/PR. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T4 - QUARTA TURMA. Dje: 10/12/2013. Disponível em:

Com efeito, a hermenêutica do dispositivo legal, analisando a historicidade da responsabilidade civil do Estado, incutiu tradicionalmente na norma uma garantia, a qual, por conseguinte, não se pode dar uma interpretação restritiva, sob pena de romper com o real intento do legislador e da efetividade da norma.

De acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, um dos responsáveis por construir historicamente o Direito Administrativo Brasileiro:

A ação de indenização, proposta pela vítima, pode ter como sujeito passivo o próprio agente público ou mesmo o Estado. Isso porque age aquele como elemento ativo do órgão de um organismo moral, cuja formação e exteriorização da vontade depende dele para atuar¹⁰⁸.

Entende o doutrinador que, por ser o agente público uma extensão da vontade do Estado, o que se concebe a partir da teoria da imputação volitiva, é plenamente possível acioná-lo diretamente, tendo em vista ser este de fato o causador do dano.

Por seu turno, alude Cahali, “...quanto à possibilidade que tem o ofendido de propor a ação apenas contra o funcionário faltoso, nenhuma contestação séria é deduzida em oposição à mesma, com inexpressiva jurisprudência contrária à possibilidade”¹⁰⁹.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2006, passou a adotar, diversamente do que previu o supracitado doutrinador, a teoria da dupla garantia, conforme já citada, tese que ainda predomina na Suprema Corte¹¹⁰.

Hely Lopes Meirelles, Odete Medauar e Weiza Zancaner, dentre outros, entendem no mesmo sentido do STF, de que o dispositivo constitucional veda expressamente a propositura da ação indenizatória diretamente contra o servidor público, devendo este apenas responder a título de ação regressiva, perante o Estado.

Não se pode olvidar, contudo, que essa interpretação não se coaduna à realidade do dispositivo em questão, tendo sido feita uma restrição a uma vantagem legitimamente consagrada ao particular, no decorrer da construção dispositiva, nos termos em que decidiu recentemente o STJ, segundo supramencionado.

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633> Acesso em: 8.9.2014

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 481.

¹⁰⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 163/164.

¹¹⁰ Cite-se, por exemplo, os seguintes julgados: STF - AI: 748780 PR , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 30/08/2012, Data de Publicação: 05/09/2012); STF - RE: 720275 SC , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 10/12/2012, Data de Publicação: DJe-023 DIVULG 01/02/2013 PUBLIC 04/02/2013. Acesso em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

Elucida Celso Antônio Bandeira de Mello, nos mesmos termos:

Na cabeça do artigo e em seu parágrafo só há preceptivos volvidos à defesa do administrado e do Estado, não se podendo vislumbrar nele intenções salvaguardadoras do agente. A circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado¹¹¹.

Com efeito, o Art. 37, §6º da CRFB é bastante claro, revelando ser um dispositivo norteador de uma garantia ao lesado e não ao agente público. Frise-se, ainda, que o próprio servidor possui outros diplomas legais para satisfazer seus interesses, diferentemente do que ocorre com o particular, o qual, nestes casos, apenas detém a Constituição.

José dos Santos Carvalho Filho, sobre a teoria da dupla garantia, pontua:

O entendimento configura-se como notoriamente restritivo: não se compadece com o amplo direito de ação assegurado aos administrados em geral e deixa em situação cômoda o agente que efetivamente perpetrou o dano¹¹².

Acrescente-se, ademais, o fato de que o agente público sempre deve reparar o Estado pelos danos que sua atividade ocasionar ao próprio patrimônio da Fazenda Pública. É que o Art. 37, §5º da CRFB/88 resguarda à reparação ao erário um inestimável valor¹¹³. Assim, se o servidor público, quando age de forma dolosa ou culposa, deve ser responsabilizado pelo dano, de forma irrestrita e por meio de uma ação imprescritível, não há qualquer óbice que o particular assim o faça imediatamente.

Destarte, considerando cabível a propositura da ação em face unicamente do agente público, a responsabilidade a ser aferida será pautada na descoberta do elemento subjetivo doloso ou culposo, o que demanda uma maior instrução probatória e se pauta exclusivamente no âmbito cível. De fato, segundo com Cahali:

É certo, porém, que, propondo a ação indenizatória exclusivamente contra o funcionário ou agente causador direto do dano, o autor renuncia às vantagens que decorrem da responsabilidade objetiva; assim, assume o ônus de provar o dolo ou a culpa do servidor, pressupostos da responsabilidade regressiva deste, previstos na parte final do Art. 37, § 6º; por essa razão, identifica-se no caso, uma ação de responsabilidade civil de direito comum, cujo fundamento, se localizaria no Art. 186, do CC, e como ação de direito comum, também é da competência da Justiça Comum...¹¹⁴

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1057.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.575

¹¹³ Art. 37 (...)

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

¹¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 166.

Como tal interpretação traz alguns prejuízos ao lesado, a exemplo da renúncia à responsabilidade objetiva diante do Estado (naquela ação, já que não se exclui o direito de postular contra o Estado com base em outro fundamento – responsabilidade objetiva), bem assim a inexistência de um patrimônio vultuoso, já que o Estado é um solvente universal, estimado ao prejuízo ocasionado pela conduta danosa, far-se-á uma análise aprofundada acerca da hermenêutica do dispositivo constitucional em comento.

Analisa-se-á a faculdade que o particular tem de escolher quem ação, bem assim a necessidade de responsabilização do servidor público, no âmbito dos deveres que devem pautar a conduta pública do agente, fazendo uma apreciação apurada dos precedentes jurisprudenciais a respeito do tema.

4 A HERMENÊUTICA DO ART. 37, § 6º, NO QUE TANGE À LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO NA DEMANDA INDENIZATÓRIA

Impende ressaltar, inicialmente, conforme visto no decorrer do presente trabalho, que o artigo constitucional em comento buscou, em seu histórico, preservar o interesse do lesado, frente aos atos praticados pela Administração Pública e, em *ultima ratio*, pelo agente público.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “... o mandamento contido no art. 37, § 6º, da CF visou a favorecer o lesado por reconhecer nele a parte mais frágil, mas não lhe retirou a possibilidade de utilizar normalmente o direito de ação”¹¹⁵.

Assim é que, de modo a compreender e captar o sentido normativo bem assim o conteúdo de determinado dispositivo constitucional, deve-se recorrer à hermenêutica, técnica imprescindível para apresentar soluções aos problemas concretos advindos das normas. De acordo com Gilmar Mendes:

Neste processo dinâmico de concretização, o intérprete, após recorrer a critérios, ou princípios hermenêuticos adequados e específicos, obtém, a partir do próprio ordenamento jurídico, um critério para dar uma resposta à questão que lhe é apresentada. Ele deverá alcançar uma unidade sistemática entre o ato de interpretar, o objeto interpretado e o conteúdo da interpretação. É necessário, como ponto de partida fundamental, a determinação de um sentido às normas interpretadas através de uma perspectiva metodológica que se justifique pelos fins práticos que o legislador e o aplicador pretendem alcançar¹¹⁶.

Desta feita, na aplicação do critério hermenêutico, não há como se olvidar que a interpretação de um dispositivo constitucional e o problema proveniente deste, deve estar em pleno acordo com o contexto histórico de criação da norma e o conjunto de relações que esta venha a regular.

Para tanto, deve-se fazer uso de alguns métodos necessários a alcançar o fim maior do dispositivo constitucional. Segundo Gilmar Mendes, um dos métodos a ser utilizado pelos juristas, quando da interpretação das normas constitucionais, é o hermenêutico-concretizador, em que:

...para obter o sentido da norma, o intérprete parte da sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que

¹¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.575

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 105.

demandar a sua atenção. O intérprete estabelece uma mediação entre o texto e a situação em que ele se aplica¹¹⁷.

Depreende-se, pois, que para a análise de um conteúdo normativo, deve ser considerado o contexto interpretativo em que este foi construído, de modo que o problema a ser resolvido tenha resposta no texto constitucional delineado pelo contexto em que este resta inserido.

Tal método se amolda ao dispositivo que consagra a responsabilidade civil do Estado, na medida em que partindo do primado do texto constitucional e de sua interpretação casuística, pode ser dada uma interpretação mais ampla ao dispositivo e, por consequência, alcançar-se o conteúdo semântico da norma constitucional.

Deve-se, para tanto, levar em conta alguns princípios norteadores de tal método hermenêutico, que servem como baliza ao intérprete, os quais serão pontuados neste capítulo, de forma sucinta, para não comprometer o objeto da pesquisa.

A partir daí, por meio de uma análise coadunada aos demais princípios aludidos na Constituição Federal, inclusive os que regem o Direito Administrativo, encontrar-se-á a interpretação mais consentânea com o dispositivo constitucional, permitindo contornar algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

4.1 Os princípios da interpretação constitucional

O método hermenêutico-concretizador fornece alguns elementos norteadores ao aplicador/hermeneuta do direito, quais sejam os princípios interpretativos. De fato, tais princípios nada mais representam que orientações necessárias à solução do problema encontrado na norma, o qual a própria Constituição não é capaz de resolver. É o que alude Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

A interpretação constitucional, portanto, não é subsunção, mas concretização. Justamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, não aparece de forma clara deve ser determinado através da integração que ordenará a realidade. Diante desse seu caráter criador, o conteúdo da norma interpretada será fixado apenas por meio da interpretação e, ao mesmo tempo, o ato de interpretar ficará vinculado à norma¹¹⁸.

Tais princípios “...apenas auxiliam a que argumentos jurídicos se desenvolvam em um contexto de maior racionalidade, favorecendo algum controle sobre o processo de

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 105.

¹¹⁸ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica constitucional**. 2^a Ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. P. 261.

concretização das normas constitucionais...”¹¹⁹. Com isso, pode-se, ainda, alcançar a segurança jurídica necessária ao manejo das relações pessoais, tendo em vista haver um controle, ou uma máxima a ser alcançada, por cada interpretação dada a uma norma constitucional.

Na ordem crescente de importância à matéria tratada no presente trabalho, tem-se, de início, o princípio da concordância prática, o qual é utilizado quando da resolução dos conflitos entre duas normas constitucionais que, aparentemente, entrechocam-se, ao buscarem a máxima efetividade.

Do mesmo modo, o princípio da correção funcional também se refere a um conflito de normas constitucionais, voltado este, todavia, aos órgãos e às pessoas jurídicas. De acordo com Gilmar Mendes, “esse princípio corrige leituras desviantes da distribuição de competências entre as esferas da Federação ou entre os Poderes constituídos”¹²⁰.

Por seu turno, o princípio da unidade da Constituição estabelece que um dispositivo constitucional deve ser interpretado de maneira congruente às demais normas previstas no texto constitucional, tendo em vista estas não serem contraditórias entre si, devendo a solução da casuística estar em consonância com o todo constitucional. Pondera Gilmar Mendes acerca desse princípio:

Para que o princípio da unidade, expressão da racionalidade do legislador constituinte, seja confirmado na atividade interpretativa, o intérprete estará legitimado a lançar mão de variados recursos argumentativos, como o da descoberta de lacunas axiológicas, tendo em vista a necessidade de confirmar o esforço coerente do constituinte de promover um ordenamento uniformemente justo¹²¹.

Assim é que, nos moldes supracitados, as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo integrado, a fim de que não haja contradição dentro do próprio texto constitucional, o qual se pressupõe já ter sido editado e promulgado de forma coadunada.

O princípio da máxima efetividade, por sua vez, postula que o texto constitucional deve ser interpretado de forma a que se dê maior eficácia à norma analisada, ou seja, que ela efetivamente alcance o fim almejado quando de sua criação. Nos ensinamentos de Gilmar Mendes, “a eficácia da norma deve ser compreendida como a sua aptidão para produzir os efeitos que lhes são próprios”¹²².

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva. 2011. P. 110.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 109.

¹²¹ *Ibidem*, p. 107.

¹²² *Ibidem*, p. 108.

Intrinsecamente harmonizado ao da máxima efetividade é o princípio da força normativa da Constituição. Isto porque, de acordo com tal premissa, a análise interpretativa da norma deve levar em conta o contexto histórico em que esta foi criada, de modo a alcançar o sentido desta atualmente bem assim a garantia de sua máxima eficácia no mundo jurídico. De acordo com a doutrina de Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

“...quem interpreta as normas constitucionais sem ter consciência delas, cumpre meramente a Constituição, isto é, exerce apenas as competências que ela outorga; mais importante do que meramente cumprir a Constituição é extrair dela a máxima eficácia possível em cada problema concreto a solucionar...”¹²³.

De se ver, pois, que os dois últimos princípios interpretativos supracitados (máxima efetividade e força normativa da Constituição) restam estritamente interligados ao âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Com efeito, o primeiro, ao estabelecer que a norma deve atingir a maior efetividade possível, alude à necessidade de indenização do particular quando a este é ocasionado um dano bem assim a do resarcimento ao erário, em havendo dolo ou culpa, enquanto o segundo, ao postular acerca da importância do condicionamento histórico à interpretação, consubstancia a preocupação com a evolução histórica da responsabilidade civil, a qual sempre visou beneficiar o administrado.

Cite-se, por fim, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o qual, embora seja uma forma de interpretação das leis infraconstitucionais, alude à necessidade de tais normas respeitarem a constituinte, quando de sua aplicação e hermenêutica, pois “...não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário as normas infraconstitucionais surgem com uma presunção de constitucionalidade”¹²⁴.

4.2 Os deveres do agente público

Sabe-se que a conduta dos agentes públicos não prescinde da obediência de certos deveres, os quais são conduzidos pelos princípios implícitos almejados pela Administração, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, no intuito de oferecer à sociedade um serviço prestado de modo eficaz.

¹²³ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica constitucional**. 2^a Ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. P. 264.

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 111.

Com isso, o ordenamento jurídico pátrio, tanto as normas constitucionais como as infraconstitucionais, delineiam uma série de “obrigações” a serem cumpridas pelo agente público quando do exercício de suas funções. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles entende:

...a Administração deverá ter sempre presente o interesse coletivo na obtenção dos serviços públicos, lembrando-se de que – como o nome está indicando – são serviços para o público e de que seus agentes são servidores públicos, vale dizer, servidores do público, *public servants*, na expressão inglesa consagrada por Brandeis¹²⁵.

Tais deveres são necessários para a fiel execução do *munus* público, devendo ser respeitados pelo servidor, quando do exercício de sua função ou seu cargo, sob pena de se incorrer em responsabilidade administrativa.

Estão previstos no ordenamento jurídico pátrio, na Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais), a qual traz, de forma expressa, alguns deveres a serem observados pelos servidores, em seu Art. 116, e na Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que traça algumas sanções a determinados agentes públicos que atuarem em desacordo com os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade que lhes são exigidos.

Mencione-se como exemplo desses deveres esboçados na legislação brasileira, o dever de lealdade, obediência, conduta ética e eficiência. De acordo ainda com Meirelles, “...os deveres de lealdade e obediência constituem a matriz dos demais, porque neles se contém as imposições e obrigações exigidas para o exato desempenho da função pública, sendo redundantes e ociosas quaisquer outras especificações”¹²⁶.

Apesar de os deveres funcionais estarem coadunados à responsabilização administrativa, não se pode olvidar que tais também restam vinculados à responsabilização civil, interpretando-o em conformidade com a Constituição Federal, no que tange ao dever de reparação ao Estado em face dos atos cometidos pelo servidor, quando eivados de dolo ou culpa.

Isto porque, o Art. 37, § 6º, da CRFB/88 resguarda a necessidade de responsabilização do agente público, se evidenciado o elemento subjetivo, no exercício de suas funções, a ocasionar um dano ao particular. É que, pautando seu comportamento da melhor maneira possível, nos moldes dos deveres que lhes são impostos, o agente

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 468.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 469.

estará isento de cometer qualquer dano ou ato ilícito ao particular, em decorrência de sua atividade pública.

Ademais, caso o agente público apenas pudesse ser responsabilizado em ação regressiva, após toda a resolução da lide indenizatória, que se delongaria por muito tempo em decorrência das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, este levaria longos anos para ser responsabilizado com base no direito de regresso.

Tal fato poderia causar transtornos ao próprio serviço prestado pela Administração, pois o agente incorreria nos mesmos erros reiteradas vezes, já que, tão logo, não responderia pelo dano ocasionado em razão de sua má conduta.

Além do mais, nem sempre a ação regressiva é promovida pelo Estado. “É que o Poder Público dificilmente moverá a ação regressiva, como, aliás, os fatos comprovam o sobejo”¹²⁷. Com efeito, muitas vezes o próprio agente público age em conluio com seu superior hierárquico, o que não interessaria a este último promover a ação de responsabilidade. Veja-se:

A consequência é a impunidade do funcionário, seja porque depois de o Estado haver assentado uma dada posição na ação de responsabilidade fica impedido de mover a ação de regresso, seja porque, se o fizer, topará com o que havia previamente estabelecido e que agora milita contra si próprio e em prol do funcionário, convertendo-se em robusta defesa deste último, de tal sorte que o Poder Público no pleito anterior prepara de antemão sua derrota na lide sucessiva¹²⁸.

De fato, tendo o Estado defendido, sobremaneira, a atuação estatal, não há como se promover uma ação com base no entendimento que anteriormente fora defendido por este, em sede de ação indenizatória proposta pela vítima do evento.

Nesse sentido também é que se entende ser plenamente plausível o cabimento da ação indenizatória decorrente de responsabilidade civil do Estado diretamente contra o agente, em respeito aos deveres deste no exercício de suas funções, sob pena de restar ineficaz o dispositivo que trata da ação regressiva promovida pelo estado. Na realidade:

A solidariedade de classe ou o comprometimento dos superiores com os atos inquinados de viciosos (quando menos por complacência), a ingratidão da posição do Estado na duplicitade de ações, pois nelas terá de adotar posturas antagônicas, garantem ao funcionário a não desmentida expectativa de escapar a ações regressivas¹²⁹.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ *Ibidem*, p. 1058

Parcela da doutrina entende, contudo, não haver possibilidade de que o servidor público figure no pólo passivo da demanda, porque eventual ação prejudiciaria, em muito, o serviço por este prestado, visto que ele poderia ter receios em fazer determinadas ações em decorrência da responsabilização a ser dada no âmbito cível.

Colha-se manifestação doutrinária acerca de alguns pontos a serem levados em consideração a firmar a premissa de que o agente público não é legitimado passivo da ação decorrente de responsabilidade civil do Estado:

...2º) o agente fica protegido de ter que responder com seu patrimônio pessoal por atos que pratique no desempenho de suas funções públicas; 3º) a Administração sai fortalecida, porque assim preservados seus agentes, não deixarão eles de atuar pelo temor de virem a produzir danos e serem responsabilizados pessoalmente por tal atuação¹³⁰.

Em que pese haver posicionamento em sentido contrário, não há que se falar em temor da represália da responsabilização pela prática de atos cometidos de forma equivocada (com dolo ou culpa), mas sim em uma perfeita sintonia entre a ação de responsabilização cível e o cumprimento dos deveres do servidor, quando atua em dissonância com o esperado.

Observe-se o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do dever de diligência imposto aos agentes públicos, o qual se desobedecido enseja um dano indenizável:

A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros. Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita e surgirá, se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil¹³¹.

Possibilitando, pois, a reprimenda do ato diretamente ao servidor que não agiu da forma diligente, que lhe é exigida, haveria uma maior atenção, por parte do agente público, aos seus deveres funcionais, o que, em última análise alcançaria, sobremaneira, uma melhoria na prestação dos serviços públicos, objetivo almejado pelo Direito Administrativo.

¹³⁰ LIMA, Oswaldo Antonio de. **Ação regressiva do estado contra o seu agente causador de dano.** 1999. 40 f. Monografia de conclusão da disciplina de Responsabilidade Patrimonial do Estado, apresentado ao Curso de Mestrado em Direito da UNIC e UNESP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Universidade de Cuiabá (UNIC) e Universidade Estadual Paulista (UNESP). 1999. P.32. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/892353. Acesso em: 9 set 2014.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 4^a Edição. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1081

Além do mais, um agente faltoso, agindo reiteradamente com dolo ou culpa, não deve merecer o aparato do Estado, sob pena de repetir reiteradamente o mesmo erro tendo em vista não ter sido responsabilizado por seu ato ilícito outrora praticado. Nesse sentido, colha-se a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O entendimento de que o lesado propor ação de servidor público praticada no exercício de suas funções só contra o Estado pode ser movida, tem uma consequência manifestamente perversa: ao invés de desestimular o mau servidor a agir com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, estimula-o a proceder como bem queira, pois o coloca a salvo das consequências de seus atos¹³².

Entende-se, portanto, inexistir óbice, especialmente se considerada a necessidade de obediência dos deveres do servidor e à sua efetiva responsabilização, que, na ação decorrente de responsabilidade civil do Estado, o agente ingresse na lide como legitimado passivo, vez que assim este criaria, até mesmo, mais responsabilidade, oferecendo segurança jurídica ao particular e uma maior qualidade aos serviços públicos.

Por fim, não se olvide, consoante citado no decorrer do presente trabalho que a ação regressiva é um dever do Estado, representando um ato predominantemente vinculado. Se o agente público será, de qualquer forma, acionado, a título de reparação ao erário, futuramente, por ser a ação imprescritível, não haveria impedimento em o lesado acioná-lo de imediato, representando até mesmo uma economia tanto processual quanto nos gastos públicos.

É que, em assim não ocorrendo, o Estado teria que suportar um elevado custo com a defesa em juízo e posteriormente a propositura da ação contra o servidor causador do dano, empenhando ainda verba orçamentária para custear o ressarcimento à vítima, o que poderia ser evitado quando da propositura da ação direta contra o agente, se optado pela vítima do evento danoso.

4.3 O princípio da eficiência da Administração Pública como elemento justificador da responsabilidade pessoal do agente

Segundo foro visto anteriormente, o princípio da unidade da Constituição fomenta a interpretação das normas constitucionais através da visão de um todo

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1059.

unitário. Com efeito, as normas, ao serem interpretadas de forma coadunada, permitem ao hermeneuta o alcance do real sentido do texto constitucional esboçado.

No âmbito do Direito Administrativo, os princípios que regem a matéria, delineados no Art. 37, *caput*, da CRFB/88 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), são indispensáveis para analisar os demais ramos dessa temática, influenciando, sobremaneira, a conduta da Administração e os atos de todos aqueles que exercem a atividade administrativa e detém o *munus* público, traçando padrões a serem almejados pelos seus agentes.

Assim é que, partindo desse norte principiológico, base de toda a matéria administrativa, bem como impulsionado pelo princípio da unidade das normas constitucionais, impende-se analisar o princípio da eficiência da Administração Pública interligado ao dispositivo constitucional que trata da responsabilidade civil do Estado (Art. 37, § 6º, da CRFB/88), com o objetivo de averiguar a possibilidade de se intentar a ação diretamente contra o servidor público.

O princípio da eficiência ingressou expressamente no texto constituinte por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Tal norma principiológica, no entanto, já era visada, anteriormente, pelos doutrinadores e pelos próprios aplicadores do direito. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: "...o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da 'boa administração'¹³³.

De toda forma, ao incluir um princípio na Magna Carta, almeja-se a sua consecução, tornando-o um dos primados da atividade pública. Isto porque a Administração Pública, a partir da inserção do dispositivo como uma norma constitucional, estará obrigada a respeitá-lo, sob pena de responsabilizar-se pelo seu não cumprimento. José dos Santos Carvalho Filho ensina:

Com a inclusão pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência de lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários. De fato, sendo tais serviços prestados pelo Estado ou por delegados seus, sempre ficaram inacessíveis para os usuários os meios efetivos para assegurar seus direitos. Os poucos meios existentes se revelaram insuficientes ou inócuos para sanar

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.

as irregularidades cometidas pelo Poder Público na execução desses serviços¹³⁴.

Com efeito, o histórico da Administração Pública foi permeado por uma busca dos anseios dos administradores, deixando de lado o real intento do Estado, qual seja, o alcance da supremacia do interesse público. Assim é que se revelou indispensável a menção expressa desse princípio no texto constitucional de modo a pautar a conduta do Estado.

Veja-se: “incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado”¹³⁵.

Como a vontade do agente público representa o real interesse do Estado (teoria da imputação volitiva), é indispensável que a eficiência paute a conduta dos seus representantes, sendo, inclusive tal princípio um dos deveres dos administradores públicos.

De acordo, ainda, com Carvalho Filho, “a eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes”¹³⁶.

Ora, como a eficiência é o *modus operandi* da atividade pública, não há como tirar a perspectiva desta em relação ao servidor, o qual deve concatenar seus atos com a maior diligência possível, no sentido de concretizar tal princípio.

A imposição, pois, da eficiência visa almejar resultados satisfatórios e condizentes com a representatividade do Estado, no que tange à consecução do interesse público de forma menos dispendiosa possível. Pondera Hely Lopes Meirelles: “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”¹³⁷.

De se ver, do mesmo modo, que a obediência a tal princípio está intrinsecamente coadunada à boa qualidade da prestação dos serviços públicos, a pautar os atos dos agentes, sendo imprescindível que se almeje esse princípio quando da realização da atividade pública pelos seus servidores. Observe-se, consoante entendimento de Cahali, que:

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

...a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários. Ora, por uma contingência natural, as pessoas assim investidas da função de tornar concreta a atividade do Estado podem eventualmente provocar dano no patrimônio de terceiros¹³⁸.

Assim, os agentes públicos, ao provocarem danos ao patrimônio de terceiros, em razão de uma conduta dolosa ou culposa, não obedecem o primado da eficiência a que estão submetidos. Nesse sentido, não há como se obstar a propositura da ação indenizatória, decorrente da responsabilidade civil do Estado (em que o agente público congrega a vontade), diretamente contra o agente causador do dano, por este ter praticado um ato ilegal.

Isto porque tal ação, além de pautar a conduta dos agentes públicos, de acordo com a eficiência, primando por uma melhoria no serviço prestado e reprimindo condutas dolosas e culposas, também responsabilizaria o causador efetivo do dano, de forma imediata, o que implicaria, igualmente, em um maior zelo na realização de seus atos, já que este seria responsabilizado de pronto. Com efeito, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, negar a ação direta contra o servidor público é

...concorrer para a má qualidade do serviço público, é incentivar abusos, violências ou simples descaso do servidor pelos administrados, situação, a qual, infelizmente, os cidadãos brasileiros estão acostumados, mas, certamente, não conformados. Está as mãos do Judiciário acobertar estas malfeitorias ou coartá-las mediante simples aplicação do Direito, com a correta interpretação de nosso direito positivo, isto é, sem render desapercebidas homenagens ao Art. 75 da Constituição Francesa do ano VIII, que parece estar inconsciente da tese da impossibilidade de ação direta contra o funcionário ou conjunta com a do Estado¹³⁹.

Portanto, é plenamente possível a imediata reparação contra o agente público, em respeito direto ao princípio da eficiência consagrado no texto constitucional, o qual deve nortear a conduta dos agentes públicos perante à sociedade, visando à máxima da “boa administração” e da qualidade dos serviços prestados.

4.4 A interpretação mais condizente com o sentido da norma garantista em análise

O dispositivo constitucional em comento representou, no decorrer de seu quadro evolutivo, uma garantia, cada vez maior, de proteção à vítima do evento danoso. Veja-se:

¹³⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 13.

¹³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1060.

Daí que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado. Progride, continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se, sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados¹⁴⁰.

Com efeito, a responsabilidade civil do Estado delineou, desde os primódios, a necessidade de amparo ao lesado, que sofreu um dano indenizável perpetrado pela Administração Pública, no sentido de garantir a este uma maior defesa dos seus direitos, obliterando-se do agente causador do dano. Em verdade:

...não vislumbramos no ordenamento jurídico fundamento para a blindagem do agente causador do dano em virtude da possibilidade de ser ajuizada ação em face do Estado. Semelhante pensamento, portanto, é antagônico ao sistema de garantias outorgado pela Constituição¹⁴¹.

Nesse mesmo contexto, é que a própria ideia de responsabilidade civil consagra a figura do lesado como merecedor de proteção (de se ver no direito consumerista, por exemplo), já que este sofreu um dano, tendo direito à integral reparação material, moral e estética do que lhe foi causado.

Observe-se que, de forma diversa, o Direito Penal, no que tange à responsabilização em razão de atos capitulados como crime, em regra, visa à proteção do agente delitivo, ou seja, daquele que causou o dano. De fato, os princípios do direito penal, dentre os quais cite-se a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o *in dubio pro reu* são exemplos do âmbito protetivo do ramo penalista.

Diferem, pois, as linhas de atuação (penal e cível), não devendo o agente público, causador imediato do evento danoso que enseja indenização, no âmbito cível, merecer qualquer proteção quando da interpretação dos dispositivos que cuidam da responsabilidade civil do Estado.

Em verdade, o dispositivo da responsabilidade civil é genuinamente salvaguardor dos interesses da vítima que sofreu o dano, objetivando ressarcí-la e indenizá-la, diferentemente da ideia perpassada no Direito Penal, de que o agente delitivo é que deve merecer guarda¹⁴².

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1016.

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 575

¹⁴² Nesse sentido, há precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fazendo menção ao discorrido no texto, na analogia ao direito penal e cível, oportunidade em que anulou a sentença proferida no juízo monocrático que extinguia o processo sem resolução do mérito pelo fato de a vítima ter acionado o servidor. Veja-se: TJ-RS - AC: 70058401142 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 30/04/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia

Colaciona-se, na perspectiva de que o Direito Civil deve albergar os interesses da vítima, quando ocorre um dano a outrem, e não o de seu causador, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A fim de que os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso da atividade pública – *e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidas pelos lesados* – é que se instaurou o princípio geral da responsabilidade do Estado¹⁴³.

Decerto, o próprio dispositivo constitucional é representativo de um sistema garantista à vítima, ampliativo de direitos ao administrado. Não pode, desse modo, ser visto como um privilégio aos agentes públicos nem tampouco retirar um direito daquele que merece toda a proteção no âmbito da responsabilidade civil. Ou seja:

...a difusão e acatamento, nos vários países, da tese da responsabilidade estatal objetivou e significa *tão só* a ampliação das garantias de indenização a favor dos lesados. Nada traz consigo em favor do funcionário, e muito menos, em restrição ao administrado em seu direito de demandar contra quem lhe tenha causado o dano¹⁴⁴.

Com efeito, restringir a possibilidade de a vítima do evento danoso promover, de imediato, a ação de indenização decorrente da responsabilidade civil do Estado contra o agente público, não condiz com a norma garantista prevista no dispositivo.

Registre-se, por oportuno, o posicionamento de Ferrajoli, acerca do garantismo que permeia as normas constitucionais:

Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir - no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de uma normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas¹⁴⁵.

Segundo o conceito esboçado pelo doutrinador espanhol, o garantismo visa à tutela máxima dos direitos do indivíduo, estipulados na Constituição. Assim é que, de

05/05/2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118530570/apelacao-civel-ac-70058401142-rs> Acesso em: 12/9/2014.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1055.

¹⁴⁴ *Ibidem* p. 1055.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Tradução: André Karam Trindade. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, IX, 2010, Curitiba, Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf> Acesso em: 18 de set. 2014.

modo a conceder a máxima efetividade em relação às garantias, deve haver uma prestação por parte da esfera pública, com o intuito de albergar o particular, a fim de que este não tenha o seu direito constitucional tolhido. Colha-se, no mesmo sentido, manifestação da doutrina de Adriano de Bortoli:

Assim, tanto os direitos fundamentais quanto os direitos subjetivos e os interesses legítimos são analisados enquanto garantias da manutenção da posição central da pessoa no direito e frente ao Estado e enquanto instituições ou instrumentos que vão permitir que o sistema jurídico e a atuação dos poderes públicos estejam abertos a todo momento às exigências e expectativas que se formulam *ex parte populi*¹⁴⁶

Observe-se, portanto, que o garantismo constitucional proposto por Ferrajoli amolda-se à possibilidade de o agente público figurar no pólo passivo da demanda indenizatória, decorrente da responsabilidade civil do Estado.

Isto porque, analisando a norma, é revelada apenas à vítima do evento a garantia de propor a ação contra o responsável mais solvente (Estado), o que não implica na restrição do seu direito de ação, constitucionalmente garantido, em face do agente público, tendo o Estado (Judiciário, Executivo ou Legislativo) o dever de garantir o direito subjetivo à indenização por parte do administrado.

Com efeito, a própria norma, ao ser interpretada literalmente, não veda tal faculdade à vítima, somente delineando as duas espécies de responsabilidade (objetiva do Estado e subjetiva do agente) e salvaguardando a ação de regresso a ser proposta pelo Poder Público. Na realidade:

O direito de regresso é protetor do interesse do Estado. Prevê forma de seu resarcimento pela despesa que lhe haja resultado da condenação. Também nele nada há de proteção ao funcionário. A indicação da via pela qual o Poder Público vai se recompor não é indicação nem mesmo implícita de que a vítima não pode acionar o funcionário¹⁴⁷.

De acordo com a doutrina, a norma constitucional estatui “tão só e unicamente que o Poder Público responderá pelos danos causados pelos funcionários, enquanto tais, e que ficam sujeitos à (SIC) ação de regresso promovida pelo Estado, se agiram com dolo ou culpa”¹⁴⁸.

Nesse contexto, entende-se que não faz sentido interpretar um dispositivo que consagra benefícios ao particular lesado, ampliando direitos a ele, de forma

¹⁴⁶ DE BORTOLI, Adriano. CONPEDI. **Garantismo jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf Acesso em: 18 de set. 2014.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1057.

¹⁴⁸ *Ibidem*

restritiva, criando um óbice ao seu exercício de pleitear o direito à indenização em desfavor de quem este acredite ser resolvida a lide de modo mais satisfatório de acordo com os seus interesses.

Decerto, o dispositivo aqui discutido “visou a favorecer o lesado por reconhecer nele a parte mais frágil, mas não lhe retirou a possibilidade de utilizar normalmente o direito de ação”¹⁴⁹.

Em suma, “a atribuição de um benefício jurídico não significa subtração de outro direito, salvo quando com ele incompatível”¹⁵⁰, o que não se amolda ao dispositivo da responsabilidade civil do Estado, já que a possibilidade de escolha do provimento mais útil por parte do lesado é mais uma maneira de acautelar os seus interesses, intuito da norma constitucional em análise.

4.5 Análise do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013

A quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, exarou entendimento, por meio de acórdão publicado em dezembro de 2013, no sentido de que cabe ao particular a escolha de quem açãonar na demanda reparatória decorrente de responsabilidade civil do Estado (o agente público, o Estado, ou ambos, em litisconsórcio passivo facultativo).

Cuidou-se de caso em que um advogado público (Procurador do Estado do Paraná) propôs uma ação indenizatória, com fulcro na responsabilidade civil do Estado, pleiteando danos morais, diretamente contra uma serventuária de Justiça, a qual publicou erroneamente uma sentença judicial.

Na súmula da sentença publicada, a servidora imputava ao Estado, parte autora, multa por litigância de má-fé, entendendo o procurador restar ferida sua honra e imagem, uma vez que não houve, da fato, tal condenação no ato decisório, pugnando pela indenização direta por parte da servidora pública.

Analizando as preliminares do presente caso, o relator tratou da legitimidade passiva do agente público na demanda indenizatória de responsabilidade civil do Estado, consagrando na jurisprudência o entendimento que há muito já vinha sendo defendido no âmbito doutrinário, como exposto anteriormente.

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 575

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1057.

Resguardou-se, pois, a possibilidade de o lesado aferir qual o provimento mais lhe seria útil no que tange ao agente causador do dano (servidor, Estado ou ambos), entendendo que o Art. 37, § 6º, da CRFB/88, como prevê uma garantia ao particular lesado, não restringe a faculdade de escolha deste. Colha-se o seguinte exerto do voto:

Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública, quando o particular dispõe livremente do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa responderá, de outra forma, em regresso, perante a Administração¹⁵¹.

De fato, o dispositivo constitucional é uma benesse ao lesado por revelar a necessidade de reparação pelo dano que este sofreu, a título de um serviço mal efetuado pelo agente público. Não há como interpretar uma garantia, por tudo exposto no decorrer do trabalho, em desacordo com o intuito do legislador constituinte influenciado pelo contexto histórico da responsabilidade civil do Estado.

Destacou-se, no comando decisório, que diversos litígios referentes a essa temática versam sobre excessos cometidos por partes processuais (a exemplo dos membros do Ministério Público, dos Magistrados ou Procuradores), quando do exercício do seu direito, no âmbito do processo. Ressaltou-se, ainda, a responsabilidade exclusiva dos tabeliães no exercício de sua função, e não do Estado, como justificativa para a responsabilidade solidária do agente público.

De acordo com o relator Luís Felipe Salomão: “...quando a Constituição Federal pretendeu ‘blindar’ os agentes públicos o fez explicitamente – exceção que deve ser interpretada de forma restritiva – como, por exemplo, na imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (Art. 53)”¹⁵².

Com efeito, a norma constitucional nada prevê a respeito de isentar o servidor de integrar o pólo passivo da demanda, dispondo apenas que este será demandado se restar comprovada a existência do elemento subjetivo (dolo ou culpa do servidor), sendo inclusive tal ação imprescritível.

¹⁵¹ STJ, REsp nº 1.325.862/PR. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T4 - QUARTA TURMA. Dje: 10/12/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633> Acesso em: 8.9.2014

¹⁵² *Ibidem*

Infere-se, desta feita, que o dispositivo legal previsto na Lei nº 8.112/90¹⁵³, o qual revela que o agente público somente pode ser demandado em sede de ação regressiva, encontra-se em estrita desconformidade com o texto constituinte.

Destarte, entendendo que cabe ao particular a escolha, o STJ firmou o posicionamento de que a este é legítimo aferir se irá submeter-se à responsabilidade objetiva contra a Fazenda Pública (com o ônus do precatório) ou à subjetiva contra o agente estatal (com o ônus da dilação instrutória). Nessa perspectiva é o trecho do voto abaixo transcrito:

Assim, a avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios, os quais, como é de círculo conhecimento, não são rigorosamente adimplidos em algumas unidades da Federação¹⁵⁴.

Decerto, está de pleno acordo com o sistema de liberdades e garantias previstas ao lesado, a percepção do Tribunal. Isto porque nada mais justo que caber ao particular a livre escolha do que será mais útil a ele, aferindo qual dilação processual terá de suportar, se o regime das prerrogativas processuais da Fazenda Pública ou da comprovação da conduta dolosa ou culposa por parte do agente público.

Saliente-se que entender diversamente a tal posicionamento revelaria impor uma demanda de curso forçado ao autor da ação que não se coaduna ao intuito da norma constitucional garantista em análise.

Por fim, no que tange ainda à análise do voto, o relator citou, como forma de fundamentação um acórdão proferido por ele em outra oportunidade¹⁵⁵, bem assim vários acórdãos exarados pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵⁶, em momento anterior ao que vem, desde 2006, delineando o posicionamento deste¹⁵⁷.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ STJ, REsp nº 1.325.862/PR. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/09/2013, T4 - QUARTA TURMA. Dje: 10/12/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633> Acesso em: 8.9.2014

¹⁵⁵ STJ, REsp 731.746/SE, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/08/2008, T4 - QUARTA TURMA. Dje: 4/5/2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633> Acesso em: 8.9.2014

¹⁵⁶ Cite-se: STF, RE: 99214 RJ, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 22/03/1983, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 20-05-1983 PP-17058 EMENT VOL-01295-03 PP-00609 RTJ VOL-00106-03 PP-01182; STF - RE: 90071 SC, Relator: Min. CUNHA PEIXOTO, Data de

4.6 Aparente divergência jurisprudencial entre o STJ e o STF

Como visto, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende de maneira diversa em relação ao caso em comento. No teor da decisão, lavrada pela 1ª Turma, no ano de 2006, cuja relatoria coube ao Ministro Carlos Britto, resguardou-se a teoria da dupla garantia, na qual somente o particular pode açãoar o Estado e apenas este, por sua vez, detém legitimidade ativa para promover ação em face do agente público causador do dano, se verificada em sua conduta o dolo ou a culpa (ação regressiva).

Especificamente, tratou-se de caso em que um ex-prefeito, ao promulgar um decreto de intervenção, ocasionou ao administrado certo dano passível de indenização. Considerou o Tribunal que o ato praticado pelo servidor público, por ser próprio da função de agente político, não acarretaria em sua responsabilização direta, mas unicamente do Estado.

Desse modo, consagrou o posicionamento referente à dupla garantia, a ser levado em consideração quando da hermenêutica do artigo que trata da responsabilidade civil do Estado, olvidando-se, com a devida vênia, das demais garantias do dispositivo constitucional. Observe-se o seguinte excerto da ementa do ato decisório:

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 vincular¹⁵⁸.

Consolidou, portanto, o STF que a responsabilização cível do servidor se dá por intermédio da pessoa jurídica a que este compõe o quadro, nos mesmos termos da responsabilização administrativa, em detrimento de qualquer ação proposta pelo administrado que sofreu o dano.

Saliente-se, no entanto, que nem sempre foi este o entendimento do STF. Com efeito, de acordo com Cahali:

...é tranquila e reiterada a jurisprudência do STF no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária

Julgamento: 18/06/1980, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-09-1980 PP-07426 EMENT VOL-01185-01 PP-00359 RTJ VOL-00096-01 PP-00237.

¹⁵⁷ STF, 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: 8.9.2014

¹⁵⁸ *Ibidem*

reparação diretamente do funcionário ou servidor que causou o dano; tese frequentemente afirmada em casos de responsabilidade civil movida contra escrivão ou escreventes de cartórios judiciais ou extrajudiciais, oficializados ou não¹⁵⁹.

Certo é que a disciplina que rege os serviços notariais é expressa no sentido de garantir a responsabilização direta dos notários e oficiais de registro, ressalvando o direito de regresso aos prepostos a título de dolo ou culpa¹⁶⁰. Apesar disso, tradicionalmente se estendeu essa possibilidade aos demais casos analisados que tratavam da responsabilização cível do Estado.

Entendia o STF, em sede de plenário, pelo menos até o ano de 2006, que, em tese, quem deve ao lesado, primeiramente, é a Administração Pública, enquanto o agente público também seja responsável pela dívida, se tiver agido com dolo ou culpa. Isto porque o preceito constitucional apenas quis facilitar ao administrado a composição de seu dano, não tendo, todavia, restringido a ação direta contra o causador direto do evento danoso.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, no que concerne ao entendimento do STF, proferido no ano de 2006, “é improvável que esta orientação prevaleça, dada a cópia de razões que, como aduzimos, concorrem em desfavor dela”¹⁶¹.

Por isso é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vislumbrando de forma diversa em 2013, considerou ser pontual o julgado do STF no que tange à aplicação da teoria da dupla garantia. É que, de acordo com o posicionamento do STJ:

A situação fática subjacente a esse julgado do Supremo é bastante peculiar uma vez que se pretendia a responsabilidade civil de Prefeito por decreto de intervenção em hospital local, ou seja, era ato de um agente político de cunho essencialmente político...¹⁶²

Compreendeu, assim, que apesar de a Corte vir entendendo, após tal decisório, exarado por uma Turma e não pelo Plenário, no sentido da dupla garantia, esta tese não deveria prevalecer, já que se tratou de um caso específico, não representativo do real sentido da interpretação do Art. 37, § 6º, da CRFB/88.

¹⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 165.

¹⁶⁰ Art. 22, da Lei nº 8.935/94. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

¹⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1058.

¹⁶² STJ, REsp 731.746/SE, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 05/08/2008, T4 - QUARTA TURMA. Dje: 4/5/2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633> Acesso em: 9.9.2014

Compartilha-se aqui, pelos fundamentos expendidos, do mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, devendo predominar nos demais tribunais brasileiros, na medida em que dessa forma garante-se ao lesado uma efetividade maior ao dispositivo estudado, o qual delineou, no seu contexto histórico, uma norma extensiva ao particular, não podendo restringir seu entendimento e impossibilitar o direito de ação do lesado contra o efetivo causador do dano, em obediência direta ao princípio da eficiência da Administração Pública e à necessidade de reprimendas aos atos praticados, de modo indulgente (eivados de dolo ou culpa), por parte do servidor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo Brasileiro, no que tange à ideia de responsabilidade civil do Estado, resguardou, desde o final do século XIX, em que a teoria da irresponsabilidade foi superada, uma efetiva garantia à vítima do evento danoso, seja para tornar a indenização mais palpável ao lesado, seja para o Estado responsabilizar-se pelos riscos que sua atividade proporciona aos administrados, consagrando, assim a responsabilidade objetiva.

Restou evidente, no decorrer da construção histórica do dispositivo constitucional que rege a responsabilidade civil do Estado, a preocupação com a vítima do evento danoso, em detrimento do Estado e da figura do agente público, tendo em vista ser o preceptivo voltado estritamente à defesa do particular que teve um direito seu cerceado.

Concluiu-se, pois, que da teoria da irresponsabilidade do Estado à responsabilidade integral do mesmo ente, houve uma busca incessante por satisfazer os anseios do lesado, tendo em vista este ter sofrido um ato que enseja a responsabilização de quem promoveu, direta ou indiretamente.

Entendeu-se que a teoria da dupla garantia, exarada pelo Supremo Tribunal Federal, foi de encontro às perspectivas trazidas pela norma constitucional que trata da responsabilidade aquiliana estatal, na medida em que tolheu ao particular o direito de propor a ação indenizatória diretamente contra o real causador do dano, o agente público, sendo que o dispositivo, conforme supracitado, não revelou, em sua evolução histórica, uma restrição ao particular.

Na perspectiva do direito processual civil, compreendeu-se que o princípio da economia processual, da duração razoável do processo bem assim da lealdade estão estritamente coadunados ao sujeito passivo da ação indenizatória, com fulcro na responsabilidade civil do Estado. Isto porque, em respeito a estes princípios e em observância às garantias trazidas à vítima, percebe-se a existência do direito do administrado a um provimento útil e célere, quando este tenha seus direitos estorvados pela Administração Pública.

Corrobora-se com o entendimento dos tribunais superiores no que tange à desnecessidade da denuncia da lide, visto que esta intervenção alargaria, sobremaneira, a ação indenizatória, o que, se não foi requestada pelo autor, quando da propositura da demanda, não há qualquer sentido em torná-la obrigatória, pois, do

mesmo modo que o entendimento do STF, haveria uma proteção do preceptivo ao Estado, sendo que este norteia apenas garantias à vítima.

Apreendeu-se que a hermenêutica constitucional do dispositivo resta imprescindível para a análise eficaz da norma que trata da responsabilidade civil do Estado, no que tange, especialmente, à análise de acionar o agente público diretamente na ação indenizatória. Decerto, analisando-se, de forma congruente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não há qualquer óbice em o provimento jurisdicional ser proposto diretamente em face do agente público causador do dano.

Investigou-se, nesse âmbito, os princípios da interpretação constitucional de forma coadunada a algumas normas constitucionais e infraconstitucionais do Direito Brasileiro, no sentido de aferir o real intento do preceptivo que trata da responsabilidade civil do Estado, concluindo-se pela possibilidade de intentar a ação diretamente contra o agente público visto por esse aspecto.

Inferiu-se que o princípio da eficiência bem assim os deveres do servidor para com a Administração Pública e, por consequência, com a sociedade em geral, nos ditames do princípio da supremacia do interesse público, são indispensáveis para pautar a conduta dos agentes públicos e evitar que condutas danosas reiteradas, permeadas de dolo ou culpa, sejam cometidas.

De modo a contornar as controvérsias jurisprudenciais e concluir fundamentadamente a posição revelada no presente trabalho, fez-se uma análise dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2013, o qual passou a prevalecer naquela casa bem como do Supremo Tribunal Federal, do ano de 2006, que entendeu de modo diverso, e, da mesma forma, predominou desde então.

Comungou-se do mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que este deve prevalecer, já que os próprios julgados do Supremo Tribunal Federal, antes da decisão exarada em 2006, defendia a legitimidade passiva do agente público.

Aferiu-se que o dispositivo que trata da responsabilidade civil do Estado é norteador de garantias e consagra a necessidade de responsabilização dos servidores pelos atos eivados de dolo ou culpa por eles cometidos, com o objetivo de que estes não retomem essa prática, em respeito direto ao princípio da eficiência que pauta a conduta dos servidores públicos e, por conseguinte, ao princípio da supremacia do interesse público, em obediência, ademais, à própria literalidade da norma em comento que exige a responsabilização dos servidores quando presente o elemento subjetivo.

Concluiu-se, fundamentado por doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho, Yussef Said Cahali, dentre outros, que a norma que trata do instituto da responsabilidade civil do Estado, em nenhum momento, denota uma restrição ao particular, sendo, portanto, plenamente possível ajuizar a ação indenizatória diretamente contra o agente público, em atendimento à ideia do dever fundamental da boa administração.

Por fim, é nesse sentido que se entende dever tal interpretação, exarada pelo STJ, servir de paradigma para os demais tribunais brasileiros, inclusive fomentando a reanálise do dispositivo por parte do STF, como uma forma de garantir a máxima efetividade da norma constitucional em comento.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Alessandra de Souza. **A denunciaçāo da lide nas Ações de Responsabilidade Civil do Estado.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, n. 25, v.7, p. 205. jan./março. 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista25/revista25_205.pdf. Acesso em: 11 de agosto de 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil:** promulgado em 17 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm Acesso em: 5 de agosto de 2014.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de junho de 2014.

BRASIL, **Lei nº 8.112** de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm Acesso em: 4 de agosto de 2014.

BRASIL, **Lei nº 4.898** de dezembro de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm Acesso em: 6 de agosto de 2014.

BRASIL, **Quadro comparativo entre o Código de Processo Civil em vigor e o PL nº 8046/10.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadro-comparativo-do-cpc-atual-e-pl-8.046-11> Acesso em: 5 de agosto de 2014.

BRASIL. STJ – REsp: 1.325.862/PR. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de julgamento: 5/9/2013. DJ, 10/12/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

BRASIL, STJ. REsp: 328.391-DF, 2001/0074006-0, T2 - SEGUNDA TURMA, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 08/10/2002; REsp: 236.837-RS, T1 – PRIMEIRA TURMA, Relator: Ministro Garcia Vieira. Data de julgamento: 03/02/2000. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> Acesso em: 8 de agosto de 2014

BRASIL, STJ REsp 1089955 (RJ), 1^a T, Rel. Min. Denise Arruda, Data de julgamento: 3.11.2009, Data de Publicação: 24.11.2009. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6165906/recurso-especial-resp-1089955-rj-2008-0205464-4> Acesso em: 18.8.2014

BRASIL, STJ AgRg no AREsp: 182368 DF 4^a Turma. Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 23/10/2012, Data de Publicação: DJe 12/11/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22896267/agravo-regimental->

no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-182368-df-2012-0107604-5-stj Acesso em: 18/8/2014

BRASIL. STF – RE: 327904/SP. Relator: Ministro Carlos Britto. Data de Julgamento: 15/8/2006. DJ, 8/9/2006. Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SC LA.+E+327904.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+327904.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/axs7cnr>. Acesso em: 5 de agosto de 2014.

BRASIL. STF - RE: 606224 SE, Relator: Min. CARMEN LÚCIA Data de Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: 17-04-2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23101193/agreg-no-recurso-extraordinario-re-606224-se-stf>. Acesso em: 14/8/2014.

BRASIL, STF, 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: 14.8.2014

BRASIL, STF RE 464.963-2 - GO, 2^a T, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de julgamento: 14.2.2006, Data de Publicação: 30.6.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo433.htm#clipping> Acesso em: 16.8.2014

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de direito administrativo. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BLASI, Marcos Chucralla Moherdaui. **Panorama atual da responsabilidade do Estado em matéria de serviços públicos na jurisprudência do STF.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Bahia, n. 25, p. fev./abril. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-MARCOS-BLASI.pdf>. Acesso em: 6 de agosto de 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 4^a Ed. São Paulo: RT, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado.** Nova edição atualizada por José de Aguiar Dias, t. II. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1957.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

CYSNE, Erick de Sarriune. A denunciaçāo da lide do servidor público pelo Estado em ação de reparação de danos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 434, 14 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5690>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

DE BORTOLI, Adriano. CONPEDI. Garantismo jurídico, Estado Constitucional de Direito e Administração Pública. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf Acesso em: 18 de set. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica constitucional**. 2^a Ed. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002.

DIDIER JR, FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil, v.1**. 13^a Ed. Bahia: Juspodvrim, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Tradução: André Karam Trindade. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, IX, 2010, Curitiba, Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf> Acesso em: 18 de set. 2014.

GIACOMO, Fernanda Salinas di. A aplicabilidade da denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1911, 24 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11766>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Oswaldo Antonio de. **Ação regressiva do estado contra o seu agente causador de dano**. 1999. 40 f. Monografia de conclusão da disciplina de Responsabilidade Patrimonial do Estado, apresentado ao Curso de Mestrado em Direito da UNIC e UNESP, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Universidade de Cuiabá (UNIC) e Universidade Estadual Paulista (UNESP). 1999. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/892353. Acesso em: 9 set 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7^a Ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SABÓIA, Cássio Mota de. **Denunciação da lide ao agente público nas demandas resultantes de responsabilização extracontratual do Estado por danos causados a terceiros**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3472, 2 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23355>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.