

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E SUAS EXCLUDENTES*

Eugênio Rosa de Araújo**

RESUMO: Este artigo procura trazer um panorama sobre a responsabilidade civil - especialmente a do Estado - por atos omissivos, perquirindo sobre os deveres positivos do Estado que ensejam a sua responsabilidade e sobre como a jurisprudência de nossos tribunais trata o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Estado. Omissão. Excludentes.

Introdução: o conceito de responsabilidade civil

Responsabilidade, em sentido etimológico, reflete o sentido geral de obrigação, encargo, dever, compromisso, sanção, imposição. No sentido jurídico, revela a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal.

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

Está ligada, portanto, ao direito obrigacional.

Resulta da ofensa ou violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outra pessoa, podendo ter como causa a própria ação ou ato ilícito, e, ainda, fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável.

Via de regra, pelo princípio da *restitutio in integrum*, procura-se restituir o lesado à situação anterior ao dano. No entanto, quando isso é impossível, faz-se a compensação por meio de uma indenização, fixada na proporção do dano.

A responsabilidade civil independe de culpa, cuja ideia, segundo o art. 186 do Código Civil, está ligada à atuação do agente causador do dano com omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia. Vale referir que, para caracterizar a referida culpa, também há a necessidade de o evento ser previsível.

Essa é a teoria clássica, também denominada teoria da culpa, ou teoria da responsabilidade civil subjetiva, segundo a qual a culpa é fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Ou seja, se o causador do dano não agiu com dolo ou culpa, não tem obrigação de reparar ou indenizar.

Para se configurar, portanto, a responsabilidade civil subjetiva, é necessária a presença de três requisitos básicos: a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano.

* Enviado em 24/6/2010, aprovado em 25/4 e aceito em 17/6/2011.

** Juiz Federal - 17ª Vara Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: erosa@uninet.com.br.

No entanto, a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Nesses casos, diz-se que a responsabilidade é legal, também denominada teoria da responsabilidade civil objetiva ou do risco.

Nesta teoria, insere-se a responsabilidade civil do Estado.

1 A responsabilidade civil do Estado

Segundo Yussef Said Cahali (2007, p. 13), “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”.

No Brasil, tal responsabilidade encontra-se normatizada no art. 37, § 6º, da CF88, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Deflui do dispositivo legal que o ordenamento jurídico brasileiro agasalhou a teoria da responsabilidade objetiva do estado relativamente aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Para essa teoria, basta que se comprove o dano e a conduta do agente, não importando a existência de culpa. Ou seja, não se exige o comportamento culposo do funcionário: basta que haja o dano, causado por agente do serviço público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar.

Baseia-se na teoria do risco, segundo a qual toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Segundo alguns autores, não se refere à teoria do risco integral, mas sim à teoria do risco administrativo, na qual a responsabilidade do Estado pode ser atenuada, se provada a culpa parcial e concorrente da vítima, ou mesmo excluída, se provada a culpa exclusiva da vítima ou força maior.

Para Carlos Roberto Gonçalves, embora haja uma certa confusão na doutrina acerca de qual teoria teria sido adotada pela Constituição Federal de 1988 - se a teoria do risco integral ou a do risco administrativo -, essa confusão seria mais de ordem semântica, porque todos os doutrinadores, no final das contas, “partilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior” (GONÇALVES, 2003, p. 173).

2 Responsabilidade civil do Estado por ato omissivo

A responsabilidade civil do Estado, como dito acima, também pode advir de uma conduta omissiva da Administração.

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

Tal responsabilidade, para alguns autores, estaria inserida no contexto da objetiva; para outros, da subjetiva.

Segundo Weida Zancaner Brunini:

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado. (BRUNINI, 1981, p. 62)

Para Carlos Mário da Silva Velloso:

No Direito brasileiro, convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente. (VELLOSO, 1994, p. 477)

Enfrentando o tema com precisão, o prof. Guilherme Couto de Castro (1991, p. 56 et seq.) conclui que há responsabilidade subjetiva quando se tratar de omissão genérica, e responsabilidade objetiva quando se tratar de omissão específica, onde há dever individualizado de agir.

Nessa conformidade, conclui-se que, em havendo ilícito por parte da Administração - o agente descumpre dever legal -, basta-se comprovar a conduta, o dano e o nexo causal para se obter a devida indenização. Em não havendo ilícito por parte da Administração, ela só está obrigada a indenizar se houver o dever específico e individualizado de agir.

3 Pressupostos da responsabilidade civil do Estado

Para que reste configurada a responsabilidade civil do Estado, tanto por ato comissivo quanto por ato omissivo, é necessária a comprovação de três pressupostos básicos: o evento danoso, a qualidade de agente na prática do ato e o nexo causal entre eles, sendo certo que a ausência de qualquer desses elementos inibe a obrigação de indenizar.

3.1 Evento danoso

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado, é preciso que haja o dano, assim entendido como aquele que corresponde à lesão de um bem juridicamente protegido.

E, no plano da responsabilidade objetiva do Direito brasileiro, o dano indenizável pode resultar tanto de um ato doloso ou culposo do agente público como de um ato que, embora não culposo ou que demonstre a falha da máquina administrativa, se configure em ato injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo.

Não basta a lesão de simples interesse econômico. É necessário o dano jurídico, que pode advir de atividades lícitas ou ilícitas.

Quando o dano provém de atividade ilícita, ele é sempre antijurídico e necessita de duas características: a) ser certo e não eventual, podendo ser atual ou futuro; e b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou, ao menos, um interesse legítimo.

Quando o dano provém de atividade lícita, necessita, além das características citadas acima, de outras duas características: c) ser anormal - exceder os incômodos provenientes da vida em sociedade; e d) ser especial - relacionado a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.

Como bem lecionado por Guilherme Couto de Castro:

Rápido exame pode provocar algum choque: uma conduta lícita, algumas vezes importante para o bem de todos, não deveria gerar encargos extras ao erário - é a objeção a enfrentar.

Pondere-se, entretanto, que a responsabilidade sem culpa do Estado existe e tem como fundamento a ideia de socializar o ônus injusto recaindo sobre um ou alguns isoladamente; a vítima também não é culpada, e como foi a ação própria e direta da administração a causadora do mal, é mais justo, em tais casos, a divisão de custos pela coletividade, representada pelo ente público.

Ideal utópico seria que o Estado pudesse prover, individualmente, todas as necessidades de seus cidadãos, garantindo-os contra os infortúnio de vária ordem. Indenizar vítima de crime, em face de simples alegação genérica de falta de segurança, equivaleria a ter de indenizar, igualmente, as vítimas de ausência de hospitais, escolas, esgotos, creches, etc.

Excepcionalmente, o ressarcimento até terá cabida, mas importa agora é fixar a ideia geral da linha objetiva, lastreada no art. 37, § 6º, da Lei Maior, ou seja, a busca da isonomia, fundada na razoável socialização dos riscos, e não e nunca na privatização dos lucros e distribuição dos prejuízos. Tal perspectiva é essencial. (CASTRO, 1991, p. 52-53)

O dano pode ser material, também denominado patrimonial, que consiste no prejuízo sofrido no patrimônio do lesado, abrangendo o que este efetivamente perdeu (dano emergente) e o que deixou de ganhar (lucro cessante); e, ainda, o dano moral, que se consubstancia, em apertada síntese, na lesão a direito inerente à personalidade.

3.2 Nexo de causalidade

A causalidade é fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

O alegado prejuízo do particular deve ser consequência da atividade ou omissão administrativa.

Sem a relação de causalidade entre o fato e o dano, não se admite a obrigação de indenizar.

Como diz Savatier (apud GONÇALVES, 2003, p. 520), “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado”.

E é necessário que se torne absolutamente certo que, sem o fato, o prejuízo não ocorreria.

A certeza parece fácil nos casos em que há apenas uma causa direta. Mas há hipóteses em que aparecem as concausas, que são circunstâncias ocorridas antes, durante ou após a ação, mas que influenciam a relação de causalidade.

Nesse diapasão, o difícil é identificar, diante da existência de concausas, qual delas foi a determinante para a ocorrência do dano.

Há várias teorias doutrinárias acerca da relação de causalidade, objetivando perquirir sobre a eficácia da causa para a produção do resultado lesivo ensejador da responsabilidade estatal, como: a) *teoria da equivalência das condições*, segundo a qual causa seria toda condição sem a qual o resultado não teria ocorrido; b) *teoria da causa próxima e da causa direta*, em que se procura indicar, entre todas as condições de um resultado, a que considera causa - normalmente, a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; c) *teoria da causalidade eficiente*, segundo a qual causa seria a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno; d) *teoria negativa de Mayer*, que usa os métodos da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa da causalidade, concluindo que, sendo toda condição *sine qua non* relevante, torna-se sem sentido tal critério para efeito de aferição de consequências, entendendo ser mais decisiva a indagação da culpabilidade; e) *teoria da causalidade adequada ou da adequação*, segundo a qual nem todas as condições serão causa, mas apenas a que for mais apropriada a produzir o evento, ou seja, causa é o antecedente necessário e adequado à produção do resultado.

O Supremo Tribunal Federal adotou a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal, como se infere do acórdão da lavra do eminente ministro Moreira Alves:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO DECORRENTE DE ASSALTO POR QUADRILHA DE QUE FAZIA PARTE PRESO FORAGIDO VÁRIOS MESES ANTES

- A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

- Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de *concausas*, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE nº 130.674, rel.: min. Moreira Alves, DJ 7/8/92, p. 11.782).

Segundo a referida teoria, a responsabilidade do Estado, embora objetiva, não dispensa o requisito do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. O dano deve ser consequência necessária ao fato que lhe deu causa, e só enseja indenização se estiver ligado diretamente a esse fato. Nessa conformidade, é incabível a indenização de “dano remoto”.

No entanto, há certos fatos que interrompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente.

A interrupção do nexo causal ocorre toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verifica pelo surgimento de uma circunstância outra denominada “causa estranha”.

Trata-se das excludentes da responsabilidade civil, que, no caso da responsabilidade civil do Estado, seriam: a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Merece relevar que se tem entendido que as *concausas* preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se essas as que já existiam no momento da conduta do agente. Da mesma forma, as *causas supervenientes*, que, embora concorram para o agravamento do resultado, em nada favorecem o agente.

3.3 Qualidade de agente na prática do ato

A palavra “agente” compreende as pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, exercem qualquer atividade inerente ao serviço público, hábil à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado.

Para a incidência da responsabilidade civil do Estado, importa encontrar-se o funcionário ou agente no exercício de uma atividade ou função pública quando causar o dano, mesmo que de forma irregular. Assim, por exemplo, no caso de um policial fardado, ainda que não esteja em serviço, matar alguém, o Estado responde.

Ou seja, sempre que a condição de funcionário ou agente público tiver contribuído de alguma forma para a prática do ato danoso, ainda que apenas lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, o Estado responde pela obrigação de indenizar.

4 Excludentes da responsabilidade civil do Estado

A maior parte da doutrina considera óbice à responsabilidade civil do Estado a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

4.1 Culpa exclusiva da vítima

Quando o evento danoso acontece por culpa ou fato exclusivo da vítima, afasta a responsabilidade do Estado indenizar, porque deixa de existir a relação de causa e efeito entre seu ato e o prejuízo sofrido pelo lesado.

No caso de culpa concorrente da vítima - na qual esta contribui, ao mesmo tempo que o agente, para a ocorrência do dano, não deixando de existir uma parcela de culpa deste -, o Estado responde proporcionalmente ao grau de culpa do seu agente. Há a repartição de responsabilidades, e o juiz fixa a indenização de forma proporcional, respondendo o Estado apenas pelos danos a que deu causa.

4.2 Fato de terceiro

Quando o dano acontece por ato ou fato de alguém que não ostenta a condição de agente do Estado, mesmo que no transcurso de uma atividade administrativa, o Estado não pode ser responsabilizado, porque desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano.

No entanto, o ato de terceiro só é capaz de excluir a responsabilidade estatal se estiver revestido das características de imprevisibilidade e inevitabilidade.

4.3 Caso fortuito e força maior

Caso fortuito é a expressão usada, na linguagem jurídica, para indicar todo evento que acontece imprevisivelmente, por uma força que não se pode evitar.

Fortuito, do latim *fortuitus*, de *fors*, quer dizer casual, acidental, ao azar. É, no sentido exato de sua derivação, o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem para que pudesse evitá-lo.

Já a força maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas não se pode, igualmente, evitar, haja vista ser mais forte do que a vontade ou ação do homem.

Ambos são irresistíveis, mas se distinguem pela previsibilidade ou imprevisibilidade.

Tanto um quanto outro, em princípio, constituem excludentes de responsabilidade, porque rompem a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

No entanto, modernamente, entende-se que somente o caso fortuito externo, ligado à força maior, o Act of God dos ingleses, estranho à pessoa do agente e da máquina administrativa, é capaz de excluir a responsabilidade do agente.

O caso fortuito interno, ligado à pessoa, à coisa ou à empresa do agente, não constitui excludente de responsabilidade, porque este seria previsível e ligado à pessoa (quando ocorre um mal súbito, por exemplo), ou à máquina (defeitos mecânicos, por exemplo).

5 Como a jurisprudência de nossos tribunais trata o tema da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos

Como bem ponderado pela professora Helena Elias Pinto:

A partir de 1946 e até 1988 é possível afirmar que a Suprema Corte adotou de forma unânime a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de danos causados por omissão do Estado.

Não obstante a ausência de mudança normativa relevante sobre esse aspecto específico, a partir do advento da nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição da República de 1988, constata-se uma verdadeira ruptura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação ao modelo adotado na sua tradição. O primeiro momento dessa ruptura ocorre com o julgamento do RE nº 130.764-1/PR, relatado pelo min. Moreira Alves, em 1992. O avanço, entretanto, ainda não foi, nesse primeiro momento, tão significativo, em decorrência de o resultado do julgamento ter sido no sentido da ausência do dever de indenizar, por falta de nexo de causalidade. Com o julgamento do RE nº 109.615-2/RJ, sob a relatoria do min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal com um atraso de meio século, finalmente se alinha, em casos de omissão, ao sistema da responsabilidade objetiva inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1946 e mantido nos ordenamentos constitucionais que se seguiram até a atualidade.

O reconhecimento, pela primeira vez, de um direito de se obter indenização em face do Estado por danos causados por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva não implicou em nova orientação pacífica da jurisprudência da Suprema Corte. Antes, pelo contrário, inaugurou uma sequência impressionante de oscilações teóricas na fundamentação de seus julgados, causando perplexidade aos operadores do Direito. (PINTO, 2008, p. 261-262)

Com efeito, embora haja jurisprudência entendendo pela responsabilidade civil objetiva em casos de omissão, é certo que essa não é pacífica, como se infere dos diversos julgados colacionados no Anexo I deste trabalho.

6 Fixação dos deveres positivos do Estado para efeito de aferição da sua responsabilidade por omissão

A problemática consiste em fixar objetivamente quais seriam os deveres positivos do Estado que se enquadrariam no âmbito dos direitos subjetivos passíveis de serem exigidos positivamente dos poderes públicos.

Poder-se-ia pensar, em princípio, em todos os direitos sociais, como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º, CF88); direitos dos trabalhadores (art. 7º); direito à associação profissional ou sindical (art. 8º); direito de greve (art. 9º); direito à seguridade social (art. 193 e seguintes); direitos relativos à educação e à cultura (5º, IX; 23, III a V; 24, VII a IX; 30, IX; 205 a 217); direitos relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso (art. 201, II; art. 203, I, II; arts. 226 e 227; art. 230); direitos relativos ao meio-ambiente (art. 225).

No entanto, diante da amplitude de tais direitos, em contraposição à limitação material de recursos públicos, faz-se necessário uma delimitação objetiva dos deveres estatais ensejadores de responsabilização no caso de omissão.

Nessa senda, parece razoável que tais deveres sejam restritos ao mínimo existencial, que encerra basicamente educação, saúde e segurança, eis que a ausência de qualquer deles implica violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

E quando tais deveres estiverem insertos em normas programáticas que não foram integradas por lei específica, o Judiciário atua para suprir a ausência da respectiva política pública, exsurgindo o fenômeno que se denomina judicialização da política ou politização do Judiciário.

Tal procedimento ocorre para conferir efetividade aos direitos que dependem de políticas públicas ainda não implementadas.

A respeito do tema, vale trazer à colação dois luminosos julgados:

PROCESSUALCIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Resp nº 804.595/SC, DJ de 14/12/2006 e Ag. nº 794.505/SP, DJ de 1º/2/2007.

2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal *a quo* à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*:

[...] O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, *verbis*: 'Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação'. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3. ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301-302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna ideia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais,

têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com esboço nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial. [...] Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almedina, p. 1.208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na ideia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lucido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES; CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da

pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]

3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: Resp nº 658.859/RS, publicado no DJ de 9/5/2005.

4. *In casu*, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração - nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC nº 73/93 e art. 6º da Lei nº 9.028/95, consoante se infere do voto-condutor exarado às fls. 537/542.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (*Resp* nº 811.608, Luiz Fux, DJ DATA: 4/6/2007 P. 314)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE APARELHOS DE AMPLIFICAÇÃO SONORA INDIVIDUAIS (AASI) A DEFICIENTES AUDITIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA UNIÃO E DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. NATUREZA. TEORIA DO MINIMO EXISTENCIAL

1. Havendo previsão constitucional (parág. único do art. 198 da CF88) da participação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), impõe-se reconhecer-lhes legitimidade para figurar no pólo passivo de demandas que objetivem assegurar o acesso a meios de preservação da saúde em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes do STJ.

2. Em que pese inexistir consenso na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da natureza da norma do art. 196 da Constituição, considerando alguns julgados a sua natureza programática e outros, tal como a sentença ora recorrida, defendendo que dela se poderiam extrair direitos subjetivos aptos a gerar exigências de prestações positivas do Poder Público, a melhor doutrina orienta que, em se tratando de direito à saúde, apenas às prestações que compõem o assim denominado "mínimo existencial" cabem ser judicialmente condenados os entes públicos a implementá-las em prazo determinado.

3. No vasto campo dos direitos aos bens da vida, inadequado seria supor que ao Poder Judiciário coubesse fixar ou escolher políticas públicas, como se os seus membros formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem, independentemente do debate político, deferindo pretensões que, embora justas, estariam se sobrepondo a outras tantas

demandas sociais, deixando de levar em conta um enorme contingente de pessoas que, vivendo abaixo do nível da dignidade, sequer teriam acesso ao Judiciário para expor as suas necessidades.

4. O fornecimento de aparelhos de amplificação sonora individuais (AASI), a despeito de sua relevância para a integração dos deficientes auditivos ao meio social, não se encontra inserido naquele grupo de prestações formadoras do “mínimo existencial” no campo da saúde a que se refere a doutrina de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 335p.), razão pela qual a sua eficácia positiva ou simétrica não decorre diretamente do texto constitucional e, portanto, não prescinde da interveniência legislativa.

5. Por não conter a Lei nº 7.853/89 qualquer determinação expressa relacionada ao fornecimento de aparelhos auditivos, mas, tão-somente, normas gerais visando a garantir o pleno exercício dos direitos das pessoas portadoras de deficiências, descabe ser enquadrada a prestação objeto da pretensão do Ministério Público Federal nestes autos dentre aquelas que teriam a natureza de opção política juridicizada além do mínimo existencial, donde inexistente respaldo legal para a condenação do Poder Público a proceder, em determinado prazo, à sua obrigatória implementação.

6. Remessa necessária e apelações providas. Ação civil pública julgada improcedente, o que, todavia, não significa devam os deficientes auditivos que já receberam os AASI por força de antecipação da tutela anteriormente deferida nos autos ser compelidos a devolvê-los, porque tal determinação, a par de inútil em termos de realocação de recursos, implicaria conferir eficácia negativa à norma do art. 196 da Constituição, o que não se pode razoavelmente conceber. (TRF-2ª Região, AC nº 386.313, DJU - Data: 2/7/2008 - Páginas: 119-120, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator)

Conclusão

O Estado é responsável por suas condutas comissivas e omissivas que causarem dano a terceiros. Tal regra tem assento constitucional no art. 37, § 6º, da CF88.

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado, é necessária a comprovação de três pressupostos básicos: o evento danoso, a qualidade de agente na prática do ato e o nexo causal entre eles, de forma que a ausência de qualquer desses elementos inibe a obrigação de indenizar.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade deve ser a teoria do dano direto e imediata, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.

A responsabilidade do Estado pode ser excluída quando se verificar a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito externo e força maior.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras entendem que a responsabilidade civil do Estado por conduta comissiva é objetiva. No entanto, quando à conduta omissiva, há várias correntes.

A jurisprudência também oscila na classificação, interpretando e aplicando a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo analisando caso a caso.

CIVIL LIABILITY OF STATE AND ITS EXCLUSIONS

ABSTRACT: This paper attempts to bring an overview of the liability, especially in the State for acts omissive, inquiring about the positive duties of the state that lead to its responsibility and as the jurisprudence of our courts is the issue.

KEYWORDS: Liability, state failure, exclusionary.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandras. *Comentários à Constituição do Brasil*. V. 3, t. II. Rio de Janeiro: Saraiva, 1992.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. V. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1997.

THEODORO JR., Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

APÊNDICE A - JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Acórdãos:

- 1) Detento morto: RE 372472, DJ 28/11/2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929 CARLOS VELLOSO, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1.095.309 DJE DATA: 1º/6/2009 LUIZ FUX;
- 2) Latrocínio - fugitivo: RE 369.820, DJ 20/4/2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 RTJ VOL-00200-02 PP-00982 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 268-298, CARLOS VELLOSO, REAGR 573.595, DJe-152 DIVULG 14/8/2008 PUBLIC 15/8/2008 EMENT VOL-02328-07 PP-01418 EROS GRAU;
- 3) Dever fiscalizatório: Resp 1.059.562, DJE DATA: 9/3/2009 HERMAN BENJAMIN;
- 4) Buraco na estrada: Resp 958.466, DJE DATA: 15/10/2008 LEXSTJ VOL.: 00231 PG: 00169 LUIZ FUX;
- 5) Segurador universal: Resp 780.500, DJ DATA: 26/9/2007 PG:00205, ELIANA CALMON;
- 6) Culpa do preposto: Resp 721.439, DJ DATA: 31/8/2007 PG:00221 ELIANA CALMON;
- 7) Ônus *probandi*: Resp 737.797, DJ DATA: 28/8/2006 PG:00226 LUIZ FUX;
- 8) Morte paciente hospital público: Resp 738.833, DJ DATA: 28/8/2006 PG:00227 LUIZ FUX;
- 9) Demora no fornecimento de medicamento - dano moral: Resp 684.906, DJ DATA: 25/5/2006 PG:00161 FRANCISCO FALCÃO;
- 10) Erro médico: Resp 674.586, DJ DATA: 2/5/2006 PG:00253, LUIZ FUX;
- 11) Coroa Brastel: Resp 472.735, DJ DATA:25/8/2003 PG:00264 LUIZ FUX;
- 12) Acidente de veículo: TRF-1ª Região, AC 2006.0100018960-9, DJ DATA: 7/12/2007 PAGINA:70 JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.);
- 13) Acidente com arma: TRF-1ª Região, AC 2000.0100043916-8, DJ DATA: 10/5/2004 PAGINA:117 JUIZ FEDERAL MOACIR FERREIRA RAMOS (CONV.);
- 14) Falta de atendimento hospitalar: TRF-1ª Região, AC 2006.0100018960-9, DJ DATA: 7/12/2007 PAGINA: 70 JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.); TRF-2ª Região, AC 304.216, DJU - Data: 20/4/2003 - Página: 330 Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND;
- 15) Fiscalização - Bacen: TRF-4ª Região, AC 1999.71000119167, DJ 4/9/2002 PÁGINA: 817 CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ;

16) Explosão de granada em festividade: TRF-5ª Região, AC 323.788, DJ - Data: 16/8/2007 - Página::572 - Nº 158 Desembargador Federal JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO

17) Bala perdida: RESP - RECURSO ESPECIAL - 1.056.605, DJE DATA:25/3/2009 LUIZ FUX;

18) Afogamento piscina: TRF-1ª Região, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2004.34000267622, DJ DATA: 27/7/2006, p. 91;

19) Dengue: RESP - RECURSO ESPECIAL - 703471 DJ DATA: 21/11/2005 PG:00195 RNDJ VOL.: 00075 PG:00060 RSTJ VOL.:00201 PG:00232 JOÃO OTÁVIO DE NORONHA;

20) Demora na prestação jurisdicional: STJ, HC - HÁBEAS CORPUS Nº 89.884 DJE DATA: 9/3/2009 ARNALDO ESTEVES LIMA.

ANEXO A - PROJETO DE LEI QUE DISPÕE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, PROPOSTO PELO DEPUTADO FLÁVIO DINO (PC DO B/MA), APRESENTADO EM 24/6/2009 E REGISTRADO SOB O Nº PL-5.480

PROJETO DE LEI Nº 5.480, DE 2009 (Do Sr. Flávio Dino)

Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I: DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos a terceiros, oriundos de ações ou omissões, de falta do serviço ou de fatos do serviço, da obra ou da coisa, imputados às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e aos respectivos agentes.

§ 1º Os preceitos desta Lei se aplicam à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às respectivas autarquias e fundações públicas; às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviços públicos; às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e a todas as pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos.

§ 2º As concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e outras pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos, regem-se pelos preceitos desta Lei, quando os fatos geradores da responsabilidade se relacionarem com os serviços públicos que desempenham.

§ 3º As empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, no tocante às obrigações decorrentes da responsabilidade civil.

§ 4º Os preceitos desta Lei aplicam-se aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União e dos Estados e às Câmaras Municipais, quando no desempenho de função administrativa, observados os capítulos VIII e X desta Lei, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas e ao Ministério Público, como previsto nos capítulos IX e XI.

§ 5º As normas desta Lei estendem-se aos atos praticados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, no que couber.

§ 6º Aplicam-se, também, os preceitos desta Lei às atividades notariais e de registro, casos em que a responsabilidade é solidária entre o Poder Público e os delegados desses serviços.

Art. 2º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano, nos casos de dolo ou culpa.

Art. 3º Para os fins desta Lei considera-se:

I - ação - a atuação mediante atos jurídicos, medidas e operações materiais;

II - omissão - a inércia, a falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas ou de operações materiais, a ausência de atuação adequada em situação de risco, o descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico;

III - falta do serviço - o não funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento;

IV - fato da coisa - evento em que o dano ocorre por falha ou defeito em equipamentos, máquinas, objetos ou bens em geral, pertencentes ou sob os cuidados das pessoas jurídicas responsáveis; ou pela existência de uma situação de risco, sem a necessidade de identificação do causador do dano;

V - fato do serviço - todo evento, objetivamente lesivo e para cuja caracterização se exige, tão-somente, o nexo de causalidade com o dano;

VI - fato da obra - quaisquer fatos ou faltas referenciados à obra ou serviço, sob regime de execução direta ou indireta;

VII - agente - quem atua para as pessoas jurídicas públicas e para as pessoas privadas prestadoras de serviço público, a qualquer título, mesmo sem vínculo funcional ou de modo temporário ou eventual;

VIII - serviço público - toda atividade pública, executada diretamente ou mediante concessão, permissão, autorização, ou a outro título.

CAPÍTULO II: DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE

Art. 4º A responsabilização civil das pessoas jurídicas públicas ou das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos:

I - existência do dano e do nexo causal;

II - estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções ou delas prevalecer-se, embora fora do horário de trabalho;

III - ausência de causa excludente de responsabilidade, na forma do Capítulo V desta Lei.

CAPÍTULO III: DO DANO

Art. 5º O dano há de ser real e certo, com decorrências imediatas ou supervenientes.

§ 1º O dano poderá ter consequências individualizadas, coletivas ou difusas.

§ 2º Na caracterização da responsabilidade admitem-se as consequências diretas do dano em relação à vítima, assim como ao cônjuge, companheiro, pais, filhos ou dependentes.

CAPÍTULO IV: DO NEXO DE CAUSALIDADE

Art. 6º Para configurar-se a responsabilidade deve ficar comprovada a existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão ou falta do serviço, e fatos do serviço, da obra ou da coisa.

CAPÍTULO V: DAS CAUSAS EXCLUDENTES OU LIMITATIVAS

Art. 7º São causas excludentes da responsabilidade a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Parágrafo único - Se as ações ou omissões da pessoa jurídica, as faltas de serviço ou os fatos do serviço, da obra e da coisa, concorrerem com a força maior, do caso fortuito ou do fato de terceiro, bem como na hipótese de culpa da vítima, haverá responsabilidade proporcional.

Art. 8º Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

CAPÍTULO VI: DO DIREITO DE REGRESSO

Art. 9º A responsabilização dos agentes será, em qualquer caso, efetivada regressivamente.

§ 1º Identificado o agente causador do dano, e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se o ajuizamento da ação de regresso.

§ 2º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 10. Nos casos de condenação, transitada em julgado, de pessoa jurídica pública, ao ressarcimento de danos, o fato deverá ser comunicado ao Advogado Geral, ou Procurador Geral ou autoridade equivalente, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade.

§ 1º Recebida a comunicação, o Advogado Geral, o Procurador Geral da União, os Procuradores Regionais da União, os Procuradores Chefes da União nos Estados, o Procurador Geral do Estado, o Procurador Geral do Município ou autoridades equivalentes determinarão as providências necessárias para o exercício do direito de regresso.

§ 2º As autoridades arroladas neste artigo poderão determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificar o agente causador do dano e apurar seu dolo ou culpa, ainda que não iniciada ou não encerrada a ação judicial intentada pela vítima ou demais legitimados e nos casos de processo administrativo de reparação de dano.

§ 3º A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa serão efetuadas mediante processo administrativo.

Art. 11. Identificada a ocorrência do dolo ou culpa na conduta do agente, este será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor total da indenização paga pelo poder estatal, atualizado monetariamente.

§ 1º Vencido o prazo fixado no caput, sem o pagamento, será proposta, no prazo de 30 (trinta) dias, a respectiva ação judicial regressiva.

§ 2º O agente poderá autorizar o desconto mensal em folha de pagamento, de parcela da remuneração recebida, para pagamento do débito com o erário, respeitados os limites fixados na legislação.

§ 3º A exoneração, demissão, dispensa, rescisão contratual, cassação de aposentadoria ou qualquer outra situação que impeça o desconto, obrigará o agente a quitar o débito em 60 (sessenta) dias, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Art. 12. As pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, adotarão os procedimentos previstos nos artigos. 10 e 11, no que couber.

Art. 13. A condenação criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano reparado, acarreta sua obrigação de ressarcir, não se questionando mais sobre a existência do fato, a autoria, o dolo ou a culpa.

Parágrafo único - Aplica-se à responsabilidade civil do Estado o disposto nos artigos 63 e 64, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, observado o prescrito no art. 9º desta Lei.

Art. 14. A absolvição criminal, do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, que negue a inexistência do fato ou da autoria, afasta o exercício do direito de regresso.

§ 1º A sentença criminal, transitada em julgado, que declare ter sido o ato do agente praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, também exclui o exercício do direito de regresso.

§ 2º Não será excluído o direito de regresso contra o agente, quando a decisão, no juízo penal:

I - ordenar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, por insuficiência de prova quanto à existência da infração penal ou sua autoria;

II - absolver o réu por não haver prova da existência do fato;

III - absolver o réu por não existir prova suficiente para a condenação;

IV - declarar extinta a punibilidade;

V - declarar que o fato imputado não é definido como infração penal.

CAPÍTULO VII: DO RESSARCIMENTO ADMINISTRATIVO DO DANO

Art. 15. Sem prejuízo da propositura da ação própria junto ao Poder Judiciário, a vítima e outros legitimados poderão pleitear administrativamente, das pessoas jurídicas responsáveis, a reparação dos danos, observadas as seguintes normas:

I - o requerimento será protocolado junto aos órgãos arrolados no inciso IV deste artigo;

II - a partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de reparação de danos, até decisão final;

III - o requerimento conterá o nome, a qualificação, o domicílio e o endereço do requerente, os fundamentos de fato e de direito do pedido, as provas e o valor da indenização pretendida;

IV - a decisão do requerimento caberá a uma comissão, que funcionará junto à Advocacia Geral da União, às Procuradorias Gerais dos Estados, às Procuradorias Gerais dos Municípios ou órgãos equivalentes, com recurso ao respectivo titular do órgão, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência pelo interessado;

V - concordando, o requerente, com o valor da indenização, o pagamento será efetuado em ordem própria, no primeiro semestre do exercício seguinte.

CAPÍTULO VIII: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Art. 16. O Estado responderá por danos causados pela incidência ou aplicação de dispositivo cuja inconstitucionalidade for declarada pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO IX: DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS

Art. 17. Pelos danos consequentes ao exercício, pelos Tribunais e Conselhos de Contas, de sua competência constitucional de controle externo, o Estado é civilmente responsável, quando o Ministro ou Conselheiro agir com dolo ou fraude, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único - Se se tratar de exercício de função administrativa, à responsabilidade civil do Estado, pela atuação dos Tribunais e Conselhos de Contas, aplicar-se-á o regime geral previsto nesta Lei.

CAPÍTULO X: DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Art. 18. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Parágrafo único. A indenização não será devida, se o erro ou a injustiça da condenação decorrer de ato ou falta imputável ao próprio interessado, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Art. 19. O Estado responde pelos danos causados por dolo ou fraude do julgador, sem prejuízo do direito de regresso.

Parágrafo único. Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

CAPÍTULO XI: DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 20. As disposições desta Lei aplicam-se aos órgãos do Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa.

Art. 21. Sem prejuízo do direito de regresso, responde o Estado pelos danos decorrentes do exercício, pelo Ministério Público, de suas funções institucionais, quando os seus membros procederem com dolo ou fraude, ou fizerem uso indevido das informações e documentos que obtiverem, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

CAPÍTULO XII: DA PRESCRIÇÃO

Art. 22. Prescreve em cinco anos a ação de responsabilidade civil do Estado, nos termos desta Lei.

§ 1º O termo inicial do prazo prescricional é a data em que se configurar a lesão ou aquela em que o legitimado para agir tiver conhecimento de quem seja o responsável, prevalecendo o fato que ocorrer por último.

§ 2º Proposta ação penal em face do agente, interrompe-se o prazo de prescrição.

CAPÍTULO XIII: DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23. Os casos específicos de responsabilidade civil do Estado continuarão a reger-se pela legislação própria, aplicando-se subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Art. 24. Os débitos correspondentes a indenizações decorrentes de decisões da responsabilização civil do Estado têm natureza alimentar e de dívida de valor.

§ 1º A sentença que fixar a indenização terá caráter mandamental no tocante à obtenção de recursos necessários à produção de capital correspondente aos débitos vencidos ou ao início do pagamento mensal destes, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor, tendo o prazo de 30 (trinta) dias para seu cumprimento.

§ 2º Em se tratando de execução da Fazenda Pública, os precatórios correspondentes ao pagamento dos débitos serão pagos na ordem daqueles referentes aos débitos de natureza alimentar.

§ 3º Para os fins do § 3º do artigo 100 da Constituição Federal, são tidos como de pequeno valor os débitos vencidos relativos às indenizações por responsabilidade civil do Estado de até 100 (cem) salários mínimos, por autor.

§ 4º No caso do parágrafo anterior, cada exequente poderá optar pelo pagamento, no prazo fixado pelo § 1º deste artigo, sem necessidade de expedição de precatório.

§ 5º A opção de que trata o parágrafo anterior importa a renúncia do eventual restante de créditos porventura existentes em virtude do mesmo processo, implicando o pagamento, na forma prevista no referido parágrafo, em quitação total dos respectivos valores, determinando a extinção do processo.

§ 6º Os recursos interpostos e os embargos opostos pelo devedor serão recebidos sem efeito suspensivo.

§ 7º Poderá ser atribuído efeito suspensivo nos casos em que o valor dos débitos seja superior ao fixado no § 3º, desde que haja fundado receito de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 8º Às ações de responsabilização civil intentadas contra a União aplica-se o disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal, e aquelas ajuizadas contra as demais pessoas enumeradas no art. 1º desta Lei poderão ser aforadas na comarca em que for domiciliado o autor; naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que originou a demanda, ou, ainda conforme o réu, na Capital do Estado, no Distrito Federal, na sede do Município ou das autarquias e das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.

Art. 25. Aplica-se a responsabilidade solidária entre o Estado e os diferentes co-responsáveis, nas hipóteses de pluralidade de causas e de fato da obra.

Art. 26. Não prevalecem limites legais de indenização para a responsabilidade civil do Estado.

Art. 27. É facultativa a denunciação da lide nas ações de que trata esta Lei.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A presente proposição é fruto de uma Comissão instituída no âmbito do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União, no ano de 2002, sob a presidência do ilustre jurista Caio Tácito. Trata-se de tema de mais alta relevância: como os cidadãos podem obter, com celeridade, reparações em face de danos causados pelos agentes estatais. A jurisprudência brasileira vem consolidando diretrizes acerca das principais controvérsias que cercam a temática, mas isso não dispensa, ao contrário exige, a emissão pelo Poder Legislativo de um marco normativo claro e seguro para reger a relação entre o Estado e os administrados. A apresentação desta proposição me foi sugerida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, digno Presidente do Supremo Tribunal Federal. Para ser fiel aos trabalhos da Comissão, optei por não alterá-lo e deixar ao processo legislativo alguns aperfeiçoamentos que certamente advirão da colaboração dos nobres parlamentares. Do mesmo modo, como Justificação, transcrevo o expediente encaminhado pelos membros da Comissão, ao término dos trabalhos. Cuida-se de registro histórico e de justa homenagem aos juristas que se dedicaram ao assunto com espírito cívico e elevada qualidade técnica.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2002.

Excelentíssimo Senhor Dr. José Bonifácio de Andrade e Silva - M. D. Advogado Geral da União

Na qualidade de presidente da Comissão constituída pela Portaria Conjunta nº 8, de 22/2/02, subscrita por Vossa Excelência e o Senhor Ministro da Justiça, incumbida da realização de estudos sobre o tema da responsabilidade civil do Estado e da elaboração de anteprojeto de lei a respeito, tenho a honra de apresentar a Vossa Excelência o produto de nosso trabalho. O anteprojeto ora apresentado pretende configurar um marco no Direito Pátrio pela ordenação que oferece, propiciando conhecimento imediato do assunto. a toda a sociedade, aos agentes públicos

e aos advogados. A necessidade de conferir tratamento sistematizado à responsabilidade civil do Estado inspirou a criação da Comissão, sob nossa presidência e integrada pelos especialistas, Odete Medauar, Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio de Andréa Ferreira, Ivete Lund Viegas, João Francisco Aguiar Drumond, Thereza Helena de Miranda Lima e Yussef Cahali. Desenvolvida em sucessivas reuniões e mediante pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, relativamente ao Direito Nacional e Comparado, a atividade da Comissão, com base nas primeiras definições do plenário, consolidou-se em texto elaborado pela Professora Odete Medauar escolhida por seus pares, para as funções de Relatora. Esclareça-se que o professor Yussef Cahali não pôde participar dos trabalhos e a Doutora Thereza Helena de Miranda Lima somente pôde comparecer à reunião inicial, ambos por motivos pessoais.

A Comissão adotou a orientação de formular a proposta de um anteprojeto de lei que contempla o regime geral sobre a responsabilidade civil do Estado, objetivando sistematizar o assunto e consolidar os tópicos doutrinária e jurisprudencialmente assentes, bem como aduzindo elementos conducentes à solução justa e à efetividade da responsabilização. Nesta moldura, mantém-se a legislação que dispõe sobre os casos específicos sem prejuízo da aplicação subsidiária da lei geral (art. 23), excluindo-se, apenas, as limitações impostas, *ope legis*, ao valor indenizatório (art. 26).

Submisso ao preceito do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, o Anteprojeto o reproduz em seu art. 2º, adotando a responsabilidade por causas específicas, bem como pelo fato do serviço, para cuja caracterização se exige tão-somente, o nexo de causalidade entre o evento e o dano (arts. 7º n. V. 4º n. 1 e 6º). Entendeu-se pertinente que se enumerassem (art. 1º) e definissem (art. 2º, I a VI) especificidades, como o fato da coisa e da obra; e se realçasse a hipótese de falta do serviço, configurada pelo não funcionamento deste ou por sua insuficiência, inadequação, tardança ou lentidão, explicitando-se, ademais, que a responsabilidade abrange ações e omissões especialmente definidas. Por outro lado, na esteira do entendimento da doutrina e da Justiça a que aderiu a Comissão, o anteprojeto não faz distinção entre responsabilidade por ilícito absoluto e por ilícito relativo.

Trata, também, o anteprojeto, das causas excludentes ou limitativas da responsabilidade: excludentes nos casos de ruptura da cadeia causal imputável ao Estado; e limitativas nos de concorrência com ela daquelas causas (Capítulo V). Explicitou-se, ainda, que, em todas as hipóteses de pluralidade de causas, haverá proporcionalidade na responsabilização e, conseqüentemente, no valor do ressarcimento; e solidariedade entre os co-responsáveis (arts. 7º, p. único, 8º e 25). Fiel à moldura constitucional, o documento engloba, na locução “responsabilidade civil do Estado”, a das pessoas político-federativas; das pessoas administrativas, públicas e privadas; e a das pessoas do setor privado que, a qualquer título, prestem serviços públicos (art. 1º, § 1º).

No tocante às empresas públicas e às sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, excluíram-se, do elenco de destinatárias das regras projetadas (art. 1º, § 3º), aquelas a que se dirige o § 1º, do art. 173 da CF, cujo inciso II as submete ao regime jurídico próprio das empresas privadas no concernente às obrigações civis.

Quanto às pessoas privadas (físicas e jurídicas), sua responsabilização, nos moldes do anteprojeto, se dá no pertinente aos fatos relacionados com os serviços públicos de que sejam prestadoras (art. 1º, § 2º). Dá-se, por sua vez, ao conceito de serviço público (art. 3º, VIII) abrangência que engloba toda atividade pública, seja ela desenvolvida por execução direta ou indireta e a qualquer título. Cuidado especial foi dispensado à incidência, das normas propostas, sobre a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário; dos Tribunais e Conselhos de Contas e do Ministério Público (arts. 1º, §§ 4º e 5º, e Capítulos VII a XI), distinguindo-se entre a respectiva atividade administrativa, à qual o regime geral do anteprojeto se aplica por inteiro, e a respectiva função institucional, a que foram dedicados dispositivos específicos, com as quais buscou-se preservar a autonomia em seu exercício.

Preceitos próprios foram dedicados à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 1º, § 6º) e aos serviços notoriais e de registro (§ 7º).

Do agente, a que se deu caracterização compreensiva, e de sua responsabilização, cuidam várias disposições (arts. 1º, 2º, VII; 4º, II; e arts. 17, 19 e parágrafo único, e 21), com pormenorização do exercício de regresso da pessoa responsabilizada, em face do culpado (Capítulo VI).

Tema intensamente debatido no seio da Comissão foi o da pertinência ou não da denúncia da lide nos processos judiciais de responsabilização civil do Estado, tendo prevalecido a solução, jurisprudencialmente prestigiada, da sua facultatividade (art. 27).

O anteprojeto oferece, como aspecto de particular relevo, o da agilização no pagamento das indenizações, com o que se atende ao princípio da moralidade pública.

Para tanto, institucionalizou-se procedimento administrativo para, de forma célere, e visando a contribuir para a desobstrução da instância judiciária, poderem obter, vítima e demais legitimados, a reparação do dano no âmbito extrajudicial (Capítulo VII).

Outrossim, o art. 25 e seus parágrafos, do anteprojeto valem-se de mecanismos processuais, objetivando ensejar a real efetividade das condições judiciais, no caso de responsabilização civil do Estado. Expressando o caráter alimentar e de dívida de valor dos débitos das indenizações - com todas as correspondentes consequências - o texto projetado explicita a mandamentalidade da sentença que as fixa, no tocante as prestações vencidas; dinamiza os procedimentos de precatórios para a execução da porção condenatória da decisão, referente às prestações vencidas, e os dispensa, nos casos de pagamento de até cem salários mínimos por autor. Facilita a execução provisória, afastando a suspensividade de recursos e embargos e propicia alternativas benéficas para o autor, no tocante ao foro competente para o ajuizamento da demanda de responsabilização civil.

Estes, em linhas gerais, os principais aspectos do anteprojeto que ora submeto a Vossa Excelência, em nome da Comissão, permitindo-se salientar que foi adotado o modelo de um diploma sóbrio, que atendendo à essencialidade dos pontos fundamentais na matéria, não inviabilize sua evolução, mercê da imprescindível contribuição doutrinária e jurisprudencial (art. 24, § 8º).

Na expectativa de ter a Comissão cumprido, a contento, a superior missão que lhe foi confiada, apresento a Vossa Excelência os protestos de alta consideração e apreço, CAIO TÁCITO Presidente da Comissão É esta a proposição que ofereço à Câmara dos Deputados, solicitando o apoio dos eminentes pares.

Em 24 de junho de 2009.

Dep. Flávio Dino
PCdoB-MA