

## QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Hugo Eduardo Mansur Góes  
Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador  
Advogado em São Paulo-SP-Brasil

Sumário: 1.Introdução; 2.A denúncia da lide nas ações contra o Estado; 3.Responsabilidade do magistrado (Estado) por seus atos jurisdicionais; 4. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. 5.Omissão do Estado: responsabilidade subjetiva ou objetiva?; 6.Responsabilidade do Estado por atos de presidiário fugitivo contra terceiros.7.Conclusões; 8.Notas de rodapé convertidas; 9.Bibliografia.

### 1.Introdução.

O objetivo deste trabalho é transmitir aos leitores um pouco das questões controvertidas que envolvem o tema Responsabilidade Civil do Estado, mostrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com especial atenção às posições dos tribunais superiores.

Dentre os temas selecionados, vemos que alguns destes já ocupam vastas discussões na doutrina à muito tempo. Outros, mais recentes, merecem uma maior atenção e debate em razão do alto grau de complexidade. Em muitos casos, percebemos até mesmo um temor comedido do próprio Estado quando estas discussões são debatidas com uma maior postura crítica.

A evolução do Direito Administrativo, desde o famoso caso “Blanco” faz com que, questões como as que discorreremos neste trabalho não permaneçam estanques, amordaçadas, apesar de em muitos casos, a solução pareça transparente.

Os debates que permeiam o tema “a responsabilidade do Estado” não cessarão jamais. A relação entre esta imensa entidade e os seus administrados nunca será algo imobilizada no tempo.

Já dizia Luis Maria Cazorla Pietro: “A idéia de supremacia da Administração no seio da relação jurídico-administrativa frente ao administrado entra numa grande crise com o advento do Estado planificador que em todo o absorve e que se adentra em terrenos outrora desconhecidos, o que há acarretado que, em diversas ocasiões a superioridade da Administração Pública no vínculo relacional se coloque em duvida”.<sup>[1]</sup>

## 2. A denunciação da lide nas ações contra o Estado.

Para o processualista Humberto Theodoro Junior, a denunciação da lide “consiste em chamar o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido no processo”.<sup>[2]</sup>

A denunciação da lide, como vimos, é movida pelo denunciante em face do denunciado, instaurando, assim, uma outra demanda processual, esta de natureza secundária, que deverá ser julgada em conjunto com a ação principal. Apesar do denunciado ser adversário do denunciante, tem (o denunciado) interesse em que o denunciante vença a demanda para que não tenha a obrigação de indenizá-lo dentro da ação principal.

Esta é a visão processualística da denunciação da lide e que com alguns reparos, é utilizada no Direito Administrativo para solucionar os conflitos na relação que se triparte em Estado, administrado e servidor público *lato sensu*.

Lanço então a velha questão debatida na doutrina: numa ação contra o Estado, devemos acionar somente o Estado ou devemos acionar o Estado conjuntamente com o agente público, num litisconsórcio passivo?

Estaremos diante então, com a primeira divergência deste trabalho.

Para uma primeira corrente doutrinária, é uma obrigatoriedade imposta ao autor a propositura da ação contra a Fazenda Pública e o agente público, cumulativamente, num litisconsórcio passivo. Caso não seja proposta a ação contra o Estado e o agente público, mas somente contra o Estado, este deve promover a denunciação da lide do agente público, com base no artigo 70, inciso III do Código de Processo Civil, se aquele (o agente) estiver identificado e tiver agido com dolo ou culpa.

Diz o artigo 70, inciso II do CPC:

“A denunciação da lide é obrigatória:

I-.....

II-.....

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Em sentido favorável à denunciação da lide ao agente público, existe farta jurisprudência, argumentando-se o seguinte:

- a) o art. 70, III do CPC alcança todos os casos de ação regressiva;
- b) por economia processual e para evitar decisões conflitantes, a responsabilidade do agente pode ser apurada nos autos da reparação do dano;
- c) recusar a denunciação da lide cerceia um direito da Administração<sup>[3]</sup>.

Veja que esta primeira corrente doutrinária não admite apenas uma faculdade, mas impõe ao autor a propositura da ação contra o Estado e o agente público. Caso não seja formado o litisconsórcio passivo no início da ação (com a propositura), é dever do Estado a denunciação da lide, trazendo ao processo o agente público.

De acordo com este primeiro entendimento doutrinário, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “em ação de indenização por acidente de trânsito, a Municipalidade deve denunciar a lide ao motorista, seu funcionário, para os fins de ação regressiva”.<sup>[4]</sup>

Para uma segunda corrente doutrinária, é cabível a denunciação da lide nas ações contra o Estado, “levando” o servidor público lato sensu a formar um litisconsórcio passivo juntamente com o Estado. Para esta corrente, a possibilidade da denunciação da lide visa criar uma sintonia com o princípio da economia processual, uma vez que não há necessidade da formação de duas ações: uma primeira, proposta pelo autor do dano contra o Estado e uma segunda, proposta pelo Estado contra o servidor público, em regresso. Assim, na mesma ação, o Estado vê concretizado seu direito. Isto significa economia do erário público.

Diz o professor Humberto Theodoro Junior: “A denúncia, na hipótese, para que o Estado exercite a ação regressiva contra o funcionário faltoso, realmente, não é obrigatória. Mas, uma vez exercitada, não pode ser recusada pelo juiz”<sup>[5]</sup>.

O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de que é uma faculdade<sup>[6]</sup> ao particular a propositura da ação contra o Estado e o agente público conjuntamente. O litisconsórcio passivo é facultativo<sup>[7]</sup>. Veja, a título exemplificativo, a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SEUS PRESSUPOSTOS. 2-PROCESSUAL CIVIL. A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, FUNDADA EM RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, POR ATO DE FUNCIONÁRIO (CONSTITUIÇÃO, ART-107 E PARAGRAFO ÚNICO), NÃO COMPORTA OBRIGATORIA DENÚNCIAÇÃO A ESTE, NA FORMA DO ART-70, III, DO CPC, PARA A APURAÇÃO DE CULPA, DESNECESSÁRIA A SATISFAÇÃO DO PREJUDICADO. 3-RE NÃO CONHECIDO (RE 95091/RJ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA. Julgamento: 03/02/1983. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJ 18-03-1983 PG-12977 EMENT VOL-01287-01 PG-00308 RTJ VOL -00106-03 PG-01054).

Uma terceira corrente doutrinária tem um entendimento contrário à possibilidade de denunciar à lide o agente público. Dentre tantas justificativas, podemos elencar as seguintes:

- a) a CF/88, no seu §6º, responsabiliza o Estado pelo ressarcimento à vítima do dano, com base na prova do nexo causal e numa ação contra o Estado. Está se tratando de uma relação de responsabilidade estritamente entre o Poder Público e a vítima (ou cônjuge e herdeiros), descabida a interferência de outra relação obrigacional. Portanto, o art. 70, inciso III do CPC deixa de prevalecer ante a regra constitucional.
- b) necessidade de priorizar o direito da vítima, evitando demora no andamento do processo pelo ingresso de mais de um sujeito.
- c) ingerência de um fundamento novo na demanda principal.

Se a ação de reparação de dano correr sem denunciação da lide, não se exaure o direito de regresso da Administração, que poderá invocá-lo em ação própria.

Entendendo pela não obrigatoriedade do litisconsórcio passivo, diz o professor Marçal Justen Filho: “Não é possível reconhecer a existência de um 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 ambos”.<sup>[8]</sup>

Seguindo este entendimento, diz a professora Lucia Valle Figueiredo: “Não pode lei menor empecer a grandeza do instituto. A pretexto da discutível economia processual, não se pode deixar instaurar, no bojo da lide, outra lide – a do Estado e do funcionário -, ocasionando graves percalços ao lesado”.<sup>[9]</sup>

Para o professor Vicente Greco Filho, o inciso III do art. 70 refere-se ao garante e não ao funcionário, cuja responsabilidade seria ainda aferida<sup>[10]</sup>.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) predomina o entendimento pelo não-cabimento da denunciação da lide: “Na relação à exegese do art.70, III do CPC, melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos casos de alegado direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária”.<sup>[11]</sup>

É também o entendimento dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo: “Esta é a regra: o Estado indeniza a vítima independentemente de dolo ou culpa desta, e o agente ressarcе a Administração, regressivamente, se houver dolo ou culpa de sua parte, agente. É inaplicável a denunciação da lide pela Administração a seus agentes, no caso da ação de reparação de dano”.

E continuam: “Embora não seja unânime na doutrina a respeito, a orientação dominante é no sentido de ser incabível a denunciação da lide, pois, caso exigida, essa formalidade processual resultaria em inegável prejuízo para o particular, que veria procrastinado o exercício do seu direito legítimo à reparação como vítima do dano (em razão da responsabilidade objetiva), em função da dependência que ficaria o litígio da solução deste em face daquela. Enfim, o ingresso do agente no litígio traria injustificado retardamento na recuperação do dano à vítima, que, como vimos, não depende da comprovação de culpa ou dolo do agente para ter direito à indenização”.<sup>[12]</sup>

É também o entendimento do professor Diógenes Gasparini: “Se dirigida (a ação) contra a Administração Pública, não cabe denunciar à lide o agente causador do dano, numa aplicação sem muito cuidado do art.70, III do CPC (RTInforma, 352:20), embora haja divergência (RT, 540:103)”.<sup>[13]</sup>

De uma maneira geral, os processualistas são favoráveis à possibilidade da denunciação à lide do funcionário público, causador do dano, nas ações de responsabilidade civil do Estado. Já os administrativistas, na sua grande maioria, repudiam a possibilidade da denunciação da lide.

### 3. Responsabilidade do magistrado (Estado) por seus atos jurisdicionais.

De uma forma generalizada, este tema não é muito debatido na doutrina. Se pesquisarmos nos mais respeitados livros de Direito Administrativo, percebemos que são dedicadas uma ou duas páginas sobre o tema. Há um certo desconforto em aprofundar o assunto, talvez por se tratar da responsabilização de um agente político, figura onipotente.

Por outro lado, a possibilidade da responsabilidade do magistrado por seus atos, seja dentro da própria ação contra o Estado (sendo o juiz denunciado à lide), seja em ação própria, deve ter parâmetros e bom senso. De fato, a autonomia das decisões da magistratura credita o Judiciário, torna o órgão forte e não pode ser medida ou menosprezada em razão da chicana de parcela minoritária dos juizes.

Estaremos também, neste tópico, mostrando as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca deste tema tão delicado e controvertido. Veremos que a doutrina praticamente não toca no assunto concernente à responsabilidade do juiz enquanto pessoa. Falam, na sua grande maioria em responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado. Por isso, propositadamente, titulamos este tópico como “Responsabilidade do magistrado (Estado)...”, deixando a responsabilidade do Estado em segundo plano (apesar de sabermos que a ação por danos causados pelos atos jurisdicionais deva ser intentada contra o Estado na sua acepção ampla, que responderá pelos atos do Poder Judiciário, já que esse é um dos seus poderes e não possui legitimidade passiva). Desta forma, poderemos, contrapondo as posições doutrinárias, refletir um pouco mais sobre o tema e não trata-lo somente com a tão conhecida superficialidade.

Para uma primeira corrente doutrinária, não se deve generalizar a responsabilidade do juiz pelos seus atos jurisdicionais. Para esta corrente, somente poderíamos cogitar numa ação em regresso contra o Estado, e assim, entendamos contra o magistrado, diante de erro de condenação em sede criminal.

Os argumentos desta corrente doutrinária são:

- a) o Poder Judiciário é soberano.
- b) os juizes têm que agir com independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado.
- c) o magistrado não é servidor público.
- d) a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada.

De fato, presenciamos tanto em doutrina quanto na jurisprudência que a responsabilidade do Estado por danos oriundos de atos jurisdicionais ainda não foi plenamente acolhida. Justifica-se a irresponsabilidade pela necessidade de preservar a independência do judiciário (autoridade da coisa julgada) e a soberania dos juizes como órgãos de soberania nacional.

Diz a professora Odete Medauar: “Somente vem sendo aceita a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário de natureza criminal, em virtude do art.630 do CPP...”.

“O direito à reparação por erro judiciário (criminal) independe de revisão da sentença (art.5º, LXXV da CF/88<sup>[14]</sup>). O preceito não vincula o direito à indenização à revisão da sentença”<sup>[15]</sup>, conclui Medauar.

Odete Medauar entende que somente há responsabilidade civil do Estado nos casos de erro na condenação em sede de júízo criminal.

Veja o que diz o art. 630 do Código de Processo Penal Brasileiro:

O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no júízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal

ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º. A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada.

Em consonância com esta primeira corrente, veja o que dizem os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo: “A jurisprudência brasileira não admite a responsabilidade civil do Estado em face dos atos jurisdicionais praticados pelos magistrados. Assim como em relação aos atos legislativos, a regra é a irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais típicos, praticados pelo juiz na sua função típica, que é dizer o Direito, sentenciando”.

“Em relação às condutas culposas (quando profere sentença com negligência, sem apreciar devidamente os elementos constantes dos autos, por exemplo), prevalece a regra geral relativa aos atos jurisdicionais, da irresponsabilidade civil”<sup>[16]</sup>.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido em decidir pela irresponsabilidade do Estado pelos danos acarretados pela prática de atos judiciais. Veja, por exemplo, a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ATO DO PODER JUDICIÁRIO - A ORIENTAÇÃO QUE VEIO A PREDOMINAR NESTA CORTE, EM FACE DAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES À DE 1988, FOI A DE QUE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO NÃO SE APLICA AOS ATOS DO PODER JUDICIÁRIO, A NÃO SER NOS CASOS EXPRESSAMENTE DECLARADOS EM LEI - PRECEDENTES DO STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO (STF, 1ª Turma, 11/12/1992, RTJ 145/268).

Para uma segunda corrente doutrinária, deve haver a responsabilidade do Estado, mas também a responsabilidade pessoal do juiz, conforme ditames do artigo 133 do CPC.

Diz o artigo:

Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo Único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Voz dissonante da teoria da irresponsabilidade do Estado, com coerência, diz a professora Lucia Valle Figueiredo: “Quanto aos atos judiciais, impende remarcar que, mesmo difícil sua aferição, será possível a responsabilização do Estado por prestação jurisdicional a destempo e denegatória da justiça, bem como por decisões totalmente desconcertadas de standarts mínimos de razoabilidade”.<sup>[17]</sup>

Impende ressaltar que para esta segunda corrente doutrinária, a responsabilidade do magistrado (Estado) não deve se dar somente nas sentenças e acórdãos, mas também em qualquer decisão interlocutória proferida. Por exemplo, uma antecipação de tutela flagrantemente mal concedida e que causou dano à outra parte, uma antecipação de tutela que não foi concedida (mas que era claro o preenchimento dos requisitos para a concessão) e que acabou causando dano à parte que a pediu, a não permissão pelo magistrado da ouvida de uma testemunha importante no processo sem que tivesse razões plausíveis para isto,...

Neste sentido, é o depoimento do professor Lafayette Pondé: “Relativamente aos atos judiciários ninguém pode hoje acobertá-los de imunidade, sob pretexto de serem expressão de soberania. Este argumento provaria de mais, porque daria com a irresponsabilidade mesma da Administração e do Legislativo, já que o Judiciário não é um superpoder colocado sobre estes dois”.<sup>[18]</sup>

Referindo-se à Constituição Portuguesa, deixamos aqui registrada a voz autorizada de José Joaquim Gomes Canotilho: “Além da responsabilidade da administração, a norma constitucional está

aberta à responsabilidade por facto das leis (responsabilidade do Estado-legislador) e à responsabilidade por facto da função jurisdicional (responsabilidade do Estado-juiz). Relativamente a esta última, a Constituição consagra expressamente o dever de indemnização nos casos de privação inconstitucional ou ilegal da liberdade (CRP, art. 27) e nos casos de erro judiciário (CPR, art.29), mas a responsabilidade do Estado-juiz pode e deve estender-se a outros casos de culpa grave de que resultem danos de especial gravidade para o particular”.<sup>[19]</sup>

Também em consonância com a responsabilidade do ato jurisdicional não restrito ao campo penal, relata a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão”.<sup>[20]</sup>

Iremos ilustrar nosso trabalho com uma ementa de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que para a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro pode significar mudança na orientação da jurisprudência no que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos judiciais. Trata-se de acórdão proferido no Recurso Extraordinário 228.977/SP, em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, julgado em 05/03/2002 (DJU de 12/04/2002). Nele, há um trecho em que possibilita ao Estado o direito de acionar regressivamente o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AÇÃO REPARATÓRIA POR ATO ILÍCITO. ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA. 2. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO ESTADO. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente público, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, ao qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou

culpa.4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art.37, §6º, da CF/88. 5.Recurso Extraordinário conhecido e provido (RE 228.977-2/SP. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 05/03/2002. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJ 12-04-2002 PG-12977 EMENT VOL-2064-4 PG-10)<sup>[21]</sup>.

Veja que apesar de, no geral, a ementa conter uma natureza restritiva com relação à responsabilidade do magistrado pelo mesmo ser agente público, é de se notar que há um trecho em que fica clara a possibilidade de ação regressiva contra o juiz (“ao qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa”).

#### 4. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos.

Para uma primeira corrente doutrinária, não é possível a responsabilização civil do Estado por atos legislativos em face de que:

a) há o exercício soberano do poder de legislar.

b) a lei é norma de caráter geral (generalidade) e impessoal (impessoalidade), não sendo suscetível de causar dano a individuo determinado, pois é editada para beneficiar a todos.

Com relação ao tema, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz uma diferenciação entre ato legislativo propriamente dito e ato legislativo materialmente administrativo. Diz o professor: “o ato legislativo, por suas características de generalidade e abstração, não causa danos diretos, de modo que, se, por hipótese, da revogação ou da derrogação do direito objetivo decorrerem danos, não serão mais que prejuízos de fato, e o Estado nada tem de indenizar. Diferentemente, se a lei permitir uma execução direta, imediata e concreta, ela terá natureza de um ato materialmente administrativo e nestas condições, poderá causar danos indenizáveis”.<sup>[22]</sup>

No mesmo sentido desta corrente doutrinária, entendendo pela não responsabilidade do Estado por seus atos legislativos, os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>[23]</sup> argumentam que tal responsabilidade não é cabível em razão da generalidade, impessoalidade e abstração das leis.

Para uma segunda corrente doutrinária, a responsabilidade civil do Estado por danos derivados de lei inconstitucional dependeria da apuração de culpa.

O professor Marçal Justen Filho, partidário desta corrente, argumenta: “De modo genérico, reputa-se que a edição da lei não gera dever de indenizar. Mas essa concepção merece reparos. Há pelo menos três hipóteses em que caberá a responsabilização civil do Estado, que são a edição de lei inconstitucional, a edição de lei materialmente defeituosa e a responsabilização civil por omissão legislativa”.

Continua o professor: “... a ausência de norma jurídica qualificando a conduta ativa como obrigatória conduz a uma infração omissiva imprópria. Nesse caso, a responsabilização civil do Estado depende da comprovação da violação ao dever de diligência”.<sup>[24]</sup>

Para uma terceira corrente doutrinária, é admissível a responsabilidade objetiva do Estado por leis inconstitucionais, assim declarados.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem alguns julgados neste sentido, como, por exemplo, o RE 153.464, julgado em setembro de 1992, constando o seguinte trecho na sua ementa: “O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar”.<sup>[25]</sup>

Para a professora Odete Medauar, é possível não somente a responsabilidade do Estado por leis abstratas e dotadas de caráter de generalidade, mas também por atos legislativos diretos, a pessoas determinadas.

Fica aqui registrada a lição da professora: “Pode-se cogitar, ainda, da responsabilidade do Estado por ato legislativo típico, causador do dano a uma categoria de pessoas ou o número exíguo de pessoas, porque, no tocante ao dano, deixou de ter o caráter de ato geral e impessoal. No Direito Francês já se decidiram alguns casos nessa linha”.<sup>[26]</sup>

##### 5. Omissão do Estado: responsabilidade subjetiva ou objetiva?

Para uma primeira corrente doutrinária, no caso de omissão, responsabilidade do Estado é subjetiva. Filia-se a esta corrente, dentre outros autores, o professor Dirley da Cunha Junior<sup>[27]</sup>.

Em consonância com este entendimento, explica a professora Lucia Valle Figueiredo: “No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário”.

Completa a professora: “Deveras, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva. Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve *faute du service*. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente”.<sup>[28]</sup>

A título exemplificativo, extrai-se a seguinte passagem do voto vencedor do Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento de Recurso Extraordinário 237.536, em que ele foi Relator: “parece dominante na doutrina brasileira contemporânea a postura segundo a qual somente conforme os cânones da teoria subjetiva, derivada da culpa, será admissível imputar a responsabilidade pelos danos possibilitados por sua omissão”. Essa tem sido a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em julgamento do Recurso Extraordinário 179.147, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, firmou a distinção entre a responsabilidade civil do Estado decorrente de ação de seus agentes (responsabilidade objetiva) e a responsabilidade civil do Estado no caso de danos pela omissão da Administração (responsabilidade subjetiva). Reproduzimos aqui parte da ementa do acórdão:

“I-A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja o nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II- Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III- Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser

atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses”.

Filiado a esta primeira corrente doutrinária, diz o professor Diógenes Gasparini: “Em suma, o Estado responde, hoje, subjetivamente, com base no art.15 do Código Civil, pelos danos advindos de atos omissivos se lhe cabia agir (responsabilidade determinada pela teoria da culpa do serviço) e responde objetivamente, com fulcro no art. 37, §6º da CF, por danos causados a terceiros, decorrentes de comportamentos lícitos, enquanto o seu agente causador direto do dano responde, sempre, subjetivamente...”.<sup>[29]</sup>

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo exemplificam situações em que a responsabilidade do Estado é subjetiva: “É o caso de uma manifestação pública, em que uma multidão de terceiros (particulares não na qualidade de agentes públicos) venha a causar danos às pessoas, depredando propriedades, por exemplo; ou de fenômenos da natureza, como vendavais, chuvas, enchentes, etc... que venham a causar sérios prejuízos à população. Nessas hipóteses, a indenização estatal só será devida se restar comprovada a culpa da Administração (responsabilidade subjetiva)”.<sup>[30]</sup>

Segundo os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, caso ocorra uma enchente e ficando comprovado que os serviços prestados pela Administração foram insuficientes, deverá ela ser responsabilizada. Esta situação é muito comum de ocorrer quando as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo das águas e gerando prejuízo, inundando garagens, deixando os carros submersos<sup>[31]</sup>.

Ainda seguindo os ensinamentos dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, pode ocorrer uma enchente e que, nesta situação, todo o sistema de escoamento esteja em perfeitas condições, mas em razão de excepcional e imprevisível continuidade e intensidade das chuvas, o sistema de escoamento não funcionou. Nessa situação, restará descaracterizada, pelo infortúnio, a responsabilidade da Administração<sup>[32]</sup>.

Outros exemplos de responsabilização subjetiva do Estado decorrente de sua omissão podem ser enumerados, como um assalto a um particular que tenha buscado refúgio em local próximo a um posto policial e os policiais nada tenham feito para impedir o assalto diante deles ocorrido. Outrossim, os deslizamentos de terra decorrentes de chuvas (ou mesmo espontâneos), se antes já era visivelmente perigoso morar próximo à encosta e o Poder Público nada tenha feito para retirar previamente as pessoas do local<sup>[33]</sup>.

Para uma segunda corrente doutrinária, a responsabilidade do Estado por ato omissivo deve ser objetiva.

A doutrina de um modo geral, salvo raras exceções, não discrimina entre o dano decorrente de ação e dano decorrente de omissão do Estado, para fins de se fixar a natureza da responsabilidade do Estado, considerando, para ambas as hipóteses, a responsabilidade objetiva.

Com base monografia precisa de João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão, não é difícil concluir que, "a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do Estado pelo serviço público remunerado por tarifa ou preço público, é de natureza objetiva, tanto para as condutas comissivas como para as omissivas".<sup>[34]</sup>

O STF já decidiu que não é qualquer omissão estatal em que a responsabilidade estatal é subjetiva. Para a Suprema Corte há dois tipos de omissão: a omissão geral e a omissão específica. Para a omissão geral, a responsabilidade é subjetiva, enquanto para a omissão específica é objetiva<sup>[35]</sup> (ex: descumprimento de ordem judicial determinando que policiais resguardem determinado patrimônio é omissão específica). Muito embora o argumento jurisprudencial revele pouca cientificidade, temos como bom parâmetro para afastar a relação direta estabelecida pela doutrina tradicional: conduta comissiva / responsabilidade objetiva e conduta omissiva / responsabilidade subjetiva.

## 6. Responsabilidade do Estado por atos de presidiário fugitivo contra terceiros.

Esta situação relativa à fuga de detentos, com a conseqüente prática de atos danosos às pessoas e bens têm ocupado com relativa freqüência o Judiciário.

É a hipótese de preso que foge da prisão, e enquanto estiver foragido, pratica furtos, homicídios, estupro, etc. Nestes casos, as vítimas têm recorrido ao Poder Judiciário pleiteando indenização do Estado. A jurisprudência não é pacífica neste particular.

Para uma primeira corrente doutrinária, o Estado responde de forma objetiva quando um preso ao fugir do sistema penitenciário cause danos contra a integridade física ou patrimonial do administrado. Há decisões no sentido de que o Estado tem o dever de manter o condenado preso até cumprir a pena. Por isso, a fuga deste é de inteira responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, é dele (Estado) o dever de indenizar os danos patrimoniais e morais causados pelos detentos fugitivos.

Neste aspecto, levando em conta a precariedade do funcionamento das prisões brasileiras, diz Paulo Tadeu Rodrigues Rosa: "... as pessoas não podem e não devem ser prejudicadas pela precariedade ou omissão dos serviços prestados pelo Estado"<sup>1361</sup>.

A respeito do assunto, vale dizer que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já decidiu:

"INDENIZAÇÃO – HOMICÍDIO COMETIDO POR FORAGIDO DE PRESÍDIO CONTRA TERCEIRO – FALHA NO SERVIÇO PÚBLICO DE VIGILÂNCIA DE CRIMINOSO DE ALTA PERICULOSIDADE". – RT N º 692/145.

Sobre o tema, também já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"INDENIZAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. Homicídio praticado por preso liberado, temporariamente, durante o Natal e que não retornou na data marcada. Hipótese onde houve descuido, pelo órgão policial, no cumprimento do dever de recapturar. Ocorrência de faute du service. Caracterização de responsabilidade objetiva do Estado. Art. 107 da CF antiga (atual 37, XXI, § 6º). Indenização devida. Ação procedente. Recurso não provido".<sup>1371</sup>

Também neste sentido, deixamos aqui o registro de uma decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO. ROUBO E ESTUPRO COMETIDO POR MENORES EVADIDOS. CARACTERIZAÇÃO. Ao Estado, com exclusividade, incumbe velar pelas condições de segurança dos estabelecimentos correccionais em que se encontram segregados menores infratores dotados de grau intenso de periculosidade, pois é seu dever precípua impedir que esses menores, estando sob sua custódia, reingressassem ilegalmente ao convívio social, como parcela inerente da sua própria obrigação de garantir a segurança da sociedade. Se o ente estatal, numa atitude de descaso e de negligência, propicia, mercê da falta de segurança, que menores dessas características se evadam de local destinado ao internamento, com os mesmos integrando-se à quadrilha, praticando, então, diretamente, delitos de estupro e de roubo,

inescondível é a sua obrigação de prestar a correspondente indenização, por configurada, nos termos do art.37, §6º da CF, a sua responsabilidade objetiva” (TJ-SC-ApCível nº96.005825-27-Ac. unân. da CCível-Julgamento em 24/3/1998-Capital-Rel.Des. Trindade dos Santos).

Para uma segunda corrente doutrinária, o Estado não pode responder pelos danos causados por detentos foragidos. Não iremos tecer muitos comentários aos argumentos desta corrente doutrinária que, por mais inadmissíveis que sejam, ainda são acolhidos na maioria dos julgados.

Entende esta corrente que o Estado não pode ser responsabilizado pelos atos praticados por detentos fugitivos ainda que os mesmos tenham praticado os atos em razão de uma falha da sua vigilância, haja vista que a vontade para o cometimento do crime não pode ser justificado pelo fato de ainda estar cumprindo pena e não estar totalmente apto a ingressar na sociedade.

Argumenta esta corrente doutrinária que a fuga é um fato que pode acontecer em qualquer penitenciária, por mais preparada que esteja e, ainda que fosse possível implantar numa penitenciária um sistema de vigilância na proporção de um carcereiro para um detento, ainda assim, a vontade de fugir e cometer crimes não seria minorada.

Diante disto, vale deixar registrada a lição de Edimur Ferreira de Faria para posterior reflexão: “... se a Administração envidou todos os esforços para evitar a fuga, mas, não obstante, não conseguiu impedi-la, o Estado não deve ser responsabilizado pelas conseqüências decorrentes”.<sup>[38]</sup> Caberia neste caso analisar a culpa da Administração?

## 7. Conclusões.

No nosso trabalho, vimos que no que tange à denúncia da lide nas ações contra o Estado, uma 1ª corrente possui o entendimento da sua obrigatoriedade. Uma 2ª corrente doutrinária entende que é cabível a denúncia da lide, mas não obrigatória e para uma 3ª corrente doutrinária as ações contra o Estado não comportam a denúncia da lide porque a demanda contra o Estado é de natureza objetiva e a demanda contra o agente público é subjetiva (deve identificar a culpa ou dolo do agente), não sendo possível averiguar as duas situações numa mesma ação.

Com relação ao tema da responsabilidade do magistrado por seus atos jurisdicionais, vimos que uma 1ª corrente entende que não é possível a responsabilidade (os juizes têm que agir com

independência no exercício das funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado). Vimos que uma 2ª corrente doutrinária entende que em qualquer situação deva ser possível responsabilizar o magistrado por seus atos (não só na esfera criminal, mas também na cível, trabalhista,...).

No que toca à responsabilidade do Estado por atos legislativos, para uma 1ª corrente, não é possível a responsabilidade do Estado pela edição, por exemplo, de uma lei declarada inconstitucional e que acarretam danos às pessoas. Já para uma 2ª corrente doutrinária, é possível responsabilizar o Estado pelas leis declaradas inconstitucionais que acarretam danos às pessoas, desde que comprovada a culpa e para uma 3ª corrente, é possível a responsabilidade do Estado de forma objetiva.

Na discussão da responsabilidade do Estado pela omissão de seus atos, se a mesma é objetiva ou subjetiva, foi possível detectar também suas divergências doutrinárias. Para uma 1ª corrente, a responsabilidade é subjetiva, devendo provar a culpa ou dolo do agente público e para uma 2ª corrente doutrinária, a responsabilidade é objetiva, assim como o é quando o agente pratica um ato comissivo (ação), em que é responsabilizado objetivamente.

No último tema, ficou claro que para uma 1ª corrente doutrinária, o Estado tem o dever de custódia do detento, pois o mesmo tem ainda sua liberdade cerceada por lei. O Estado tem o dever de indenizar as vítimas pelos danos ocorridos em razão de atos praticados em razão da fuga do presídio. Para outra corrente, o Estado não pode ser responsabilizado pela impossibilidade de vigiar cada ato praticado por seus administrados, mesmo que estes se encontrem em status de fugitivos.

São antigos temas, sempre fizeram e farão parte do cotidiano da responsabilidade do Estado. De novo, temos as decisões dos nossos tribunais superiores, ora inclinando-se para uma postura mais tradicionalista, ora inclinando-se para uma postura de vanguarda. Vale deixar registrado o impulso dado pelos tribunais estaduais sobre estes diversos temas, o que vem fomentando as discussões entre os administrativistas.

8. Notas de rodapé convertidas.

<sup>[1]</sup> PIETRO, Luis Maria Cazorla. Temas de Derecho Administrativo. 2ª.ed. Madri: Servicios de Publicaciones del Ministério de Hacienda,1979, pg.189.

[2] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pg 117.

[3] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pgs.440 e 441.

[4] Ob.cit. pg.120.

[5] Ob. cit. pg.118.

[6] Ob.cit. pg 440.

[7] Sabemos que o litisconsórcio necessário é aquele em que é obrigatória a sua formação. Decorre de imposição legal ou da natureza da relação jurídica, hipótese em que o autor não resta alternativa senão a formação do litisconsórcio. Já o litisconsórcio facultativo dá ao autor uma discricionariedade para a sua formação, desde que preenchidos os requisitos legais.

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, pg.812.

[9] FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pg. 268.

[10] GRECO FILHO, Vicente. A denunciação da lide: sua obrigatoriedade e extensão. *Justitia*, 1976, 94/9-17.

[11] STJ, Resp. 210607, Rel. Min.Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, 04.02.2002, pg.369.

[12] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, pgs.415 e 416.

[13] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pg.830.

[14] “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

[15] Ob. cit. pg. 442.

[16] Ob.cit. pg. 412.

[17] Ob. cit. pg. 281.

[18] PONDE, Lafayette. Estudos de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pg.315.

[19] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003, pg.776.

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pg. 353.

[21] STF. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=RE&processo=228977&origem=IT&cod\\_classe=437](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=RE&processo=228977&origem=IT&cod_classe=437)>. Acesso em: 28 Out.2005.

[22] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pg.580.

[23] Ob. cit. pg. 412.

[24] Ob. cit. pgs. 805 e 808.

[25] Revista de Direito Administrativo, 1992, pgs. 305 e 306.

[26] Ob. cit. pg. 443.

[27] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 3ª. ed. Salvador: JusPODIUM, 2004, pg. 292.

[28] Ob. cit. pg. 260.

[29] Ob. cit. pg. 835.

[30] Ob. cit. pg. 410.

[31] Ob. cit. pg. 410.

[32] Ob. cit. pg. 411.

[33] Ob. cit. pg. 411.

[34] GANDINI, João Agnaldo Donizeti e SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 05 Nov. 2003.

[35] NUNES, Ricardo Mendonça. Responsabilidade Objetiva do Estado por Atos Omissivos. Jus Vigilantibus, Vitória, 31 out. 2005. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/18339](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/18339)>. Acesso em: 31 Out. 2005.

[36] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Responsabilidade do Estado e Sistema Penitenciário. Jus Vigilantibus, Vitória, 22 set 2004. Disponível em: <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/2283](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/2283)>. Acesso em: 27 Out. 2005.

[37] RJTJSP, vol. 96, págs. 154 e 155.

[38] FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pg.554.

## 9. Bibliografia.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Tomo 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956 (atual. José de Aguiar Dias).

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 3ª. ed. Salvador: JusPODIUM, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIETRO, Luis Maria Cazorla. Temas de Derecho Administrativo. 2ª.ed. Madri: Servicios de Publicaciones del Ministério de Hacienda, 1979.

PONDÉ, Lafayette. Estudos de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.