

Omissão

1 - A responsabilidade do Estado no STF e no STJ

A TODA PROVA - 17 de abril de 2013, 15h54

Por Aldo de Campos Costa

“Um policial, de folga, efetuou disparos com uma arma de fogo pertencente à sua corporação, objetivando a prisão de um elemento que acabava de furtar uma mulher. Entretanto, por erro, acabou causando a morte de uma pessoa inocente, que passava naquele momento. Assim, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, em face do risco administrativo (Prova objetiva do concurso público para provimento de vagas para os cargos da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo).

O Estado é responsável pelos atos ou omissões de seus agentes, de qualquer nível hierárquico^[1], independentemente de terem agido ou não dentro de suas competências, ainda que, no momento do dano, estejam fora do horário de expediente. O preceito inscrito no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. Foi o que se decidiu no caso do servidor público que, ao fazer uso da arma pertencente ao Estado, mesmo não estando em serviço, matou um menor na via pública (STF RE 135.310); em hipótese de assalto praticado por policial fardado (STF ARE 644.395 AgR); e no episódio de agressão praticada fora do serviço por soldado, com a utilização de arma da corporação militar (STF RE 160.401).

Os entes federativos também respondem subsidiariamente pelas obrigações das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público que instituírem. Há hipóteses, contudo, em que a responsabilidade do Estado por ato de concessionário, pode ser solidária e não meramente subsidiária, como ocorre, por exemplo, nas ações coletivas de proteção a direitos difusos, a despeito do que dispõe o artigo 38, parágrafo 6º da Lei 8.987/95 (concessão e permissão de serviços públicos): “não resultará para o poder concedente qualquer responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária”.

As empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito em concorrência com a iniciativa privada não respondem objetivamente^[2], mas a doutrina diverge, nesses casos, quanto à responsabilidade subsidiária do Estado. O posicionamento majoritário é no sentido de que o artigo 2º, inciso II, da Lei 11.101/2005, ao excluir da falência as estatais em geral, indica no sentido da

impossibilidade de falirem, e, conseqüentemente, de que o ente federativo que as criou e controla é subsidiariamente responsável por suas dívidas[3].

É necessária a presença dos seguintes requisitos para fazer eclodir a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público: a) consumação do dano a terceiro, servidor público ou não[4]; b) ação ou omissão administrativa; c) nexó causal entre o dano e a ação ou a omissão administrativa[5]; d) a oficialidade da atividade causal e lesiva; e) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal[6]. Complementarmente, será preciso que o dano possa ser caracterizado como jurídico, devendo causar lesão a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor do sujeito; e certo[7], ainda que atual ou futuro. Importante assinalar que nos casos de responsabilidade do Estado por atos lícitos, não basta que o dano seja apenas jurídico e certo, devendo ser, também, específico, de modo a atingir uma pessoa ou um grupo de pessoas determinadas, que sofrem dano não experimentados pelos demais membros da sociedade; e anormal, de modo a superar os inconvenientes normais da vida em sociedade[8].

A responsabilidade imputável às pessoas jurídicas de direito público será objetiva quando o dano for causado pelo próprio Estado. No caso das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, essa modalidade de responsabilização alcança, inclusive, os terceiros não usuários do serviço (STF RE 591.874), conforme se vê em casos como os da concessionária de transporte público proprietária de veículo que atropela pedestre no momento em que atravessava a rua (STF RE 302.622); e o de automóvel de terceiro abalroado por ônibus de uma concessionária de serviço público de transporte (STF RE 262.651).

Para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não se exige culpa ou dolo, mas apenas uma relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido por terceiro. Também não é necessário que o ato praticado seja ilícito, muito embora deva ser antijurídico. Ilustram a hipótese o caso de estado vegetativo decorrente de parada cardiorrespiratória durante cirurgia cesariana realizada em hospital público (STF AgR-RE 456.302), bem como o episódio envolvendo a construção de viaduto que teria provocado poluição sonora, visual e ambiental, com a conseqüente desvalorização de imóvel residencial (STF RE 113.587).

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva[9], pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. Vide os casos de preso assassinado na cela por outro detento (STF RE 170.014 e STF RE 81.602); dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino (STF RE 109.615); erro de junta médica que considerou policial militar apto para participar da instrução policial de tropa, embora

sofresse de cardiopatia (STF RE 140.270); vítima de disparo de fogo, que se encontrava detido, por ocasião de motim e tentativa de fuga por parte dos detentos (STF RE 382.054).

Nos casos de responsabilização do Estado por culpa, será sempre exigida a presença do binômio dever de agir-possibilidade de agir. Nesse sentido, ocaso fortuito ou força maior e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros são apontados, respectivamente, como causas excludentes e causas atenuantes da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. A caracterização de um fato como caso fortuito ou força maior decorre de um elemento subjetivo (ausência de culpa) e outro objetivo (inevitabilidade do evento), de forma que determinado evento pode até ser previsível, mas deve ser inevitável, mesmo diante de toda a diligência que empregue o poder público. É preciso considerar, para a imputação de responsabilidade ao ente estatal se existem meios materiais disponíveis, e a possibilidade efetiva de sua utilização. Não se reclama, para tanto, a imprevisibilidade do evento. Esse é o raciocínio comumente empregado nos casos de suicídio de pacientes internados em hospitais públicos (STF RE 318.725 AgR); acidentes rodoviários em que há colisão de veículos, com muitas vítimas fatais (STF AI 113.722 AgR); e de menores eletrocutados no teto de vagões ferroviários (STF RE 209.137).

Ressalte-se que a qualificação do tipo de responsabilidade imputável ao Estado — se objetiva ou subjetiva — constitui circunstância de menor relevo se ficar demonstrado pelo acervo probatório que a inoperância estatal injustificada foi condição decisiva para a produção do resultado danoso, como, por exemplo, aqueles causados por invasores em propriedade particular em decorrência do descumprimento de mandado judicial de reintegração de posse (STF RE 237.561 e STF AgR-AI 600.652).

Em matéria de transporte público, a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (Súmula STF 187). Isso significa que, em casos tais, o Estado não pode se eximir da responsabilidade invocando a culpa de terceiro; ele responde objetivamente, porém tem direito de regresso contra o terceiro responsável pelo dano. O fato de terceiro que exonera a responsabilidade é aquele que com o transporte não guarde conexão.

Nessa seara, não elide a responsabilidade do transportador: o roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco, pois trata-se de caso fortuito interno (STJ REsp 685662); o roubo de veículo e de carga sujeita a imposto de importação ocorrido no transporte de mercadoria já desembaraçada pelo pagamento do valor apurado em auto de infração (STJ REsp 1172027); se for demonstrado que a transportadora não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar, o roubo de carga (STJ REsp 435865); a explosão de pacote contendo artefatos pirotécnicos dentro de ônibus, assim a de assalto, de pedras atiradas contra o veículo e, ainda, a de assassino que, dissimulados de passageiros, praticam atos de violência no interior do transporte

coletivo (STJ REsp 78458); incêndio ocorrido no interior do coletivo derivado da combustão de material explosivo carregado por passageira que adentrou o ônibus conduzindo pacote de volume expressivo, cujo ingresso se deu, excepcionalmente, pela porta da frente, mediante prévia autorização do motorista (STJ REsp 168.985); o fato de terceiro, motorista de outro veículo, após discussão provocada pelo condutor do coletivo, disparar sua arma contra este e atingir o passageiro (STF RE 73.294); a existência de assaltos diurnos a coletivos, na região em que a firma explora sua atividade lucrativa (STF RE 88.407); motorista do caminhão, que empurrou o carro para baixo do ônibus e fez com que este atropelasse os pedestres, causando-lhes morte e ferimentos severos (STJ REsp 469.867).

Por outro lado, constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora: a ocorrência de assalto em interior de ônibus, por tratar-se de fato de terceiro inteiramente estranho à atividade de transporte (STJ AGREsp 620.259); o assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo (STJ REsp 726.371); pedra atirada contra composição férrea, por ser ato de terceiro, estranho ao contrato de transporte (STJ AgRg no REsp 1.060.288); o roubo, por ser equiparado ao fortuito externo, visto que a segurança é dever do Estado (STJ REsp 927.148); e o roubo de carga (STJ REsp 663.356).

Em matéria de serviços notariais, o Estado responde, objetivamente, pelos atos que causem dano a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa. O tabelionato não detém personalidade jurídica ou judiciária, sendo a responsabilidade pessoal do titular da serventia. Somente o tabelião e o Estado possuem legitimidade passiva. A propósito do tema, pululam julgados relacionados a escrituras passadas com base em procuração falsa (STF RE 209.354 AgR); à anulação de compra e venda, efetivada com base em instrumento de mandato falso, lavrado em tabelionato de notas (STF AI 522.832 AgR); ao reconhecimento de firma falsa por serventuário de cartório (STF RE 201.595); à confecção, ainda que por tabelionato não oficializado de substabelecimento falso que veio a respaldar escritura de compra e venda (STF RE 175.739); e à alienação de terminais telefônicos por meio de firmas falsas reconhecidas indevidamente por cartório (STJ REsp 545.613).

Em matéria de estacionamentos, o Estado deve assumir a guarda e responsabilidade do veículo quando este ingressa em área pertencente a estabelecimento público apenas quando dotado de vigilância especializada para esse fim. Em tal hipótese, a responsabilidade se funda no descumprimento de uma obrigação contratual. É o que se verifica nas situações envolvendo furto de automóvel em estacionamento mantido por município (STF RE 255.731), e em estacionamento público, cuja organização e controle foram delegados à empresa pública (STJ AgRg no Ag 1.009.559).

Em matéria de presos foragidos, o Estado só responderá pelo crime praticado se o nexó de causalidade for demonstrado. É necessário que haja um intervalo de tempo

pequeno entre a fuga e o ato lesivo. O tema é frequentemente abordado pela jurisprudência dos tribunais de superposição a partir de episódios envolvendo estupro cometido por condenado submetido a regime prisional aberto que pratica, em várias ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie (STF RE 573.595 AgR); fuga de preso atribuída à incúria de guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão, preordenada ao assassinio de desafeto a que atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores da ação indenizatória (STF RE 136.247); dano decorrente de assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão meses após a evasão (STF RE 130.764); latrocínio praticado por preso foragido meses após a fuga (STF RE 172.025); dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes (STF RE 130.764).

Em matéria de atos judiciais, muitas teorias têm sido elaboradas para defender a tese da irresponsabilidade do Estado. É o caso, dentre outras, das seguintes teorias: a) soberania do Poder Judiciário, por ser a função jurisdicional uma manifestação da soberania estatal; b) incontrastabilidade da coisa julgada, segundo a qual o reconhecimento da responsabilidade acarretaria ofensa à coisa julgada; c) falibilidade dos juízes, que argumenta que quem litiga em juízo corre os riscos inerentes às falhas humanas; d) independência da magistratura, que inexistiria se o juiz tivesse que se preocupar com a possibilidade de suas decisões acarretarem a responsabilidade civil do Estado e a sua própria responsabilidade, em ação regressiva; e) risco assumido pelo jurisdicionado, segundo a qual as partes correm os riscos de danos da atuação do Poder Judiciário ao provocá-la, inobstante o a inevitabilidade da jurisdição^[10]. Os termos usados em decisão prolatada em ação popular e em manifestação pública (STF RE 228.977); a indenização decorrente da condenação, desconstituída em revisão criminal, da prisão preventiva e da declaração difamatória de agente do Ministério Público (STF RE 505.393); perdas e danos sofridos em consequência de flagrante ilegalidade, reparada por mandado de segurança (STF RE 69.568); e a prisão injusta decorrente de erro e má-fé na investigação policial, consubstanciado em homonímia (STF RE 429.518 AgR), são algumas das situações concretas que ensejam discussões sobre o tema.

Em matéria de atos legislativos, há uma tendência no sentido de aceitar a responsabilidade civil do Estado por atos normativos pelo menos nas seguintes hipóteses: a) leis inconstitucionais; b) atos normativos do Poder Executivo e de entes administrativos com função normativa, com vícios de inconstitucionalidade, em que o pedido de indenização deve ser precedido de declaração de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, em que não há necessidade de prévia declaração pelo Judiciário; c) leis de efeitos concretos, que causam dano específico e anormal; e d) omissão do poder de legislar e regulamentar^[11]. Ilustram-nas episódios como o do pedido de reparação de danos sofridos no período em que esteve suspenso o tráfego dos ônibus dos quais a empresa era proprietária, por

determinação das autoridades policiais do Estado, com base em regulamento de trânsito julgado inconstitucional (STF RE 8.889); o pleito de inconstitucionalidade de lei estadual que determinou a reforma, por ato unilateral do poder público, de diversas concessões contratuais (STF RE 21.504); e a declaração de mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgada pelo artigo 8º, parágrafo 3º do ADCT (STF MI 283).

Por fim, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso, com a desconsideração da personalidade jurídica (STJ REsp 1.071.741).”

[1] Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 562.

[2] Cf. ARAGÃO, *Curso...*, p. 563.

[3] Cf. ARAGÃO, *Curso...*, p. 564.

[4] *O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo "terceiro" contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não (AgR-AI 473381). Cf., a propósito, o caso de policial militar que foi morto porque atingido por disparos feitos por um meliante que, detido por seu companheiro de farda, não foi revistado e nem convenientemente dominado (STF RE 176564).*

[5] *A teoria adotada quanto ao nexo de causalidade foi a do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Cf., na jurisprudência, as hipóteses de roubo cometido por bando, cujo mentor é preso condenado e foragido (STF RE 130764); de presidiário morto por outro presidiário (STF RE 179147); de acidente de trânsito entre veículo oficial e automóvel de propriedade do segurado indenizado por seguradora (STF RE 11633); de fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor sucro-alcooleiro, decorrente de tabelamento de preço (STF RE 422941); e de latrocínio praticado por quadrilha integrada por apenado foragido da prisão (STF RE 369820).*

[6] Cf. STF, AgR-RE 481110, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09/03/2007, p. 50.

[7] Cf. ARAGÃO, *Curso...*, p. 569.

[8] Cf. ARAGÃO, *Curso...*, p. 570.

[9] *"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", cf. PINTO, Helena Elias. Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 261-262.

[10] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais. In: Boletim de direito administrativo, v. 12, n. 11, p. 715-723, nov. 1996.

[11] Cf. AGRA, Walber de Moura. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo. In: Otavio Luiz Rodrigues Junior, Gladston Mamede, Maria Vital da Rocha. (orgs.). Responsabilidade Civil Contemporânea. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 433-439.

Aldo de Campos Costa exerce o cargo de assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi professor substituto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Revista Consultor Jurídico, 17 de abril de 2013, 15h54

(Fonte: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-17/toda-prova-responsabilidade-estado-stf-stj>, data de acesso 10/08/15)

2 - Responsabilidade Civil do Estado e do magistrado por erro judicial: análise da culpa grave

Revista Âmbito Jurídico

Jhêssica Luara Alves de Lima, Ingrid Nóbrega Vilar Nascimento de Moraes

Resumo: *Através do presente artigo, passaremos a analisar acerca da responsabilidade civil, abordando suas nuances no que diz respeito à responsabilização do Estado e do Magistrado com relação aos danos causados por erro judicial. Para chegarmos às conclusões que trataremos ao final deste artigo, utilizaremos dos caminhos traçados pelo código civil, constituição federal, código de processo civil, julgados dos respeitáveis magistrados na seara do direito, assim como de doutrinas tanto da área civil como da área administrativa que nos forneçam bases sólidas para nossa fundamentação. Eis a problemática que desejamos desvendar: "O Estado tem o dever de indenizar os danos causados por erro judicial? Por culpa grave, o magistrado será também responsabilizado?". Nosso entendimento é que sim, porém, há correntes defendendo posicionamentos diversos. Para desenvolver a questão de modo lógico, faremos um breve histórico e conceituação dos principais itens que nortearão o nosso trabalho.*

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Magistrado. Culpa grave.

Abstract: *This paper has the objective of analyze the civil liability, approaching the details of the civil liability of the State and of the Judge, related with the damages*

caused by serious judicial error. The conclusions brought at the end of this article are based on the Brazilian Civil Code, Brazilian Federal Constitution, Brazilian Civil Procedure Code, sentences, as well as civil and administrative doctrines that can provide us solid bases for our arguments. These are the questions we want to answer: “The State has the duty to indemnify the damages for judicial error? In the cases of serious faults, the Judge must also be responsible?”. Our understanding is that yes, however, the issue of civil liability for judicial errors is very controversial. To develop the question in logical way, we will make a historical briefing and conceptualization of the main item that will guide our work.

Keywords: *Liability. State. Judge.*

Sumário: *1. Introdução – 2. Aspectos gerais da responsabilidade civil – 3. Responsabilidade objetiva e subjetiva – 4. Responsabilidade civil do Estado quando ao Erro Judicial – 5. Responsabilidade civil do magistrado quanto ao erro judicial – 5.1. Responsabilidade civil do magistrado em casos de culpa grave – 6. Considerações finais – Referências bibliográficas.*

1. Introdução

“A finalidade do presente artigo é abordar acerca da responsabilidade civil do Estado e do Magistrado quando dos danos ocasionados por erro judicial, o que em regra acarretaria o dever de indenizar. Tal estudo tem como objetivos procurar alcançar uma definição sobre erro judicial, responsabilidade decorrente desse erro, e, principalmente, quem seria(m) o(s) responsável(is) pelos danos daí decorrentes.

De modo geral, o ponto de vista aqui enfatizado baseia-se em julgados já proferidos acerca da matéria no que concerne a responsabilização de ambos, tanto o Estado quanto o Juiz, bem como tem como parâmetro o que dispõe a lei, e a doutrina majoritária. Com o presente artigo busca-se solucionar o impasse de descobrir de quem seria a responsabilidade em casos de erro judicial e tentar construir uma base sólida para tal justificativa em prol da satisfação de pelo menos uma parte do ônus dele decorrente.

Procuramos fazer uma breve explanação sobre o tema responsabilidade civil, abordando seus aspectos gerais e dando uma breve noção de sua evolução histórica. Logo em seguida tratamos rapidamente dos tipos de responsabilidade, diferenciando-os quanto aos seus elementos essenciais, para posteriormente adentrarmos no ponto principal de nosso estudo, que é a responsabilidade do Estado e dos magistrados quanto ao erro judicial.

2. Aspectos gerais da responsabilidade civil

Pode-se dizer que o instituto da responsabilidade civil é tão antigo quanto à existência humana, pois desde os primórdios da humanidade já havia transgressão ao direito alheio, mesmo que não houvesse uma codificação desses direitos, que tiveram sua primeira

aparição no final do século XVIII no Código Civil francês. Então, antes da codificação, a maneira de reparar esses danos era provocar ao ofensor dano igual ao que este lhe provocou.

No direito brasileiro, o instituto da responsabilidade civil esteve expresso no Código Civil de 1916, porém, atingiu uma maior maturidade no atual Código de 2002.

Podemos dizer que, em princípio, toda ação ou omissão que por sua prática ocasione um dano, gera o dever de reparação. Dispõe o atual Código Civil em seu *art. 927*:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Na realidade, elaborar um conceito completo com todos os aspectos inerentes a responsabilidade civil é uma tarefa bem complicada, uma vez que nem os doutrinadores conseguem chegar a um consenso quanto a sua definição. Segundo Aguiar Dias^[i] “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que podem abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas”.

De acordo a doutrinadora Maria Helena Diniz^[ii]: "poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)".

Ressalte-se que a responsabilidade civil é um ramo do direito obrigacional, sendo o dever de reparar o dano causado pela violação a um direito ou dever jurídico, desse modo, é uma consequência e não uma causa da obrigação.

3. Responsabilidade objetiva e subjetiva

Como já foi dito, desde o Código Civil de 1916 já estava previsto o instituto da responsabilidade civil, porém com um número reduzido de dispositivos. Talvez pelo fato de que naquela época o direito obrigacional não era muito difundido.

Já o atual Código Civil traz inúmeras hipóteses de responsabilidade civil, inovando no que diz respeito à responsabilidade sem culpa, a qual está prevista no parágrafo único do art. 927 supracitado.

A responsabilidade civil dá-se de dois tipos distintos, podendo ser objetiva ou subjetiva. A objetiva é aquela que independe de dolo ou culpa, uma vez que para caracterizá-la são necessários apenas os elementos: ação ou omissão; nexos de causalidade; e

que resulte em dano. Em contrapartida, para a responsabilidade subjetiva, além dos elementos já citados, é imprescindível analisar a existência de dolo ou culpa.

O Código Civil de 2002 inovou trazendo ao direito brasileiro a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa ou culpa presumida, ou ainda, como alguns chamam, teoria do risco.

Para esclarecer melhor o tema da responsabilidade objetiva, citemos os ensinamentos de Sílvia Rodrigues^[iii]:

“Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.”

Vale lembrar que o princípio para a configuração da responsabilidade extracontratual, ou seja, aquela que gera o dever de indenizar pelo ato danoso sem que exista entre as partes a formulação de um contrato, ainda é a configuração da existência de culpa, ou responsabilidade subjetiva, pois somente pode ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva em casos expressos em lei ou no julgamento de casos concretos em que a atividade desenvolvida pelo agente infrator, por sua natureza, gere riscos ao direito alheio.

4. Responsabilidade civil do Estado quanto ao erro judicial

No passado, várias eram as teorias que tentavam excluir a responsabilidade do Estado por danos causados por seus atos ou de seus agentes, tirando-lhes a obrigação de reparação. Podemos citar como exemplo dessas teorias, a teoria da irresponsabilidade, que pelo fundamento da soberania excluía a responsabilidade do Estado; e temos a teoria da responsabilidade com culpa, que impõe responsabilidade pelos atos de gestão, mas exclui a possibilidade de obrigação de reparação pelos atos de império.

Em contrapartida, temos também as teorias publicistas que se baseiam na responsabilidade civil objetiva do Estado pelos prejuízos causados seja pela falha na prestação de serviço público ou pela natureza da atividade por ele prestada passível de causar danos a outrem.

As teorias publicistas dividem-se em: teoria da culpa administrativa; teoria do risco administrativo; e teoria do risco integral. Para a primeira teoria são suficientes para configurar a responsabilidade do Estado: a inexistência do serviço; ou o mal funcionamento do serviço, ou ainda o retardamento do serviço. Segundo Rui Stoco^[iv] essa teoria tinha como parâmetro “a ‘falta de serviço’ para dela inferir a responsabilidade da Administração”. Porém, nesta, ainda se faz necessário provar a inadequação do Estado, ainda sendo, portanto, responsabilidade subjetiva. Para a segunda teoria, a do risco administrativo, para que se gere a obrigação de indenizar, tem que haver os seguintes pressupostos: existência de ato ou fato administrativo; existência de dano; ausência de culpa da vítima; e nexos de causalidade. Já a terceira teoria, a do risco integral, configura a responsabilidade objetiva do Estado, gerando sempre a obrigação de reparação mesmo sem ser analisado qualquer excludente de responsabilidade. Vejamos o julgamento a seguir:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVÍL. EQUÍVOCO DO MAGISTRADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO. Sendo o serviço judiciário um serviço público, cabe ao Estado ressarcir os danos advindos dos atos jurisdicionais emanados pelos magistrados, quantos estes forem lesivos a terceiros ou devidos de erro ou vício, cabendo ação regressiva diante de dolo ou culpa do agente. O grau de culpa do ofensor, os reflexos que a sua conduta tiveram na vida do ofendido, bem como a situação econômica das partes envolvidas no litígio, são o norte para o arbitramento da indenização por danos morais. Recurso conhecido, mas desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0351.03.021150-9/001 - COMARCA DE JANAÚBA - REMETENTE: JD 1 V COMARCA JANAUBA - APELANTE(S): ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): MANOEL RODRIGUES DE OLIVEIRA - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. ALBERGARIA COSTA”^[v] No entanto, é importante ressaltar que o indivíduo só terá direito à indenização se provar a existência do efetivo e imediato dano e não apenas uma probabilidade de dano, pois se assim fosse, poderia gerar enriquecimento ilícito. “A finalidade do ressarcimento não é produzir um enriquecimento sem causa para quem sofreu com a ação ou omissão do Estado, mas sim repor as coisas, na medida do possível, à situação em que estavam.”^[vi]

Nosso ordenamento jurídico, pois, consagrou a teoria do risco administrativo como sendo a modalidade mais aceita, resta saber, se esta teoria aplica-se também ao magistrado em casos de erro judicial.

5. Responsabilidade civil do magistrado quanto ao erro judicial

Já dispunha o Código de Hamurábi em seu art 5º. i, que o juiz corrupto seria responsabilizado: “Se um julgou uma causa, proferiu uma sentença e mandou exarar documento selado e depois alterou seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento feito, e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão no

processo; além disso, fá-lo-ão levantar-se de sua curul de juiz na Assembléia dos Juízes e não tornará a se sentar com os juízes em um processo”^[vii].

Dizia também o art. 13 da Tábua Nona do Código dos Decênvros que: "Se um juiz ou um árbitro indicado pelo magistrado recebeu dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, que seja morto"^[viii]. Obviamente que essa responsabilização foi bastante diminuída ao longo dos anos por não se encaixar nos modernos ordenamentos jurídicos, ao ponto de praticamente desaparecer, como ocorre atualmente.

Sabemos que pouco se trata a respeito da possibilidade de responsabilizar os magistrados em casos de erro judicial, principalmente nas doutrinas. Pois, responsabilizar o magistrado por erro judicial não se configura tarefa fácil, uma vez que tentar impor penalidades a tal órgão judicial é quase que afrontar o próprio conceito de justiça, tendo em vista que os magistrados são vistos como seres superiores que carregam sobre si o “fardo da justiça” e detêm o poder de decidir questões de extrema importância, sendo considerados como “aqueles que nunca falham no exercício de sua profissão”, exceto alguns erros de ordem material, que podem ser facilmente alterados, inclusive, de ofício.

O Código de Processo Civil dispõe com bastante propriedade:

“Art.463 - Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

- para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

- por meio de embargos de declaração”.

É ainda o Código de Processo Civil competente para delimitar os casos em que o magistrado responde por erro judicial:

“Art. 133. 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 n. II Sá 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.”

A partir daí, pode-se inferir que o magistrado responde somente quando age com dolo ou fraude. Portanto, em análise mais apurada do dispositivo supracitado, percebe-se que se o juiz agir com negligência, imprudência ou imperícia, que são as modalidades culposas, não há que se cogitar a possibilidade de responsabilizá-lo por tal ato, visto que não há previsão legal. Entendemos com isso que os maus profissionais, ou aqueles ainda ‘inexperientes’, se isentam de qualquer responsabilidade que venham a cometer, desde que não seja dolosamente, devido ao amparo de legislador. Porém, a jurisprudência já vem entendendo que a culpa grave equipara-se ao dolo.

Mesmo que esse entendimento não seja atualmente majoritário na jurisprudência, podemos extrair de um julgado do Supremo Tribunal Federal que o entendimento de que o juiz é imune de responsabilidade quanto a erros judiciais, pode está começando a mudar, pois começamos a vislumbrar a possibilidade de reparação pelo juiz quanto aos seus erros decorrentes inclusive de culpa, porém em ação de regresso, pois a legitimidade passiva em ação de responsabilidade civil por ato ilícito em erro judicial ainda é exclusiva do Estado, exceto os casos elencados no art. 133, CPC. Vejamos o seguinte julgado:

“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)”

Uma parte da doutrina entende que o magistrado não deve ser responsabilizado por erro judicial, com o argumento de que se deve preservar a atividade jurisdicional do magistrado e que o Poder Judiciário é soberano. Porém, entendemos que o magistrado deveria sim ser responsabilizado por seus atos. Se assim fosse, ele seria mais cauteloso ao decidir, diminuindo com isso, a ocorrência de erros.

Nesse sentido é o entendimento de parte da doutrina, como é o depoimento do professor Lafayette Pondé^[ix]:

"Relativamente aos atos judiciais 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".

Atualmente, diz-se que a responsabilidade do Juiz não é nem objetiva e nem subjetiva, ela é condicionada ao dolo, fraude e ao retardamento de ato de ofício sob sua competência, como já mencionado no artigo 133 do CPC acima citado. Quando o legislador instituiu essa modalidade de responsabilização condicionada, deixou à margem a responsabilização do magistrado em casos de imprudência, negligência e imperícia, sob a justificativa de preservar a atividade jurisdicional.

No entanto, há que se entender que em sendo admitido em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade subjetiva do magistrado, a credibilidade jurisdicional não ficará prejudicada, uma vez que essa responsabilização somente se dará quando do preenchimento dos quatro elementos indispensáveis para a caracterização do dever de indenizar, são eles: ação ou omissão, culpa ou dolo,nexo causal e dano.

Embora a lei não trate sobre a matéria com maior propriedade, a doutrina majoritária entende que em sendo caso de culpa grave há a responsabilização do magistrado. Tem entendido o STF em matéria trabalhista a equiparação da culpa grave ao dolo, proferindo a súmula 299 e julgados nesse sentido, conforme jurisprudência *verbis*:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. CULPA GRAVE EQUIPARAÇÃO AO DOLO. SÚMULA 229--STF. TENDO-SE COMO HAVENDO OCORRIDO CULPA GRAVE DO EMPREGADOR NO ACIDENTE DO TRABALHO, DE QUE RESULTA MORTE, E TENDO SIDO O EVENTO POSTERIOR A LEI N.5316/67, APLICA-SE A JURISPRUDÊNCIA CONSUBSTANCIADA NA SÚMULA 229-STF, SEM EXAME ANTE A LEI N. 6367/76, AINDA NÃO VIGORANTE A ÉPOCA.

(STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 107774 SP. Relator(a): ALDIR PASSARINHO. Julgamento: 30/05/1986. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 27-06-1986 PP-11620 EMENT VOL-01425-03 PP-00545)” [x]

Por analogia ao que entende o STF em matéria de justiça do trabalho, e fazendo uso de tal julgado em matéria de responsabilidade civil do magistrado, uma vez que o Tribunal Superior entende ser a culpa grave equivalente ao dolo, assim o sendo, este é condição para a responsabilização do juiz. Desse modo, restaria caracterizada a responsabilidade do magistrado em relação a negligência, imprudência e imperícia em casos de extrema culpa.

Tomando por base orientação do professor Olavo Hamilton[xi], entendemos que, de um lado, uma pessoa comum, por qualquer mínima culpa que seja, pode ser responsabilizada, bem como até mesmo o Estado é responsável objetivamente através da “Teoria do risco”. Já de outro lado, o magistrado só responde nos casos previstos em lei em nome da liberdade de julgar. Ora, liberdade não pode se equiparar a irresponsabilidade, uma vez que todo profissional deve possuir liberdade para agir da maneira legalmente correta, porém todas as profissões e pessoas físicas ou jurídicas respondem por seus atos, seja de forma objetiva ou subjetiva.

Desse modo, quando o magistrado possuir responsabilidade por todos os seus atos (essa é a expectativa das autoras deste artigo), se perfectibilizará o disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

5.1. Responsabilidade civil do magistrado em casos de culpa grave

Ab initio, o problema da responsabilização do magistrado em casos de culpa grave está necessariamente na abrangência de seu conceito. Para alguns, a culpa grave tem uma determinada definição, enquanto que para outros possui uma interpretação totalmente diferente, o que difere da conceituação de dolo, o qual por ser o agir de má-fé, não deixa margem a dúvidas.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves^[xii], “a culpa grave é a decorrente de uma violação mais séria do dever de diligência que se exige do homem mediano”, e diz mais, *verbis*:

“O Código Civil, entretanto, não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação do dano. Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano.”

É o que dispõe o artigo 944 do Código Civil Brasileiro: “Art. 944- A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Com o referido artigo podemos concluir que independente de a culpa ser levíssima, leve ou grave há sempre o dever de indenizar se o agente age com culpa, pois o que se analisa é a extensão desse dano. Tal dispositivo, pois, deve, segundo o ponto de vista das autoras deste artigo, se aplicar também ao magistrado. Apesar de o art. 133 do CPC e o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, restringirem a responsabilização do magistrado em casos de dolo ou culpa grave, pela compreensão do Código Civil vigente, o grau de culpa independe para o dever de reparar, e deveria tal dispositivo ser isonômico para todas as categorias profissionais.

Exemplo de erro grosseiro em que cabe responsabilização do magistrado por culpa grave é o caso de o juiz deixar de reconhecer uma prescrição de crime e condenar um cidadão a anos de prisão.

Há quem entenda que existe erro grosseiro quando o magistrado se utiliza de uma interpretação de lei revogada por um Tribunal Superior, mas que outro Tribunal aplique.

De fato, os magistrados têm de ser livres na interpretação da lei, porém isso não significa que pode agir arbitrariamente, pois se assim o fizesse seriam verdadeiros déspotas e não agiriam em prol da sociedade, que é seu dever, dever do Estado-Juiz.

6. Considerações finais

A responsabilidade civil é um instituto que vem se aprimorando cada dia mais na descoberta de novos valores. A responsabilização civil do Estado quanto ao erro judicial dá-

se por meio de lei, teoria e julgados já proferidos nesse sentido, enquanto que a responsabilização do magistrado consoante a lei se dá apenas em casos de culpa grave ou dolo, porém novos entendimentos surgem no sentido de ampliar esse rol de responsabilização do juiz visando equiparar a profissão às demais do ponto de vista de democracia e igualdade social.

Desse modo, faz-se imprescindível a responsabilização do magistrado por erro judicial, seja ele qual for, para que além de reparar o dano causado, se coloque um freio nas atitudes do magistrado enquanto ser humano e passível de erros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COTRIM NETO, A. B. Da responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988 in Revista de Informação Legislativa. Vol 30 n.º 118 abril/junho 1983, p. 86 e 87. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>. Acesso em: 28 de maio de 2010.

DIAS, Aguiar (1979). Da Responsabilidade Civil. 6º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1.

DINIZ, Maria Helena (2001). Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 532. 10ª Ed. rev., atual. e ampl.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PONDÉ, Lafayette (1995). Estudos de direito administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1995,

RODRIGUES, Sílvio (2002). Direito Civil. Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002, v. 4.

STOCO, Rui (2007). Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7ª Ed, ver. atual. e ampliada. São Paulo. Edição Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 8ª Ed. São Paulo. Atlas, 2008, v. 4.

NOTAS:

[i] *DIAS, Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 6º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 1 e 3.*

[ii] *DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7.*

[iii] *RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002, p. 10.*

[iv] *STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7ª Ed, ver. atual. e ampliada. São Paulo. Edição Revista dos Tribunais, 2007, p. 994.*

[v] *Disponível em:*

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=351&ano=3&txt_processo=21150&complemento=1. Acesso em: 20 abril de 2010

[vi] LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2000. Pág. 76.

[vii] COTRIM NETO, A. B. *Da responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988 in Revista de Informação Legislativa*. Vol 30 n.º 118 abril/junho 1983, p.86. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>.

[viii] *Idem*, p. 87. In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>.

[ix] PONDÉ, Lafayette (1995). *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pg. 315.

[x] Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/907523/recurso-extraordinario-re-107774-sp-stf>. Acesso em: 12 abril de 2010

[xi] ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Advogado, professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, campus Central*.

[xii] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

INFORMAÇÕES SOBRE OS AUTORES

Jhéssica Luara Alves de Lima - Advogada. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Ciências e Tecnologia Mater Christi. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

Ingrid Nóbrega Vilar Nascimento de Moraes - Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN.

O Âmbito Jurídico não se responsabiliza, nem de forma individual, nem de forma solidária, pelas opiniões, idéias e conceitos emitidos nos textos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

INFORMAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS:

LIMA, Jhéssica Luara Alves de; MORAIS, Ingrid Nóbrega Vilar Nascimento de. *Responsabilidade civil do Estado e do magistrado por erro judicial: análise da culpa grave*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10559>. Acesso em ago 2015.

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10559, data de acesso 10/08/15)

3 - Omissão frente à tortura

No § 2.º do art. 1.º o legislador incriminou a omissão frente à tortura, nestes termos: “Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos”.

Aquele que se omite em face de um dos delitos de tortura acima citados, quando tinha o dever (jurídico) de evitá-los ou apurá-los, responde pelo crime previsto no § 2.º. A

punição pressupõe conhecimento da situação fática da tortura (verbo “evitar”) e conhecimento e competência para a sua apuração (verbo “apurar”). Exige-se dolo. Impossível a figura culposa, por falta de previsão. Crime omissivo próprio, não possui resultado. Consuma-se com a simples omissão.

Pena: detenção de um a quatro anos. Em tese, pela pena mínima cominada, esse delito admite *sursis* e até mesmo suspensão condicional do processo. De qualquer modo, é preciso examinar com cautela o requisito do “mérito” (culpabilidade, antecedentes etc.). Se não concedidos, o máximo que o juiz pode fixar é o regime semi-aberto (porque se trata de pena de detenção). Nessa hipótese, não existe a obrigatoriedade de cumprimento inicial em regime fechado (v. § 7.º). O omitente, mesmo que não tenha evitado a tortura, não responde por eventual forma qualificada do delito.[20]

(Fonte: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/textos/flavio.html#7>, data de acesso 10/08/15)

4 - Omissões administrativas: hipóteses em que a omissão se torna ilegal

Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz

Resumo: O trabalho aborda a questão das omissões do administrador público. Para melhor compreensão do tema proposto é dividido em três capítulos, que trabalham, respectivamente, os poderes e deveres do administrador público, os atos administrativos e as omissões propriamente ditas. Analisando os casos em que o administrador tem o poder/dever de agir, mas deixa de fazê-lo, nos deparamos com duas situações: a das omissões genéricas, e aquelas em que ocorrem omissões específicas. Nas omissões genéricas, o administrador pode avaliar, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade se pretende realizar a conduta ou não, enquanto que nas omissões específicas o administrador deixa de agir quando a lei lhe imputa o dever de agir sem a possibilidade de escolha, caso em que a omissão se mostra ilegal. As omissões específicas e, portanto, ilegais, podem ser combatidas tanto pela via administrativa, em virtude do direito de petição, quanto pela judicial, por meio de reclamação, mandado de segurança, entre outros.

Sumário: 1. Introdução. 2.. Poderes e deveres dos administradores públicos. 2.1. Poderes dos administradores. 2.1.1 Poder dever de agir. 2.1.2 Poder discricionário e vinculado. 2.1.3 Poder regulamentar. 2.1.4 Poder de polícia. 2.1.5 Abuso de poder. 2.2. Deveres dos administradores públicos. 2.2.1 Dever de probidade. 2.2.2 Dever de eficiência. 3. Atos administrativos. 3.1 conceito de ato administrativo. 3.2. Elementos do ato administrativo. 3.2.1. Competência. 3.2.2. Motivo. 3.2.3. Objeto. 3.2.4. Forma. 3.2.5. Finalidade. 3.3. Características/ atributos do ato administrativo. 3.3.1 Imperatividade ou poder extroverso. 3.3.2 Legitimidade. 3.3.3. Autoexecutoriedade. 3.4. Mérito do ato administrativo. 3.5. Classificação do ato administrativo. 3.5.1 Quanto à formação. 3.5.2 Quanto aos destinatários. 3.5.3 Quanto ao grau de liberdade.

3.5.4 Quanto aos efeitos. 3.6. Extinção do ato administrativo. 3.6.1. Quando o ato cumpre seus efeitos. 3.6.2. Quando desaparece o sujeito ou o objeto. 3.6.3. Pela retirada pelo poder público. 3.6.4. Renúncia. 3.6.5. Anulação do ato administrativo. 4. Omissão administrativa. 4.1. Dever de agir. 4.2. Omissões genéricas. 4.3. Omissões específicas. 4.4. Formas administrativas e judiciais de combater o silêncio administrativo. 4.4.1. Formas judiciais de combater o silêncio administrativo. 4.4.1.1. Reclamação. 4.4.1.2. Mandado de segurança. 4.4.2 Formas administrativas de combater o silêncio administrativo. 4.5. Responsabilidade do agente público omissor. 5. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

A administração pública reveste-se do princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual, o administrador, em todas suas condutas, deve levar em conta aquilo que atende ao interesse da coletividade.

Neste trabalho será abordado, especificamente, o tema que trata das omissões administrativas, ressaltando os casos em que a omissão torna-se ilegal e os métodos que podem ser utilizados para combatê-la.

Para facilitar a compreensão do tema proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos passando pelos poderes e deveres da administração, pelos atos administrativos e chegando, ao fim, nas omissões administrativas.

O primeiro capítulo, que fala dos poderes e deveres dos administradores, ressalta exatamente as prerrogativas conferidas à administração pública, aquilo a torna diferente dos particulares e as hipóteses em que o administrador é obrigado a atuar.

Já no segundo capítulo será abordado o assunto referente aos atos administrativos, trazendo um panorama geral sobre seus elementos, mérito, características, entre outros.

No último capítulo será tratado o tema proposto pelo trabalho, que são as omissões administrativas, diferenciando os casos em que a omissão será legal daqueles em que será ilegal, bem como mostrando os meios que podem ser utilizados para combater tais omissões.

2 PODERES E DEVERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

Dentre os princípios que regem a administração pública está o da supremacia do interesse público sobre o privado, segundo o qual à administração dispõe de alguns poderes que lhe colocam em um patamar superior aos entes privados.

Carvalho Filho (2012) entende que os poderes conferidos à administração pública são prerrogativas que se justificam na busca pela pelos fins públicos.

O mesmo autor reconhece que da mesma forma que a administração dispõe de prerrogativas, ela também possui alguns deveres, senão vejamos:

“Mas, ao mesmo tempo em que conferem poderes, o ordenamento jurídico impõe, de outro lado, deveres específicos para aqueles que, atuando em nome do Poder Público, executam as atividades administrativas. São os deveres administrativos.” (CARVALHO FILHO, 2012)

É possível verificar que, ao mesmo tempo que são conferidos poderes aos administradores públicos, também lhe são imputados deveres.

2.1 PODERES DOS ADMINISTRADORES

Para Alexandrino e Paulo (2010) “Os poderes administrativos representam instrumentos que, utilizados isolada ou conjuntamente, permitem à administração cumprir suas finalidades”.

Nessa mesma linha é Meirelles (2010) que dispõe que “os *poderes administrativos* nascem com a administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem”.

Com base nos dizeres dos administrativistas acima descritos podemos extrair que a administração, para atingir o fim público, goza de determinados poderes que a colocam em um patamar superior àquele em que se encontram os administrados.

2.1.1 Poder dever de agir

Ao administrador público agir não é uma faculdade, mas sim uma obrigação irrenunciável, isto em função da indisponibilidade do interesse público. Contudo, este tema será abordado com maior profundidade no terceiro capítulo, quando trataremos das omissões.

2.1.2 Poder discricionário e vinculado

Nas palavras de Carvalho Filho (2012), podemos conceituar poder discricionário como sendo “a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”.

Discricionariedade é poder escolher dentre as condutas previstas na lei aquela que melhor se amolda à consecução do interesse público, o que significa que o administrador tem uma margem de liberdade que deve ser exercida de acordo com a lei. Nesse mesmo sentido leciona Meirelles (2010):

“Convém esclarecer que o poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é

liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.”

Ao tratar do poder discricionário, Carvalho Filho (2012) dispõe que:

“Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. (CARVALHO FILHO, 2012 pág. 49)

É importante ressaltar que, mesmo no poder discricionário, alguns elementos do ato serão vinculados, como a forma, a competência e a finalidade, podendo o administrador escolher apenas quanto ao motivo e objeto.

Ainda, no poder discricionário, é importante lembrar que a conduta do administrador, mesmo que não vinculada, deve respeitar os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, que são decorrência do devido processo legal. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010)

No poder vinculado, por sua vez, todos os elementos serão vinculados, não restando qualquer margem de liberdade que permita ao administrador optar pela melhor conduta a ser adotada.

Quando trata dos atos vinculados, Meirelles leciona que “na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações”.

O poder vinculado é aquele que não confere qualquer margem de liberdade ao administrador, que deverá pautar toda sua conduta naquilo que estiver prescrito em lei.

Alexandrino e Paulo (2010) lecionam que, “portanto, na edição de um ato vinculado, o agente administrativo tem respaldo somente no poder vinculado”.

Neste poder, uma vez preenchidos os requisitos legais o administrador público deve atuar, independente da conveniência ou oportunidade.

2.1.3 Poder regulamentar

No conceito de Carvalho Filho (2012), “poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”.

Meirelles acrescenta ao conceito de poder regulamentar a possibilidade de expedição de decretos autônomos pelos chefes do Executivo.

O poder regulamentar é uma espécie de ferramenta concedida ao administrador para disciplinar aquilo que está previsto em lei.

Alexandrino e Paulo (2010) trazem o seguinte conceito de poder regulamentar:

“Note-se que o poder regulamentar é uma espécie do gênero poder normativo, porém, como aquele é exclusivo do Chefe do Poder Executivo, é mais freqüente quando nos referimos a essa autoridade, falarmos em poder regulamentar.”

Existem várias figuras legais que permitem ao administrador exercer o poder regulamentar, como as portarias, resoluções, regulamentos, entre outros. Caberá ao administrador, de acordo com o caso concreto, utilizar a ferramenta que melhor se adequa ao fim perseguido.

2.1.4 Poder de polícia

O poder de polícia sempre nos remete a verbos como restringir, frenar, limitar, pois este poder tem como finalidade compatibilizar os interesses coletivos com os privados.

Nas palavras de Meirelles (2010), o poder de polícia tem a seguinte conotação:

“A razão do poder de polícia é o interesse social e o seu fundamento está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos, restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao poder público o seu policiamento administrativo”.

Deve-se ter claro que o poder de polícia não retira qualquer direito dos particulares, apenas os disciplina, por isso que o exercício do poder de polícia não gera direito de indenização.

O poder de polícia pode ser exercido em 3 modos distintos: anterior à violação, caso em que será denominado preventivo; com a finalidade de fiscalizar o cumprimento dos atos, quando se chamará de fiscalizador; ou de forma repressiva, quando se aplicará a sanção.

Meirelles (2010) menciona, ainda, a extensão do poder de polícia, lembrando que “abrange desde a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes até a segurança nacional em particular”.

Mas, é na Lei n. 5.172/1966, denominada Código Tributário Nacional, que encontramos o melhor e mais completo conceito de poder de polícia, conforme segue:

“Art. 78 Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)”

Alexandrino e Paulo (2010) entendem que a autoexecutoriedade é um importante atributo do poder de polícia, pois permite ao administrador atuar sempre que for necessário repreender atividades que coloquem a incolumidade pública em risco. Contudo, apesar de ser a regra, a autoexecutoriedade não estará presente em todo ato decorrente do poder de polícia, como no caso da cobrança de multas.

2.1.5 Abuso de poder

Como já mencionado, embora sejam conferidos poderes ao administrador público, estes poderes não são absolutos, tendo em vista que são limitados pela lei.

O administrador que extrapolar os limites legais estará incorrendo no chamado abuso de poder, o que é combatido pelo nosso ordenamento.

Para Carvalho Filho (2012) “abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei”.

2.2 DEVERES DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS

Aos administradores públicos, em decorrência do princípio da indisponibilidade, além de poderes são conferidos alguns deveres, os quais impõem uma atuação voltada ao interesse público. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010)

2.2.1 Dever de probidade

A probidade administrativa vem esculpida no art. 37 § 4º do texto Constitucional, tamanha sua importância.

“Art. 37 § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Por probidade, podemos entender que o administrador, em momento algum deve cometer qualquer tipo de favorecimento ou nepotismo, sendo-lhe vedada qualquer conduta tendente a beneficiar particulares em detrimento do interesse público. (CARVALHO FILHO, 2012).

Nas palavras de Alexandrino e Paulo (2010) espera-se do administrador público que, “no desempenho de suas atividades, atue sempre com ética, honestidade e boa fé, em consonância com o princípio da moralidade administrativa”.

No ordenamento jurídico existem várias formas de conter o administrador, a fim de evitar que ele venha a agir em desacordo com o que dele se espera. Temos como exemplo a licitação e o concurso público que visam impedir que o administrador contrate com base em algum tipo de favoritismo.

2.2.2 Dever de eficiência

Embora o dever de eficiência sempre tenha permeado o campo administrativo, somente foi alçado ao patamar de princípio constitucional por meio da Emenda Constitucional 19/1998.

“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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (grifo nosso)

Para Carvalho Filho (2012) o conceito do dever de eficiência é o seguinte:

“O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho”.

Ao dever de eficiência podem ser dados vários sentidos, pois visa fomentar a melhora na produtividade dos servidores, aperfeiçoamento da máquina administrativa, melhor utilização dos recursos públicos, entre outros. Nesta linha são as palavras de Meirelles (2010):

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção de treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração.

A eficiência, portanto, deve servir como norte para atuação do Administrador público, que deve gerir os recursos disponíveis da melhor forma possível, evitando qualquer tipo de prejuízos à Administração.

3 ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

O administrativista Gasparini (2010), traz o seguinte conceito de ato administrativo:

“[...] toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo judiciário.”

Meirelles (2010) conceitua o ato administrativo conforme segue:

“Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

É importante salientar que os atos administrativos, diferenciam-se dos demais atos pelo fato de que a Administração Pública detém prerrogativas que a colocam em patamar superior em relação aos particulares, como a autoexecutoriedade e a indisponibilidade do interesse público.

3.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

3.2.1 Competência

São sujeitos dos atos administrativos aqueles a quem a lei confiar competência para a prática destes atos.

Nas palavras de Gasparini (2010) “a competência não é exercida à livre discricção do agente público. Seu exercício, portanto, é *obrigatório*.”

A competência sempre será conferida por lei e será inderrogável, o que significa que sujeito não pode recusá-la, pois a fixação de competências visa atender ao interesse público. O que se admite é apenas a delegação e a avocação de competência, medidas estas que devem estar previstas em lei. (DI PIETRO, 2012)

A delegação de competência deve ser transitória e baseada em critérios discricionários, ficando ressalvado o direito do delegante de retomar a competência a qualquer momento. (Meirelles, 2010)

Já a avocação significa chamar a competência, em outras palavras, é quando o superior hierárquico chama para si a competência que seria de seu subordinado. Tendo sido avocada a competência para determinado ato, o inferior não pode ser responsabilizado por eventual desídia. (MEIRELLES, 2010)

3.2.2 Motivo

O motivo se reveste de dois requisitos, que são o fato e o fundamento jurídico que levaram a execução do ato administrativo, enquanto que a motivação é a explicação do fato.

Muito tem se falado sobre a “teoria dos motivos determinantes”, segundo a qual, uma vez que a autoridade tenha declarado o motivo do ato ela se vincula a este motivo, desde que seja legal. Neste sentido segue a lição de Gasparini (2010) “o motivo pode estar, ou não, na lei. Se constante de lei, a prática do ato dependerá da efetiva ocorrência da situação prevista.”

Tem-se, portanto, que quando o motivo não estiver previsto em lei, caberá ao agente público, por meio da discricionariedade, apontar o motivo que levou a execução do ato, o qual vinculará a validade do ato administrativo.

Há, ainda, a teoria dos motivos determinantes, que é tema recorrente na doutrina. Mello (2006) explica a teoria dos motivos determinantes:

“De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejaram a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificaram.”

Diante do exposto, pode se concluir que todo ato administrativo que dispôr de um motivo que o fundamente, estará vinculado a este motivo, sob pena de invalidação do ato.

A forma como o motivo vai se exteriorizar, é por meio da motivação, que a descrição formal dos motivos que alicerçaram o ato administrativo. (MELLO, 2010)

3.2.3 Objeto

Di Pietro (2012) tece o seguinte conceito de ato administrativo:

“Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato.”

O objeto do ato administrativo, que deve ser lícito, possível e determinado, nada mais é do que o resultado prático do ato, o que se busca com a realização do ato.

3.2.4 Forma

O ato administrativo, em regra, deve ser formal e solene, respeitando a forma prescrita em lei.

A motivação é uma condição de forma do ato administrativo, pois o administrador deve justificar os motivos que o levaram a execução de determinado ato.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que a motivação dos atos administrativos é requisito obrigatório, e não facultativo, senão vejamos:

*“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO - INVALIDAÇÃO DE EXAME DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO - **NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO** - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA IMPERATIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE - AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para invalidação de atos ampliativos*

de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88.2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88).Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade.3. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa.4. Agravo regimental desprovido”. (AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 12/06/2006, p. 542)

Para Gasparini (2010), é comum esperar que o ato administrativo seja realizado de forma escrita, mas nem sempre será assim. Há casos excepcionais em que os atos administrativos podem apresentar-se de forma oral, eletromecânica ou até mesmo mímica.

3.2.5 Finalidade

A finalidade do ato administrativo é a razão de interesse público que levou à prática do ato, tanto que, quando a finalidade do ato estiver viciada, também haverá defeito no motivo do ato.

Segundo Mello (2006), “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados”.

É preciso ter a noção de que em torno de cada ato administrativo praticado há um fim público a ser sustentado.

Quando um ato administrativo não dispuser de um fim público legítimo, haverá desvio de finalidade, que torna o ato nulo e incapaz de gerar qualquer efeito.

O desvio de finalidade, na maioria das vezes vem mascarado, motivo pelo qual, havendo indícios de ilegalidade o Poder Judiciário pode exercer controle sobre o ato para determinar sua anulação.

3.3 CARACTERÍSTICAS/ ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

3.3.1 Imperatividade ou poder extroverso

A imperatividade consiste na coercibilidade que é conferida aos atos que geram relações obrigacionais.

Os atos de império são aqueles nos quais a Administração age unilateralmente, de forma direta, exorbitando aquilo que prevê o direito comum. (DI PIETRO, 2012)

3.3.2 Legitimidade

Há uma presunção de que os atos administrativos são legítimos, contudo, esta presunção é “juris tantum”, o que significa que, desde que haja prova em contrário, poderá ser afastada.

Essa presunção se refere apenas aos atos praticados pela Administração no exercício do direito público, não se transferindo tal atributo para os casos em que se aplicam regras de direito privado. (GASPARINI, 2010)

As conseqüências da presunção de legitimidade do ato são diversas, como: autoriza a imediata execução do ato; aquele que argüir a invalidade do ato terá o ônus de provar tal fato; e uma vez formado o ato adquire eficácia e passa a ter efeito vinculativo. (MEIRELLES, 2010)

O controle realizado sobre os atos administrativos é posterior, pois, a princípio todo ato realizado é presumidamente legítimo, ficando postergado eventual controle.

3.3.3 Auto-executoriedade

Por auto-executoriedade pode se entender que o ato administrativo não precisa de controle prévio para ser aplicado, em outras palavras, em regra, uma vez praticado o ato administrativo torna-se imediatamente exigível. Neste sentido são as palavras de Meirelles (2010) ao tratar que “a auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.

Essa característica do ato administrativo não retira a possibilidade do controle do ato pelo poder judiciário, quando eivado de vício de legalidade, contudo, não seria razoável exigir controle prévio dos atos administrativos, sob pena de ameaçar a o sistema de independência dos poderes.

3.4 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Alexandrino e Paulo (2010) trazem o conceito de mérito do ato administrativo:

“O mérito administrativo é, em poucas palavras, o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei. Vale repetir, só existe mérito administrativo em atos discricionários”.

Como já visto, os elementos não vinculados dos atos administrativos discricionários são o motivo e o objeto, que compõem o mérito administrativo. A forma, competência e finalidade do ato administrativo sempre serão vinculadas.

Pelo exposto, é possível perceber que o mérito está presente apenas nos atos administrativos discricionários, isto porque nos atos vinculados a atuação do administrador está toda prevista em lei, sem qualquer margem de liberdade para atuação. (MEIRELLES, 2010)

3.5 CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

3.5.1 Quanto à formação

Quando se trata da formação dos atos administrativos é possível verificar que podem ser simples, compostos ou complexos.

Os atos simples, para que se tornem perfeitos, necessitam que haja a manifestação de apenas uma vontade.

Os atos compostos dependem de duas manifestações de vontade oriundas do mesmo órgão. Nesse caso, a primeira manifestação de vontade decide o ato e a segunda o ratifica.

Por fim, nos atos complexos, há necessidade da manifestação de duas vontades de órgãos distintos.

3.5.2 Quanto aos destinatários

Os atos administrativos podem ser gerais, quando destinados à coletividade; individuais quando atingem destinatário certo e determinado ou plúrimos, quando atingem vários destinatários determinados. (MELLO, 2006)

3.5.3 Quanto ao grau de liberdade

Os atos administrativos podem ser, ainda, vinculados ou discricionários, seguindo-se a mesma linha de raciocínio estabelecida quando tratamos do poder vinculado e do poder discricionário.

Gasparini (2010) conceitua os atos vinculados como aqueles “praticados pela Administração Pública sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva”.

Já aos atos discricionários o mesmo autor confere o seguinte conceito: “São *discricionários* os praticados pela Administração Pública com certa margem de liberdade. A Administração edita-os depois de uma avaliação subjetiva”.

3.5.4 Quanto aos efeitos

Os atos administrativos podem ser declaratórios ou constitutivos.

Os atos constitutivos são os aqueles que tem a capacidade de modificar u até mesmo extinguir uma situação já existente. Eles ciam algo novo, diferente do que existia anteriormente. (Gasparini, 2010)

Gasparini, (2010): Declaratórios são os que afirmam a existência de uma situação de fato ou de direito.

3.6 EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

3.6.1 Quando o ato cumpre seus efeitos

Quando o ato cumpre os efeitos previstos com a sua criação ele, automaticamente, estará extinto. Um exemplo deste tipo de ato é a nomeação de servidor.

3.6.2 Quando desaparece o sujeito ou o objeto

O desaparecimento do objeto do ato administrativo é comum nos atos personalíssimos, haja vista que com o desaparecimento do beneficiário do ato não há como o ato cumprir seus efeitos.

3.6.3 Pela retirada pelo poder público

A retirada pelo poder público pode ocorrer de várias maneiras, pode ser por revogação, por invalidação, por cassação e por caducidade.

A revogação é a retirada do ato por motivos de conveniência e oportunidade, ou seja, a administração, de forma discricionária, passa a entender que não é conveniente a manutenção do ato.

Nas palavras de Meirelles (2012):

“A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminha-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é conferida ao poder público, como implícita na função administrativa.”

A possibilidade de revogação do ato administrativo é imprescritível, podendo ser operada durante todo o período de vigência do ato. (GASPARINI, 2010).

Ainda, os atos administrativos podem ser revogados de forma parcial, que será denominada derrogação, ou de forma total, chamada de ab-rogação.

Gasparini (2010) traz em seus ensinamentos interessante passagem sobre os atos eu não serão passíveis de revogação:

“Se a revogabilidade dos atos administrativos discricionário é a regra, a irrevogabilidade é a exceção. A irrevogabilidade é o atributo dos atos administrativos que impede sua revogação. São irrevogáveis, dentro outros, os atos administrativos declarados por lei como irrevogáveis; os consumados; os vinculados; os meros atos administrativos; os que criam direito adquirido e os atos complexos”.

A revogação, por ser ato discricionário do Administrador, em regra não gera direito a indenização, exceto se a lei dispuser, expressamente, dever de indenizar.

A invalidação tem suas bases na ilegalidade do ato, que não deve ser mantido por ter violado disposições legais.

Nessa linha segue o entendimento de Gasparini (2010):

“O ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido. Inválido, por conseguinte, é o ato administrativo que, ao nascer, afrontou as prescrições jurídicas. É o ato que carece de legalidade ou, de forma mais abrangente, que se ressent de defeitos jurídicos”.

A nulidade de um ato, por ferir o interesse público, faz com que seus efeitos sejam extintos, ou seja, opera-se a retroatividade *ex tunc*, que atinge o ato desde o momento de seu nascimento.

A cassação, por sua vez, pode ocorrer quando o beneficiário do ato deixa de cumprir as obrigações previamente estabelecidas para a manutenção do ato.

Por fim, quando houver alguma inovação legal que impeça a manutenção do ato haverá a caducidade, por ter, a situação anterior, se tornado ilegal. Aqui a ilegalidade é posterior, por isso não se confunde com a invalidação, que tem a ilegalidade prévia.

3.6.4 Renúncia

A renúncia ao ato administrativo somente pode ser feita pelo beneficiário do ato, contudo, para que ele tenha direito de renunciar deve se observar se tal ato não fere o interesse público.

3.6.5 Anulação do ato administrativo

A anulação do ato administrativo pode ocorrer, por dois motivos, que são a ocorrência de ilegalidade ou eventuais abusos cometidos pelo Administrador.

Meirelles (2012) traz em seu texto o seguinte conceito de anulação:

“Anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria administração ou pelo poder judiciário. Baseia-se, portanto, em razões de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em

motivos de conveniência ou oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Administração”.

Para anulação do ato administrativo, a Lei 9.874/99, prevê o prazo prescricional de 05 anos exceto quando o ato for praticado com má fé, caso em que a possibilidade de anulação será imprescritível.

Vale lembrar que o judiciário também poderá determinar a anulação de um ato administrativo, quando apresentar vício de legalidade, sendo vedado a este poder ingressar em questões de mérito. Neste diapasão segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (Súmula 473.)

"A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos." (Súmula 346.)

A doutrina, por sua vez, também é pacífica nesse sentido:

"A administração revoga ou anula seu próprio ato; o Judiciário somente anula o ato administrativo. Isso porque a revogação é o desfazimento do ato por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo que a anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo. Um ato inoportuno ou inconveniente só pode ser revogado pela própria Administração, mas um ato ilegal pode ser anulado, tanto pela Administração como pelo Judiciário". (MEIRELLES, 2012)

A anulação do ato administrativo é um instituto que tem uma importância impar no controle de possíveis abusos e ilegalidades que poderiam ser perpetrados no âmbito da administração pública.

4 OMISSÃO ADMINISTRATIVA OU SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

4.1 DEVER DE AGIR

Meirelles (2010) leciona que “se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”.

Em outras palavras, a atuação do administrador público é de exercício obrigatório, irrenunciável, isto em função da indisponibilidade do interesse público.

É claro, que o administrador deverá agir dentro dos limites legais previstos para sua atuação, sob pena de ser responsabilizado pelos seus abusos e excessos que eventualmente vier a cometer.

Ainda é importante lembrar que o administrador deve agir no momento oportuno, quando a lei determina que o faça, pois a sua atuação tardia fere o dever de agir e acaba configurando uma situação de silêncio administrativo. (MELLO, 2006)

No conceito de Mello (2006) o silêncio administrativo pode ser entendido da seguinte forma:

“Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isso, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um ‘fato jurídico’ e, in casu, um ‘fato jurídico administrativo’. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um ‘ato tácito’.”

Dessa forma, ao entendimento do doutrinador, não há “ato tácito” quando da omissão, pois sequer houve a prática de algum ato, mas sim um fato, este sendo classificado como “fato jurídico administrativo” omissivo.

4.2 OMISSÕES GENÉRICAS

As omissões nem sempre terão o mesmo efeito, por isso, é de suma importância analisar as espécies de omissões e seus efeitos jurídicos. Nesse diapasão ensina Carvalho Filho (2012):

“Ressalve, no entanto, que nem toda omissão administrativa se qualifica como ilegal; estão nesses casos as omissões genéricas, em relação às quais cabe ao administrador avaliar a oportunidade própria para adotar as providências positivas.”

As omissões genéricas estão presentes no contexto dos atos discricionários, quando é conferida ao administrador a possibilidade de optar, dentre as condutas possíveis, àquela mais adequada ao atendimento do interesse público.

Quando ocorre alguma omissão por parte do poder público é comum que a justificativa se funde no instituto da reserva do possível que, segundo Cunha Jr. e Novelino (2011) “atua como uma limitação, ainda que relativa, à plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional”.

Mas, esta justificativa sem sempre se mostra aceitável, pois o Supremo Tribunal Federal detém inúmeros julgados no sentido de que, quando o administrador público deixa de atender alguma política pública prevista constitucionalmente, ele estará ferindo o ordenamento jurídico, além de tentar esvaziar aquilo que o constituinte julgou como imprescindível.

Há, portanto, um mínimo existencial previsto constitucionalmente, que deve ser garantido pelo poder público, caso em que não se admitirá do administrador qualquer omissão, sob pena do cometimento de afronta à Constituição.

A decisão proferida no julgamento do ARE 639337, exarada pelo Ministro Celso de Mello, trouxe, de forma bastante clara a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de se justificar as omissões genéricas com base na reserva do possível.

“DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina.

Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125) (grigo nosso)

Nos casos de omissão genérica não há como identificar um agente público responsável, motivo pelo qual a responsabilidade do Estado será aferida por meio da responsabilidade subjetiva, na qual deve ser demonstrado o elemento culpa.

Nessa toada é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível 2010.023603-9, exarada pelo Desembargador Pedro Manoel Abreu, que segue:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Acidente de circulação. Queda de motociclista em buraco aberto para promover a adequada sinalização da obra pública. Fato que, na espécie, mostra-se irrelevante. Provas que apontam para a ocorrência de culpa exclusiva da vítima. Ausência de nexos causal. Responsabilidade não caracterizada. Recurso provido. Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se

a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano (Celso Antônio Bandeira de Mello).” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.023603-9, de Itaiópolis, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 23-10-2012)

Podemos dizer que quando há uma omissão genérica, não haverá, necessariamente, condenação do Estado a reparar. Será necessário que, no caso concreto, seja analisada eventual culpa do Estado que tenha dado causa ao evento danoso. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“Latrocínio praticado por preso foragido, meses depois da fuga. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira Turma: RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves.” (RE 172.025, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 8-10-1996, Primeira Turma, DJ de 19-12-1996.)

Os omissões genéricas, como mostrado, em geral não se mostram ilegais, diversamente do que ocorre com as omissões específicas, que serão estudadas na seqüência.

4.3 OMISSÕES ESPECÍFICAS

Nas palavras de Carvalho Filho (2012) as omissões específicas são:

“Ilegais, desse modo, serão as omissões específicas, ou seja, aquelas que estiverem ocorrendo mesmo diante de expressa previsão legal no sentido do facere administrativo em prazo determinado, ou ainda quando, mesmo sem prazo fixado, a Administração permanece omissa em período superior ao aceitável dentro de padrões normais de tolerância ou razoabilidade”.

Nas omissões específicas é possível que se conheça o agente omissor, pelo fato de que ele tinha o dever de realizar ou abster-se de realizar determinada conduta e não o fez.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ESTADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - POLICIAIS MILITARES - ATUAÇÃO ARBITRÁRIA E ILEGAL - DEVER DE INDENIZAR - VERBA DE NATUREZA COMPENSATÓRIA 1 O Estado tem o dever de ressarcir os danos a que deu causa ou deveria evitar. A responsabilidade é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e dela somente se exonera o ente público se provar que o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior. 2 Comprovado que o evento danoso decorreu de conduta abusiva e ilegal de policiais militares, que extrapolaram os limites da legalidade e razoabilidade, entende-se que restou configurada a responsabilidade do Estado. 3 Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido. JUROS DE MORA - COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA -

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO - TERMO A QUO - APLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ - DATA DO EVENTO - ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL - CONECTIVOS LEGAIS - LEI DE REGÊNCIA - LEI 11.960/2009 - APLICAÇÃO IMEDIATA 1 "É assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, recentemente reafirmado por sua Segunda Seção (Resp n. 1.132.886/SP, julgado em 23.11.2011; Rcl n. 6.111/GO, julgada em 29.2.2012), de que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito corresponde à data do evento danoso (Súmula 54 STJ)" (AC n. 2012.007033-4, Des. Rodrigo Colaço). 2 As alterações trazidas na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009 - que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública -, possui aplicabilidade imediata, inclusive em relação àquelas demandas ajuizadas anteriormente à edição da novel legislação." (TJSC, Apelação Cível n. 2011.094547-8, de Criciúma, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11-12-2012) (grifo nosso)

A ilegalidade nas omissões específicas é decorrência direta do poder-dever de agir, isto porque o administrador deixa de atender os deveres que a lei lhe impõe.

4.4 FORMAS ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS DE COMBATER O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Havendo uma ocorrência que se configure como silêncio administrativo, o administrado que foi prejudicado tem direito subjetivo de buscar as vias judiciais e/ou administrativas para ter a reparação dos danos que lhe foram causados.

Assim dispõe o administrativista Carvalho Filho (2012):

“Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omissor a conduta comissiva imposta na lei, quer na via administrativa, o que poderá ser feito por meio do direito de petição (art. 5, XXXIV, “a” da CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer (ou, para outros, pedido mandamental)”.

A responsabilidade do Estado, pode ser aferida tanto na via judicial quanto na via administrativa e, por se tratar de esferas independentes, a decisão de uma não interfere na outra.

4.4.1 Formas judiciais de combater o silêncio administrativo

É preciso recordar que neste trabalho serão tratadas apenas as formas disponíveis para combater as omissões perpetradas pelo administrador, ou seja, seus atos omissivos, e não os comissivos.

Para a busca da via judicial, especificamente no caso de omissão do Poder Público, há entendimento sedimentado no sentido de que mesmo havendo cabimento de recurso administrativo com efeito suspensivo, pode o interessado impetrar o mandado de segurança, conforme a Súmula n.º 429, do STF: A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

Esse entendimento firmado pelo STF tem suas bases sedimentadas no fato de que quando há omissão, não há qualquer efeito a ser suspenso, porque da omissão não se origina efeito algum.

4.4.1.1 Reclamação

Um dos meios judiciais disponíveis para combater o silêncio administrativo é a Reclamação, que está prevista no art. 103 A, § 2º da Constituição Federal, que assim disciplina:

“Art. 103- A § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Nas palavras de Carvalho Filho (2012) a reclamação terá seu cabimento nas seguintes hipóteses:

Cabe lembrar, neste ponto, que a omissão da Administração Pública pode ser objeto de reclamação a ser proposta junto ao STF, quando houver contrariedade, negativa de vigência ou aplicação indevida de enunciado de súmula vinculante, como dispõe a Lei n. 11.417, de 19.12.2006, que regulou o art. 103-A da CF.

Embora o poder judiciário possa se manifestar acerca da omissão, dizendo se ela é ilegal ou não, ele não pode substituir o poder executivo, por isso emitirá apenas uma decisão de cunho mandamental ou condenatório ordenando que o administrador público atue de forma comissiva. (CARVALHO FILHO, 2012)

4.4.1.2 Mandado de segurança

Outro instituto existente para combater os casos de silêncio administrativo é o mandado de segurança, que assim como a reclamação tem previsão constitucional, como pode ser ver:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;"

O mandado de segurança, remédio constitucional que serve para amparar lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, é o meio comumente utilizado para combater os casos em que se verifica omissão administrativa.

Segundo Cunha Jr. E Novelino (2011), direito líquido e certo é aquele “passível de ser provado de plano, no ato da impetração, por meio de documentos, ou que é reconhecido pela autoridade coatora dispensando, por conseguinte, dilação probatória”.

Di Pietro (2012) ressalta que é importante lembrar que há algumas restrições quanto ao cabimento do mandado de segurança, como, quando há necessidade de assegurar o direito a liberdade de locomoção, caso em que será cabível o *habeas corpus* e quando a decisão administrativa pender de recurso administrativo com efeito suspensivo.

Muito embora o autor mencionado traga em sua obra essas exceções ao cabimento do Mandado de Segurança, temos que lembrar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou que no caso de silêncio administrativo o mandado de segurança pode sim ser proposto quando houver pendência de recurso administrativo com efeitos suspensivos, conforme já explicitado neste trabalho.

A lei do Mandado de Segurança, n. 12.016/2009 traz, em seu artigo 23, o prazo decadencial para propositura do remédio constitucional, que é de 120 dias.

Ao analisar o prazo decadencial do Mandado de Segurança a pergunta que poderia surgir é: A partir de quando se conta este prazo quando há omissão do administrador?

Pois bem, o entendimento já pacificado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência é o de que durante todo o período do silêncio pode ser impetrado o remédio constitucional, desde que não haja prazo legal para atuação do administrador; enquanto que, se houver prazo determinado para agir, o prazo decadencial começa a fluir do dia seguinte ao término daquele.

Nessa linha é o entendimento de Di Pietro (2012):

“Se o mandado é interposto contra omissão, duas hipóteses devem ser distinguidas: se a Administração está sujeita a prazo para praticar o ato, esgotado esse prazo, começam a correr 120 dias para impetração da segurança, conforme decisão do STF, in RTJ 53/637; se a Administração não está sujeita a prazo legal para prática do ato, não se cogita de decadência para o mandado de segurança, por inexistência de um termo a quo; enquanto persistir a omissão, é cabível o mandado;”

Assim também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PROCEDÊNCIA. Havendo omissão da Administração Pública em apreciar requerimento administrativo do particular contra ato de efeitos concretos que afeta prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial se renova a cada mês, tendo em vista que, a cada mês, se renova a omissão da Administração. Embargos de declaração acolhidos”. (RMS 24736 ED, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-01 PP-00139 RDDP n. 94, 2011, p. 140-142)

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIADO POLÍTICO. LEI Nº 10.559/2002. INDENIZAÇÃO. VALORES RETROATIVOS, FIXADOS EM PORTARIA DO MINISTRO DA JUSTIÇA. CABIMENTO DA SEGURANÇA. DECADÊNCIA. Adequação da via eleita, dado que "a hipótese não consubstancia ação de cobrança, mas tem por finalidade sanar omissão da autoridade coatora, que não deu cumprimento integral às Portarias do Ministro de Estado da Justiça" (RMS 24.953, Relator Ministro Carlos Velloso). Considerando que a lei fixou prazo para a autoridade efetuar o pagamento da indenização -- no caso, sessenta dias --, o término desse prazo, sem a aludida providência, implica o início da contagem do lapso decadencial previsto no art. 18 da Lei nº 1.533/51. Mandado de segurança impetrado após o centésimo vigésimo dia. Recurso ordinário desprovido.” (RMS 26881, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-02 PP-00326 RT v. 98, n. 882, 2009, p. 108-111 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 170-175)

O Superior Tribunal de Justiça também segue o mesmo raciocínio:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXISTAS AUXILIARES TRANSFORMAÇÃO EM PERMISSIONÁRIOS. LEI MUNICIPAL. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280/STF. ATO OMISSIVO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. PRAZO DECADENCIAL. INOCORRÊNCIA. 1. Não houve a alegada violação do art. 535, inc. II, do CPC. O acórdão combatido está claro e contém fundamentação coerente e suficiente para solver integralmente a controvérsia. Além do mais, não é permitida a esta Corte determinar que seja suprida alegada omissão pelo Tribunal de origem de dispositivo de lei local. 2. A priori, conforme jurisprudência desta Corte, não existe decadência para impetração de mandado de segurança contra ato omissivo, nesse caso entendendo-se como ato omissivo a não-realização, pela autoridade coatora, de atos bastantes para transformar motoristas de táxi auxiliares em permissionários de serviço público. 3. De fato, em se tratando de lei de efeitos concretos, o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança deve ser contado de sua publicação. Não obstante, para conferir a concretude do diploma normativo, seria necessária a análise de lei municipal. Incidente, por analogia, a Súmula n. 280/STF. 4. Mantenha-se o posicionamento proferido pela Instância ordinária de que não há prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança contra ato omissivo. 5. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 970.310/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010) (grifo nosso)

Embora o mandado de segurança seja um meio hábil para combater o silêncio administrativo, há algumas hipóteses em que, nem mesmo este remédio não poderá solucionar a questão, como é o caso do aumento dos vencimentos de servidor, como bem reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

“MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRADOR DO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL - VENCIMENTOS - PRETENSÃO DE EXTENSÃO - SÚMULA 339/STF. 1. Mandado de segurança contra ato omissivo de Ministro de Estado que, ao deixar de equiparar os vencimentos dos Administradores do Serviço Público aos vencimentos recebidos pelos servidores ocupantes dos cargos de Analista de Planejamento e Orçamento, violou o princípio constitucional da igualdade. 2. Aplicação do Enunciado 339 da Súmula do STF (Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia). Precedentes. 3. Ordem denegada. (MS 15.281/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/09/2010) (grifo nosso)

Não obstante a existência de meios judiciais para combater o silêncio administrativo, há ainda as hipóteses em que o administrado pode, administrativamente, buscar uma manifestação do administrador, conforme se verá adiante.

4.4.2 Formas administrativas de combater o silêncio administrativo

As maneiras administrativas de combater o silêncio administrativo estão inseridas dentro do conceito do controle administrativo interno, que é aquele que confere à administração o poder de rever seus atos, fundada no princípio da autotutela. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010)

A revisão dos atos administrativos pode ser impulsionada pela própria administração (autotutela) ou pelos administrados. Contudo, quando há o silêncio administrativo, não existe qualquer ato administrativo, por isso, a iniciativa, nesse caso, cabe apenas ao administrado, que pode se utilizar das diversas formas previstas. Neste sentido é a doutrina:

“O exercício do controle administrativo pode ocorrer de ofício, isto é, por iniciativa da própria administração pública, ou ser deflagrado por provocação dos administrados, mediante reclamações, representações, impugnações, recursos e petições administrativas de um modo geral, tenham ou não denominação específica”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010)

A Carta Magna brasileira assegura a todos o direito de petição que, inclusive, independe do recolhimento de qualquer taxa:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

O pedido de petição também vem elencado no art. 104 da Lei 8.112/90, que trata do regime dos servidores públicos federais e assim determina: “ É assegurado ao servidor o direito de requerer aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo”.

Com uma simples leitura do texto constitucional é possível verificar que não há previsão de qualquer sanção para o administrador que não responda à petição proposta. Contudo, Silva (2003) entende que nesse caso é possível a impetração de mandado de segurança e, até mesmo, a responsabilização administrativa, civil e penal.

Di Pietro (2010) lembra ainda que “dentro do direito de petição estão agasalhadas inúmeras modalidades de recursos administrativos, disciplinados por legislação esparsa...”.

A representação, que é uma das modalidades do direito de petição, visa denunciar à própria administração ou aos órgãos de controle eventuais irregularidades cometidas no âmbito do serviço público. (DI PIETRO, 2010)

Nesse sentido é o conceito trazido por Alexandrino e Paulo (2010):

“A nosso ver, ‘representação’ é designação usualmente empregada nas leis para situações em que o administrado, ou um servidor público, de algum modo, tem notícia de ilegalidade, omissão, conflito entre decisões administrativas ou abuso de poder e quer levar o fato ao conhecimento da própria administração pública em que a situação ocorreu, ou a um órgão de controle, inclusive o Ministério Público (evidentemente, se a hipótese for de ajuizamento pelo administrado de ação perante o Poder Judiciário, teremos controle judicial, e não representação).” (ALEXANDRINO; PAULO, 2010)

O pedido de reconsideração, outra modalidade do direito de petição, também tem previsão na Lei n. 8.112/90, que assim disciplina:” Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.”

O pedido de reconsideração nada mais é do que um pedido dirigido àquele que emitiu o ato para que o reveja.

O recurso hierárquico, que também é um desdobramento do direito de petição, recebe o seguinte conceito de Gasparini (2010): “é o pedido de reexame de ato ou decisão de agente ou órgão que o recorrente faz a agente ou órgão superior, visando o seu desfazimento ou modificação”.

O recurso administrativo, assim como aquele apresentado perante o judiciário, tem, em regra, efeito devolutivo, podendo ser conferido efeito suspensivo (se previsto em lei) e independe do pagamento de qual taxa para sua interposição. (GASPARINI, 2010)

4.5 RESPONSABILIDADE DO AGENTE PÚBLICO OMISSO

O servidor público está sujeito a três esferas de responsabilidade: a civil, a penal e a administrativa, isto por expressa disposição da Lei n. 8.112/90:

"Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

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

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função."

É importante frisar, ainda, que as esferas civil, penal e administrativa são, em regra, independentes, por disposição da Lei 8.112/90: *"As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si"*.

Nessa linha é o entendimento de Carvalho Filho (2012), que assim leciona:

"Quanto ao agente omissivo, poderá ele ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente, conforme o tipo de inércia a ele atribuída. Pode, inclusive, ser punido por desídia no respectivo estatuto funcional, ou, ainda, ser responsabilizado por conduta qualificada como improbidade administrativa. Caso da omissão administrativa sobrevenham danos para terceiros, tem estes ação indenizatória em face da pessoa administrativa a que pertencer o servidor inerte, respondendo este em ação regressiva perante aquela (art. 37 § 6º, CF)".

Pelo exposto acima não restam dúvidas de que sanções civis, penais e administrativas podem ser cumuladas, mas, uma ressalva se faz necessária, levando-se em conta que se houver absolvição pela inexistência do fato, pelo reconhecimento expresso da não autoria ou por haver excludente na esfera penal, as demais esferas também deverão absolver o agente público. (DI PIETRO, 2012)

A responsabilidade administrativa decorre da desobediência a normas de âmbito interno, instituídas pela administração. A punição administrativa do servidor deve estar prevista em lei, jamais podendo ser aplicada de forma arbitrária, ficando resguardada a possibilidade de revisão pelo poder judiciário. (MEIRELLES, 2010)

A responsabilidade civil, por sua vez, decorre de eventuais danos que o servidor tenha causado à administração. Esta responsabilidade advém tanto de atos dolosos, quanto de atos culposos, haja vista que o patrimônio público é indisponível. (MEIRELLES, 2010)

A responsabilidade penal, outra modalidade prevista no art. 121 da Lei n. 8.112/90 tem o seguinte conceito, segundo Meirelles (2010):

“A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais. O ilícito penal sujeita o servidor a responder a processo crimes e responder pelos efeitos da condenação (CP, arts. 91 e 92). O Estado-membro e o Município não podem legislar sobre crimes funcionais, porque tal matéria é de Direito Penal e constitui reserva constitucional da União (CF, art. 22, I)”

A responsabilidade pode ser tanto objetiva quanto subjetiva, sendo que no primeiro caso é necessária apenas a comprovação do nexo causal, enquanto que no segundo caso deve ser comprovada a culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Para se aferir a responsabilidade subjetiva, que decorre de um dano, seja ele doloso ou culposo, segundo Mello (2006) “em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagra-se”.

Quando um serviço público funciona mal, não funciona ou é tardio, está caracteriza a falta de serviço, que independe da culpa individual de determinado administrador, sendo imputada ao Estado e apurada com base na responsabilidade subjetiva (MELLO, 2006)

Para a omissão a doutrina e a jurisprudência entendem que se aplica a teoria subjetiva, que depende da comprovação de dolo ou culpa; conforme pode se verificar no julgado que segue:

“Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço – faute du service dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro.” (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004.)

No mesmo norte e o entendimento de Mello (2006), que traz o seguinte trecho em sua obra:

“Há responsabilidade subjetiva quando para caracteriza-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na pratica do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo”.

A ilicitude da conduta, no caso de omissão, decorre do descumprimento de um dever legal. O Estado somente será responsável se o serviço for prestado fora dos padrões normais, e se o dano era evitável e o Estado não o evitou.

Nesse norte é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO CONTRA MOTORISTA PARADO EM SINAL DE TRÂNSITO. OMISSÃO DO ESTADO EM PROVER SEGURANÇA PÚBLICA NO LOCAL NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITO INDISPENSÁVEL. AUSÊNCIA.

1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2. Nesse domínio jurídico, o sistema brasileiro, resultante do disposto no artigo 1.060 do Código Civil/16 e no art. 403 do CC/2002, consagra a teoria segundo a qual só existe o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa. 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado, que não destacou agentes para prestar segurança em sinais de trânsito sujeitos a assaltos, tenha sido a causa necessária, direta e imediata do ato ilícito praticado pelo assaltante de veículo. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF e do STJ. 4. Recurso especial a que se dá provimento.” (REsp 843.060/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 24/02/2011)

Sendo objetiva ou subjetiva, prevista em lei ou não, a conduta omissa deve ser apurada para que se possam aferir as responsabilidades como leciona de acordo com Gasparini (2010), “pois o servidor que sem justificativa se omite, silencia, quando deve pronunciar-se, age com negligência, não exerce suas funções com dedicação e zelo”.

Há casos em que a lei prevê que a falta de manifestação do servidor no prazo previsto em lei acarreta a aceitação do pedido como, por exemplo, se o chefe do executivo não vetar ou sancionar a lei no prazo de 15 dias, se entenderá que houve sanção.

A ausência de manifestação por parte da administração pública não significa, necessariamente, que o pedido formulado pelo administrado vai ser aceito, ou que eventual ilegalidade no pedido será sanada, nesse diapasão segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA - REGISTRO DE SINDICATO - IMPUGNAÇÃO - FALTA DE JULGAMENTO. - O SILENCIO DA ADMINISTRAÇÃO, EM JULGAR IMPUGNAÇÃO A PEDIDO DE REGISTRO DE SINDICATO NO CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES SINDICAIS NÃO ACARRETA O DEFERIMENTO AUTOMATICO DA PRETENSÃO.” (MS 4.416/DF, REL. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/1996, DJ 27/05/1996, p. 17798)

Nesse diapasão Gasparini (2010):

“Sobreleva afirmar, ainda, que o deferimento do pedido do administrado ou a confirmação do ato administrativo controlado quando a lei atribui esse efeito ao silêncio da Administração, não significa que o ilegal contido no pedido ou no ato confirmado também está deferido ou confirmado.” (GASPARINI, 2010)

Há que se atentar ao fato de que nem todo dano está sujeito à reparação. São passíveis de indenização os danos que causem lesão a vítima e que sejam certos (não eventuais). (MELLO, 2006)

Quanto ao agente público que deu causa ao ato danoso, o poder público poderá, por meio da via regressiva, buscar a sua responsabilização, por expressa previsão Constitucional:

“Art. 37 § 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.”

A responsabilização do agente público decorrerá da existência de ato lesivo e da comprovação de dolo ou culpa do agente (responsabilidade subjetiva). (MELLO, 2006)

Contudo, neste ponto uma questão deve ser levantada: havendo um dano, o administrado poderia ingressar judicialmente contra o poder público e o agente ao mesmo tempo como litisconsortes? Ou deveria ingressar apenas contra o poder público e este, por sua vez, deverá propor ação de regresso em face do agente?

Essa questão não é pacífica, pois na doutrina encontramos entendimentos que divergem sobre qual seria a melhor solução.

Mello (2006) leciona que:

“A norma visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade de responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.”

Meirelles (2010) dispõe de entendimento diverso daquele trazido acima:

“A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através de ação regressiva autorizada pelo § 6º do art. 37 da CF.”

É notória essa divisão da doutrina quanto à possibilidade do prejudicado ingressar contra a administração e o servidor no mesmo processo. A jurisprudência conta com entendimento no sentido de que quem deve figurar do no pólo passivo de eventual indenizatória é o Estado, que deverá promover ação de regresso em face do servidor, senão vejamos:

“Responsabilidade objetiva do Estado por atos do Ministério Público (...). A legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público para arcar com a sucumbência de ação promovida pelo Ministério Público na defesa de interesse do ente estatal. É assegurado o direito de regresso na hipótese de se verificar a incidência de dolo ou culpa do preposto, que atua em nome do Estado.” (AI 552.366-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009.).

"Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo – liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços – incide a responsabilidade objetiva." (RE 140.270, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-4-1996, Segunda Turma, DJ de 18-10-1996.)

Contudo, a cerca desta divergência, temos que, a Constituição, por ser a Lei Maior, se sobrepõe. Por tal situação, há de se levar em consideração, inclusive, a celeridade processual, pois quando dois ou mais agentes figuram no pólo passivo da ação, o desenvolvimento do andamento processual se torna mais longo, interferindo em seu tempo razoável, o que conseqüentemente atinge tal princípio positivado no ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

O trabalho, embora tenha passado pela análise dos poderes da administração e pelos atos administrativos, elementos estes importantes para compreensão do tema central, teve seu cerne na questão do silêncio administrativo.

Foi possível verificar que existem duas espécies dentro do gênero silêncio administrativo ou omissão administrativa: a) as omissões genéricas; b) as omissões específicas.

Nas omissões genéricas demonstrou-se que, em regra, não há ilicitude por parte do agente omissor, por se tratar de atos discricionários, em que o administrador pode escolher agir ou não, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Por sua vez, nas omissões específicas, a lei imputa ao administrador o dever de agir e ele se mantém inerte, por isso, a omissão se mostra ilegal.

Quando a omissão for ilegal, o administrado poderá se utilizar de diversos meios administrativos e judiciais para combatê-la, sem prejuízo da responsabilização civil, penal e/ou administrativa do agente causador da ilegalidade.

REFERÊNCIAS

Alexandrino, Marcel; Paulo, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08/02/2013.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 28/01/2013.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 07/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=17718&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 4.416/DF. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22sil%EAncio+da+administra%E7%E3o%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5#>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 7.374. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=7374&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=42>>. Acesso em: 01/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 843.060. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=omiss%E3o+e+responsabilidade+e+subjativa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=17#>>. Acesso em: 13/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 970.310. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 01/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 552.366-AgR. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal ARE 639337. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>> Acesso em: 10/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 130.764. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140.270. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 369.820. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 17/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24736 ED. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165612&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 26881. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086833&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 346. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 429. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=429.NUME.NA.OS.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 05/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 14/02/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.023603-9. Disponível em: http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do#resultado_ancora. Acesso em: 07/02/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.094547-8. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. Acesso em: 07/02/2013.

Cunha Junior, Dirley da; Novelino, Marcelo. *Constituição federal para concursos*. 2 ed. Jus Podivm. Bahia: 2011.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Gasparini, Diógenes. *Direito administrativo* 15 ed. atual por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2010.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Mello, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

INFORMAÇÕES SOBRE O AUTOR

Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz - Advogada do Município de Pinhalzinho e Professora de Direito Processual Civil III na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Formada pela Unisul Pós Graduada em Direito Aquaviário e em Direito do Estado

(Fonte: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13559&revista_caderno=4, data de acesso 10/08/15)

5 - Omissão de socorro

Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Omissão de Socorro é um dos crimes previstos no Código Penal brasileiro, em seu art. 135. É o exemplo clássico do crime omissivo. Deixar de prestar socorro a quem não tenha condições de socorrer a si próprio ou comunicar o evento a autoridade pública que o possa fazê-lo, quando possível, é crime.

- **Bem Jurídico:** A vida e a saúde da pessoa humana.

- **Sujeitos:** ATIVO, qualquer pessoa desde que não tenha provocado dolosamente ou culposamente a situação de perigo. O dever de agir como ocorre no art. 133 e 134 do CP não decorrem de um vínculo especial entre os sujeitos ativo e passivo e sim do próprio ordenamento jurídico diante do caso concreto. Se o agente provoca o perigo responderá por lesão corporal ou homicídio, restando a eventual omissão absorvida pelo delito mais grave. Em sendo lesão ou o homicídio culposo a eventual omissão funcionará como causa especial de aumento de pena, conforme o art. 121, §4º e 129, §7º do CP. Segundo a maioria dos doutrinadores é inadmissível o concurso de pessoas, pois o dever de agir é individual, pessoal e, portanto, não comporta divisão. Cada um que transgredir no seu particular dever responderá pelo crime individualmente. Assim, se duas ou mais pessoas se negam a prestar auxílio cada um responderá pelo delito. Se um deles prestar o socorro exime da responsabilidade os demais. Se o socorro for prestado posteriormente, aquele que se omitiu não estará isento da pena. PASSIVO, a criança abandonada ou extraviada, a pessoa inválida ou ferida ao desamparo de qualquer pessoa em grave e iminente perigo. Criança de acordo com o ECA é pessoa menor de 12 anos, art. 2º da Lei 8.069/90. Abandonada, privada de assistência de seus responsáveis ou entregue a própria sorte. Extraviada, perdida, desordenada ou privada da vigilância de quem poderia protegê-la. Inválida é aquela pessoa que em razão de suas condições físicas, biológicas ou psíquicas precisa de assistência de outrem como, por exemplo: doenças, deficiências física ou mental, idade avançada, pessoa ferida e aquela que apresenta alguma ofensa a sua integridade física (corporal). Ao desamparo, a pessoa privada do socorro e incapaz de afastar a situação de perigo grave e iminente, aquele de grandes proporções e prestes a acontecer.

- **Tipo Objetivo:** A conduta típica consiste em deixar de prestar assistência sem risco pessoal quando possível fazê-la ou não pedir socorro à autoridade pública competente ao se deparar com o sujeito passivo (essas pessoas elencadas no artigo). Trata-se de crime omissivo próprio onde se pune a não realização de uma ação que o autor poderá realizar diante da situação concreta em que se encontrava. O autor transgrediu um dever de atuar. Quando o agente encontra o sujeito passivo fica com o dever de assistência direta, que seria acionar a autoridade pública competente. Essa opção não fica a belprazer do agente. Somente o caso concreto poderá determinar a medida correta de socorro, pois a assistência pessoal pode vir a agravar a situação e assim como o acionamento da autoridade competente poderá ser ato ineficaz. Assim, podemos afirmar que a assistência indireta, supletiva ou subsidiária da assistência direta. Devemos ressaltar que assistência somente será exigível nas hipóteses de não haver risco pessoal, pois a lei não exige de ninguém atos de heroísmo. A presença de

risco pessoal (está) afasta a tipicidade da conduta. Em havendo risco para terceiros, embora a conduta possa ser típica, não haverá crime face a excludente do estado de necessidade.

- **Tipo Subjetivo:** Dolo direto ou eventual. É a decisão do agente na inação como a consciência do agente que poderia agir e com meios necessários para agir.

- **Consumação/Tentativa:** A omissão de socorro consuma-se quando o agente não presta o socorro devido ainda que outro o tenha feito posteriormente. E com consequência tenha efetiva lesão da vítima. O crime de omissão de socorro é um crime de perigo sendo que na primeira parte “que a criança... desamparo” (Art. 135). Na segunda parte “grave e iminente perigo” é crime de perigo concreto.

- **Causas de Aumento de Pena:** Prevista no § único que a pena será aumentada, se da omissão resultar lesão de natureza grave, a pena será aumentada na metade. Na hipótese de resultar morte, a pena será triplicada. Essas causas de aumento de pena somente incidirão se ficar demonstrado que a execução da conduta devida ou da conduta omissiva teria evitado o resultado. Obs.: A crítica que se faz ao § único do art. 135 CP, é que sua redação é equivocada, pois não há a relação de causalidade alguma na omissão sendo-lhe assim mesmo imputado o resultado, desde que seja possível demonstrar que a ação devida teria evitado o resultado.

- **Pena/Ação Penal:** Pena na forma simples, detenção de 1 a 6 meses ou multa. Se resulta lesão grave, reclusão de 1 a 4 anos. Se resultar morte, reclusão de 4 a 12 anos. Ação penal pública incondicionada.

- **Classificação:** Comum (suj. ativo) e próprio (suj. passivo), perigo abstrato (1ª parte) e concreto (2ª parte), doloso, instantâneo, unisubjetivo, unisubsistente ou plurisubsistente. Em regra não admite tentativa.

Crime de Omissão de socorro	
no <u>Código Penal Brasileiro</u>	
Artigo	<u>135</u>
Título	Dos crimes contra a pessoa
Capítulo	Da periclitación da vida e da saúde
Pena	<u>Detenção</u> , de um a seis meses ou multa
Ação	Pública incondicionada
Competência	Juizado Especial

(Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Omiss%C3%A3o_de_socorro, data de acesso 10/08/2015)

Leituras sugeridas sobre o tema pesquisado:

I - Responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-do-estado-por-atos-do-poder-judiciario,47700.html>

15 de abr de 2014 - 5º, LXXV: “o **Estado** indenizará o condenado por **erro judiciário**,.... daquelas ações ou **omissões** que digam respeito à atuação do juiz fora do...

II - A responsabilidade civil do estado por omissão e - Justiça...

http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/235/214

de E Rosa de Araújo - 2011 - Artigos relacionados

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. **Estado**. **Omissão**. Excludentes..... O **Estado** indenizará o condenado por **erro judiciário** e aquele que ficar preso...

III - Responsabilidade administrativa, penal e civil no Direito...

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14020&revista_caderno=4

Igualmente, **caso** a autoridade não instaure sindicância ou processo administrativo... ela responderá pelo crime de prevaricação ou mesmo **corrupção** passiva, a depender.... Na fixação da **responsabilidade civil** e criminal do servidor a L. 8.112... A segurança pública, dever do **Estado**, direito e **responsabilidade** de todos,

IV - Responsabilidade Civil do Estado por Danos Decorrentes...

<http://www.oabgo.org.br/Revistas/50/juridico4.htm>

*Teoria da responsabilidade objetiva da **Administração Pública**: a doutrina do Direito... um "fato danoso e injusto ocasionado por ação ou **omissão** do Poder Público".... 4- A responsabilidade civil do **Estado** no âmbito do Poder **Judiciário**.... será imprescindível a clara demonstração do **erro judiciário**, e como na esfera civil o...

V - Responsabilidade civil da Administração Pública...

http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Responsabilidade_civil_da_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica.

9 de nov de 2011 - 6º da Constituição Federal, pois em atos omissivos do **Estado** é necessário... e outros, visualizamos uma ação e não **omissão do Estado**..... a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de **erro judiciário**.

VI - Responsabilidade Civil Objetiva do Estado - Deise Da Silva...

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14834

2 de mai de 2015 - A Responsabilidade Civil do **Estado** por **Erro** no **Judiciário**... Aborda o comportamento do **Estado** que a **omissão** ainda é uma questão.... A **Administração** Pública Federal baseado no artigo 5º Caput da Constituição Federal...

VII - A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva...

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1783

28 de jul de 2009 - 1.1 -A Responsabilidade Objetiva da **Administração** no Direito Brasileiro..... a ação ou **omissão** exclusiva de terceiro afasta a responsabilidade civil, em face da ausência da.... O **Estado** é responsável face ao **erro judiciário**.

VIII - Questões controvertidas na doutrina e jurisprudência sobre...

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/quest%C3%B5es-controvertidas-na-doutrina-e-jurisprud%C3%Aancia-sobre-responsabilidade-civil-do-estado>

9 de jul de 2012 - **Omissão do Estado**: responsabilidade subjetiva ou objetiva?;6.... Já dizia Luis Maria Cazorla Pietro: “A idéia de supremacia da **Administração** no seio da.... sendo aceita a responsabilidade civil do **Estado** por **erro judiciário**...

IX - Responsabilidade administrativa, penal e civil no Direito...

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14020&revista_caderno=4

Igualmente, **caso** a autoridade não instaure sindicância ou processo administrativo... ela responderá pelo crime de prevaricação ou mesmo **corrupção** passiva, a depender.... Na fixação da **responsabilidade civil** e criminal do servidor a L. 8.112... A segurança pública, dever do **Estado**, direito e **responsabilidade** de todos,...