
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público

Emerson Gabardo

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Diretor-Geral do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacelar. Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UniBrasil. Advogado do escritório Guilherme Gonçalves & Advogados Associados.

Nahima Peron Coelho Razuk

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacelar. Advogada do escritório Guilherme Gonçalves & Advogados Associados.

Resumo: O artigo procura estudar aspectos introdutórios do Ministério Público no Brasil com a finalidade de subsidiar a análise da responsabilidade civil do Estado por atos de seus integrantes. Tendo em vista este objetivo, enfoca algumas características fundamentais gerais da responsabilidade extracontratual segundo o regime jurídico brasileiro. Finalmente, conclui pela adoção nesta seara da teoria objetiva, fundada no risco administrativo, não admitindo a responsabilidade pessoal dos agentes ministeriais, que somente podem responder indireta e subjetivamente por seus atos quando causadores de dano indenizável.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Ministério Público. Teoria do risco administrativo.

Sumário: 1 O Ministério Público – Aspectos introdutórios - 2 A responsabilidade civil do Estado no Brasil – Proposições operacionais - 3 A responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público - Referências

1 O Ministério Público – Aspectos introdutórios

Em que pese seja de certa forma redundante rememorar a questão histórica, parece interessante delimitar alguns pontos nesta seara, que facilitam a sustentação das conclusões específicas do tema a ser tratado. Em uma feição mais próxima da atual (típica do primeiro estágio da modernidade), a origem do Ministério Público está atrelada à Coroa Francesa (ordonnance de 1302), sendo seus membros os procureurs de roi e integrantes do corps de magistrats. No início do século XVII, ainda na França, os integrantes do Parquet conquistaram a garantia de vitaliciedade.¹ Desde essa época, já se utilizava a expressão Parquet para designar os agentes do rei (les gens du roi). O emprego desta expressão, traduzida como assoalho, decorre de tradição francesa quanto à forma de organização das audiências, onde os procuradores do rei se acomodavam sentados no assoalho para se distinguirem dos membros da magistratura presentes na audiência, que se sustentavam em pé (magistrature débout). Magistratura esta cuja posição de antagonismo ao rei era a regra.²

¹ BULOS. Curso de direito constitucional. 2. ed., p. 1143.

² ANDERSON. Linhagens do Estado absolutista. 3. ed., p. 93-99.

Como originariamente o Ministério Público exercia o papel de mão do rei, em referência ao trabalho executado pelos procuradores reais, fica justificado o emprego da palavra ministério, originada da expressão latina manus, associada à ideia de ministro, ministrar e administrar.³ Sentido, portanto, que foi radicalmente alterado com o tempo, fazendo com que as reminiscências históricas não mais coadunem com a realidade desta instituição, notadamente na feição que foi paulatinamente conquistando e que atualmente resta consagrada na Constituição Federal de 1988. Aliás, no Brasil, a figura do Ministério Público surge de forma bastante distinta do que na França, em 1609, com a criação do Tribunal de Relação da Bahia e a atuação do procurador dos feitos da Coroa e promotor de justiça. Na origem da função, ainda no período da colônia, “a área judicial, que se confundia com a do ministério público, compreendia os cargos e ofícios da magistratura”.⁴ Todavia, sua importância foi efetivamente ressaltada com a edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, por obra de Campos Salles, Ministro da Justiça do Governo Provisório, que, durante a primeira República, esboçou a independência da instituição ministerial. Já nas Constituições Brasileiras, a primeira previsão do Ministério Público no texto constitucional foi somente com a Carta de 1934, como órgão de cooperação nas atividades governamentais, conferindo-lhe traços de instituição, estabilidade a seus membros e exigência de concurso para ingresso na carreira. Passada uma década, a Constituição democrática de 1946 firmou as virtudes da instituição ministerial, positivando suas garantias, sobretudo de independência, e caracteres orgânicos e funcionais em título próprio. Em revés, a Constituição de 1967 ora o enquadrava numa seção do capítulo próprio do Poder Judiciário, ora como órgão integrante do Poder Executivo, através da Emenda nº 1/69.⁵ Somente na Constituição Federal de 1988 o Ministério Público alçou a condição de instituição permanente e autônoma, essencial à função jurisdicional e defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com seus princípios e garantias expressamente assegurados no artigo 127⁶ e firmados

³ Sobre a origem etimológica, ver também: ARAUJO; NUNES JUNIOR. Curso de direito constitucional. 12. ed., p. 407.

⁴ WEHLING; WEHLING. O funcionário colonial entre a sociedade e o rei. In: DEL PRIORE (Org.). Revisão do paraíso: os brasileiros e o Estado em 500 anos de história, p. 145.

⁵ Sobre a história do Ministério Público no Brasil ver: SAUWEN FILHO. Ministério Público e o Estado democrático de direito, p. 110 et seq.

⁶ Art. 127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. §1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. §2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) §3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. §4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do §3º. (Incluído pela Emenda

em capítulo especial, dentre as instituições cujas funções foram definidas como essenciais à justiça.

Extraí-se, dos artigos 127 e seguintes a positivação da instituição ministerial com incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, fundado nos princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, a cujos membros, organizados em carreira, são asseguradas as prerrogativas da vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade.⁷ Em suma, os princípios da unidade, indivisibilidade e da independência funcional são enumerados como os princípios institucionais do Ministério Público (CF, art. 127, §1º). O princípio da unidade se traduz no fato de que os membros da instituição ministerial integram um único órgão, sob direção de um chefe, designado como procurador-geral. Neste passo, o princípio da indivisibilidade está atrelado à concepção de unidade, compreendendo a impossibilidade de subdivisão interna do Ministério Público em outras instituições desvinculadas. Por fim, o princípio da independência funcional ou autonomia funcional protege a atuação dos membros do Parquet e o exercício de suas atribuições e prerrogativas, sem se olvidar da incondicional subordinação de seus atos ao ordenamento constitucional e infraconstitucional.⁸

Apesar de toda esta delimitação constituição a respeito do regime jurídico do Ministério Público, não há consenso no país a respeito de qual seria sua real alocação estrutural dentro da federação brasileira. Por seu status constitucional ser de mera instituição orgânica permanente e autônoma, ponderam alguns estudiosos não ser admitida a tese que caracteriza o Ministério Público como quarto poder do Estado. Sendo assim, defendem a vinculação desta instituição com o Poder Executivo e serem suas atribuições de natureza exclusivamente administrativa.⁹ Nesta vertente posiciona-se o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos. A título ilustrativo do seu pensamento merece destaque a seguinte elucubração:

Inexistem dúvidas acerca da posição sobranceira do Ministério Público no contexto institucional brasileiro. Isso, contudo, não o subtrai da condição de instituição vinculada ao Poder Executivo, o que jamais significa depreciar a sua independência, nada obstante o constante perigo de o órgão ministerial servir a interesses político-partidário. Seja como for, o “Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A

Constitucional nº 45, de 2004) §5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do §3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) §6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

⁷ SILVA. Manual da Constituição de 1988, p. 171-2.

⁸ MAZZILLI. Regime jurídico do Ministério Público. 2. ed., p. 79 et seq.

⁹ Sobre o assunto, conferir: SILVA. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed., p. 598.

atuação independente dessa instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto à efetiva submissão dos poderes à lei e à ordem jurídica. (STF, Pleno, ADIn 789-MC, Rel. Celso de Mello, Dj de 26-2-1993). [...] Sem dúvida, as funções que desempenha possuem natureza administrativa, como promover ações públicas, zelar pelo regime democrático, tutelar os interesses sociais e individuais indisponíveis, opinar como custos legis etc. Por isso, o Ministério Público não possui poder decisório, como juízes, nem o condão de elaborar atos normativos, gerais e abstratos, atividade típica dos legisladores. Simplesmente atua junto ao Judiciário, sem exercer jurisdição, fiscalizando ou promovendo a observância das leis, mas sem elaborá-las.¹⁰

Denotando opinião jurídica divergente, há autores que defendem a vinculação da instituição ministerial ao Poder Judiciário, tanto em razão de sua localização no texto constitucional, quanto por terem sido fortificadas e ampliadas suas prerrogativas e atribuições para atuação em prol da sociedade e nas causas de maior repercussão social.¹¹ No entanto, é preciso trazer a memória de que a Constituição Federal afirma a autonomia funcional, administrativa e financeira do Ministério Público (CF, art. 127, §§2º e 3º), o que permite a esta instituição e seus membros o exercício independente de suas funções, de forma inovadora, sem subordinação a nenhum outro órgão ou poder. A limitação deste exercício está adstrita tão somente aos mandames constitucionais.¹² A partir deste raciocínio, José Joaquim Gomes Canotilho, propondo um estudo constitucional global da estrutura e função do Poder Judiciário, define o Ministério Público como órgão do poder judicial, tendo seus agentes função equiparada com a dos magistrados, não com aplicadores, mas como colaboradores no exercício do poder jurisdicional. As garantias de autonomia e independência constitucionais em relação aos demais poderes caracterizam o Ministério Público como um poder autônomo do Estado.¹³ Parece ser esta, realmente, a posição mais acertada para compreender a natureza e o regime jurídico dos atos do Ministério Público no contexto atual, ou seja, trata-se de uma estrutura orgânica independente das demais (Judiciária, Executiva e Legislativa), ou seja, dos “Poderes” do Estado, segundo a denominação do artigo 2º da Constituição Federal, mas exerce simultaneamente duas funções típicas: a administrativa e a judicial.

¹⁰ BULOS, op. cit., p. 1146-1147.

¹¹ Conforme José Tarcizio de A. Melo. Cf.: MELO. Direito constitucional do Brasil, 2008, p. 933.

¹² Sobre a autonomia funcional, administrativa e financeira, ponderam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior: “A autonomia funcional indica que a instituição não está subordinada a nenhum outro órgão, poder ou autoridade pública. O Ministério Público é uma instituição autônoma e exercita suas funções com independência, sem se reportar ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Essa autonomia funcional estende-se também aos membros do Ministério Público, como apontado linhas atrás. A autonomia administrativa revela-se pela capacidade jurídica de organização dos serviços internos, pelo provimento inicial ou derivado dos cargos internos e mesmo pela possibilidade de iniciar o projeto de lei relativo ao Estatuto do Ministério Público. A autonomia financeira foi consolidada, na Carta Federal, ao atribuir-se ao Ministério Público a autonomia para elaboração de suas propostas orçamentárias, respeitados os limites definidos na lei de diretrizes orçamentárias e complementada pela impossibilidade de administração dos recursos que lhe forem destinados” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 412).

¹³ Diferentemente da realidade constitucional portuguesa, em que o Ministério Público figura como “advogado do Estado”, conforme: CANOTILHO. Direito constitucional. 7. ed., p. 684.

Em termos gerais, compete ao Ministério Público fiscalizar a aplicação e execução da lei, assegurando, sobretudo, o respeito ao ordenamento constitucional. As funções institucionais do Ministério Público estão elencadas nos incisos do artigo 129 da Constituição Federal, não sendo este rol taxativo em razão do disposto no último inciso IX, que confere a possibilidade de exercício de outras funções, desde que compatíveis com o propósito normativo irradiado em todo o texto constitucional. Com efeito, não se trata tais funções de meras prerrogativas, mas sim de deveres da instituição ministerial, sobretudo aquelas cujo exercício foi atribuído privativamente aos seus membros. Sinteticamente, as funções institucionais do Parquet compreendem: (i) a titularidade privativa para promoção de ação penal pública, o que, por outro lado, corresponde, em razão do caráter privativo desta função, a um dever constitucional, sob pena de responsabilização administrativa por omissão; (ii) a obrigação de zelar para que os poderes públicos observem e garantam a promoção dos direitos constitucionalmente assegurados, em especial, na prestação de serviços de relevância pública; (iii) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de demais interesses difusos e coletivos, por meio da promoção de inquérito civil e ação civil pública; (iv) nos casos previstos na Constituição, a promoção de ação de inconstitucionalidade ou representação com a finalidade de intervenção da União e dos Estados; (v) a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas; (vi) a requisição de documentos e informação, através de notificações, para instauração e instrução de procedimentos administrativos que lhe compete, em conformidade com o disposto em lei complementar sobre a matéria; (vii) o exercício de controle externo da atividade policial, na forma do preceituado em lei complementar sobre a matéria; (viii) a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, devendo sempre, através de suas manifestações processuais, apresentar os fundamentos jurídicos para tanto; (ix) o exercício de outras funções que ainda lhe possam ser conferidas, desde que compatíveis com o fim delineado pela Constituição Federal, restando vedadas as atividades de representação judicial e de consultoria de entidades públicas.

Em resumo, depreende-se do seu regime jurídico constitucional que as funções institucionais do Ministério Público são, essencialmente, os meios para concretização da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis, atribuições nucleares desta instituição previstas no texto constitucional (CF, art. 127). Ou seja, funções típicas de um autêntico "Poder" do Estado, apesar do seu não reconhecimento expresso na Constituição. Trata-se esta caracterização de uma inferência implícita, mas fartamente sustentada pelos dispositivos regentes da matéria, além de tranquilamente legitimada pela

própria atuação prática da instituição. Ainda que, atualmente, tenham sido comuns certos exageros pontuais de alguns de seus representantes — situação esta que, infelizmente, têm desacreditado a instituição como um todo.

2 A responsabilidade civil do Estado no Brasil – Proposições operacionais

A responsabilidade civil do Estado é um tema essencialmente jurídico, mas que é fortemente condicionado (em geral, mais do que em outras áreas do Direito Público) à teoria do Estado e às práticas históricas da Administração Pública e do Poder Judiciário (isso tanto em termos de história do Brasil, quando em uma análise comparada). Da tese da irresponsabilidade passou-se ao reconhecimento da responsabilidade ao menos por alguns atos de gestão. Após, sobrevieram as teorias civilistas, propondo a responsabilização dos entes públicos em todos os casos em que houvesse dolo ou culpa do agente. Até então, era exclusivamente sobre os agentes (os oficiais) enquanto pessoas físicas que se impunha diretamente o dever de indenizar.¹⁴ Posteriormente, com a elaboração das teorias da culpa administrativa, do acidente administrativo, e da culpa anônima da Administração (falta do serviço), grande passo foi dado em direção à responsabilização objetiva e, mais, rumo à responsabilização direta do Estado e não do agente, que somente responderia indiretamente. Finalmente, a teoria do risco da atividade, que propugna pelo compartilhamento geral dos prejuízos individuais,¹⁵ veio corroborar a objetivação da responsabilidade fundando-se não somente no risco como também na importante ideia de solidariedade (típica do Estado social).¹⁶

Esta evolução não implica, todavia, a afirmação linear de que houve certo “progresso histórico” na matéria em forma de tábula rasa, ou seja, não há um conjunto de “gerações” de teorias, que se superaram a partir do completo abandono da teorização subsequente. Tanto no Direito comparado, quando no Direito brasileiro, há aceitação de uma pluralidade de teses mediante uma maior ou menor recepção pelos intérpretes. Dependendo do caso em foco, até mesmo a tese da irresponsabilidade

¹⁴ Na doutrina nacional, a melhor e mais completa exposição e análise das teorias a respeito da responsabilidade do Estado (da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva), ainda permanece sendo a de Amaro Cavalcanti, cujas discussões levantadas ainda permanecem com inuidosa atualidade (Cf.: CAVALCANTI. Responsabilidade civil do Estado, passim).

¹⁵ Uma interessante e completa síntese evolutiva das teorias da responsabilidade pode ser encontrada em: GARCIA. Responsabilidade do agente público, p. 65 et seq.

¹⁶ Sobre a ideia de solidariedade como característica típica do Estado social, ver: GABARDO. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal, parte II, cap. IV, item 4.

(veja-se o caso dos atos típicos legislativos e judiciais e, portanto, do próprio Ministério Público). Por este motivo, parece muito mais relevante compreender o regime jurídico aplicável às hipóteses do que se prender em demasia às teorias como fundamento de sustentação das conclusões.¹⁷ Como bem ressalta Marçal Justen Filho, há uma “pluralidade de regimes jurídicos para a responsabilidade civil estatal”.¹⁸

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como regra geral a responsabilidade objetiva na relação entre o Estado e a vítima do dano (artigo 37, parágrafo 6º). Todavia, é adequado ressaltar que o critério de responsabilização dos entes públicos não foi orgânico, mas sim prioritariamente funcional. O que realmente importa é o exercício de atividade administrativa e não a personalidade jurídica do ente. Esta primeira reflexão é muito importante para a identificação da responsabilidade por atos de agentes do Ministério Público, pois sua caracterização, embora dependa da vinculação orgânica, ou seja, da “qualidade de agente”, é determinada pela função específica que estava exercendo quando da efetivação do dano ao terceiro — e daí a verificação se indenizável ou não.

No regime jurídico constitucional brasileiro, se a conduta se concretiza em uma ação propriamente dita e acarreta dano, a princípio, impõe-se o dever de indenizar. Não importa a licitude ou ilicitude do ato, pois as características necessárias para identificar o dano indenizável consistem na existência de lesão a direito juridicamente protegido, a certeza do dano e a sua especialidade.¹⁹ Sendo assim, o ato lícito, administrativo, legislativo ou mesmo judicial também pode ensejar responsabilidade; ademais, não somente em decorrência das atuações positivas pode o Estado ser responsabilizado, mas também pelas omissões (que ocorrem quando há o dever jurídico de agir expressamente delimitado na norma jurídica). Por consequência lógica, não é possível admitir um ato estatal omissivo lícito. Parte da doutrina sustenta que nos casos de omissão a responsabilidade é subjetiva, como, paradigmaticamente, entende Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁰ Em sentido divergente posicionam-se autores como Romeu Felipe Bacellar Filho.²¹

¹⁷ Várias das conclusões registradas sobre a perspectiva de análise da responsabilidade civil do Estado pelo regime jurídico já foram preliminarmente expostas em artigo publicado por um dos autores do presente texto e são agora retomadas (Cf.: GABARDO. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ; MOTTA. Direito público moderno, p. 259 et seq.).

¹⁸ JUSTEN FILHO. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS (Org.). Responsabilidade civil do Estado, p. 228.

¹⁹ A chamada “anormalidade”, em que pese a existência de posições contrárias, na verdade, parece mais bem incluída na própria configuração do direito lesado, pois só haverá anormalidade quando não estiver presente o dever de suportar e, portanto, há direito juridicamente protegido.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO. Curso de direito administrativo. 25. ed., p. 996.

²¹ BACELLAR FILHO. Direito administrativo. 4. ed., p. 215.

Mais acertada parece a tese da responsabilidade objetiva mesmo nos casos omissivos. Afinal, se a omissão pressupõe um dever para que exista, ela não é mera inexistência de ato, mas sim é a sua falta quando deveria ter existido. Se não há dever legal de agir, não há omissão e não há responsabilidade. Isso ocorre não porque da conduta omissiva não possam surgir consequências jurídicas de forma direta, mas porque a omissão não existe. E o que importa é a sua existência jurídica, não a sua existência fática como algo palpável no mundo material, pois tal averiguação seria, se não impossível, de todo inútil. Pondera Pablo Holmes Chaves que o “dever” se refere à conduta, e a “responsabilidade” se refere à sanção. Sendo assim, a partir da perspectiva kelseniana, poder-se-ia deduzir que “tem dever quem deve cumprir com a obrigação, com o preceito, com a regra jurídica, e responsabilidade aquele que suporta a sanção proveniente do dever descumprido.”²² Sobre o assunto, esclarece o jurista e integrante do Ministério Público do Amazonas, Marcio Luiz Coelho de Freitas, que não é possível usar, para resolver a questão, o “princípio da causalidade” (se A, então é B), inerente às ciências naturais, estas sim, preocupadas com a existência material do objeto tratado. Somente mediante um método causal é que se torna possível chegar à conclusão de que da omissão não surgem consequências, ou seja, de que a omissão não produz por si mesma resultado algum. Contudo, o Direito pauta-se não pela ideia de causalidade, mas sim pelo “princípio da imputação” (se A, então dever ser B). E, neste locus, não há impedimento para que uma norma impute a uma conduta omissiva a implicação do ressarcimento de um dano.²³ Não é, portanto, a mera hipótese normativa em abstrato que impõe a responsabilização, mas a conduta omissiva em concreto. Até porque, o comportamento que o agente estava obrigado juridicamente a adotar e não adotou, este sim, obviamente não produz resultado algum. Observe-se que todas as vezes que a lei manda agir, mas o agente público não age, interpretando a lei diferentemente (mas de forma razoável) e, depois, o Judiciário confirma a existência de um dever legítimo de agir, há omissão que pode ser indenizada. Mas não há, necessariamente, imperícia, imprudência ou negligência. Até porque, em várias situações, a própria jurisprudência é bastante discrepante. A resposta chave do problema é que não interessam os “porquês” (por qual motivo), mas sim os “comos” (de que modo); “por que” é a palavra-chave da responsabilidade subjetiva; “como” é a palavra-chave da responsabilidade objetiva.²⁴

²² CHAVES. A responsabilidade civil do Estado por erro na prestação jurisdicional. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 51.

²³ FREITAS. Da responsabilidade civil do Estado por omissões. *Jus Navigandi*, ano 5, n. 51.

²⁴ Conclusões estas já apontadas em trabalho anterior. Cf: GABARDO. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ; MOTTA, op. cit., p. 279 e 283.

3 A responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público

Por certo que o Ministério Público é uma instituição importantíssima quando focado o tema da responsabilidade civil. Se consultada a jurisprudência brasileira a respeito, poder-se-á verificar a expressiva quantidade de acórdãos que conferem legitimidade ao Parquet para ingressar com ações cuja finalidade é a efetivação de tal responsabilização civil dos entes públicos. Ainda, também são muito comuns as decisões que afirmam a sua importante competência para recompor os cofres públicos mediante ações de ressarcimento ao erário. Segundo coloca Luiza Cristina Fonseca Frescheisen, esta atividade decorre diretamente do papel do Ministério Público em concretizar o acesso à justiça no Brasil. Sua atuação, nesta seara, pode ocorrer subsidiariamente (na hipótese de abandono ou desistência de ação civil pública pelo seu autor), na composição extrajudicial (por meio de compromissos de ajuste nos inquéritos civis e procedimentos correlatos ou na mediação de conflitos sociais) ou por meio da específica demanda judicial por ele titularizada.²⁵

Todavia, o foco do presente artigo tem em vista, *mutatis mutandi*, a responsabilização do próprio ente político (União Federal ou Estado-membro), por atos cometidos por seus agentes integrantes do Ministério Público, na exata qualidade de agentes públicos exercentes de suas respectivas competências administrativas ou judiciais. Preliminarmente, cumpre salientar que, em geral, os membros do Ministério Público têm peculiarizadas suas formas de responsabilização (apesar de enquadrarem-se como servidores públicos efetivos).²⁶ Ou seja, por exemplo, mesmo sendo servidores federais, não estão submetidos às disposições gerais tipicamente estatutárias (no plano federal, contidas na Lei nº 8.112/90). As normas incidentes sobre o seu regime funcional decorrem basicamente da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) e da Lei Orgânica do Ministério Público da União (no caso federal, LC nº 75/93), mas precisam ser colmatadas pelo conjunto normativo decorrente do sistema jurídico-constitucional como um todo, a partir do típico constitucionalismo de princípios que requer, cada vez mais, um estreitamento da discricionariedade e uma ampliação do espectro de vinculação dos agentes tanto no cumprimento dos seus deveres quanto em face da responsabilidade pelo descumprimento. Conforme reflete Mônica Nicida Garcia: “não têm faltado normas veiculadoras de um código geral de condutas a ser obedecido pelos agentes públicos, cuja responsabilização por sua inobservância, dessa maneira, pode e deve ser cada vez mais intensa e efetiva, para que sejam atingidas as finalidades públicas estabelecidas pela sociedade.”²⁷

²⁵ FRISCHEISEN. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público, 2000, p. 117.

²⁶ Aliás, um dos trabalhos mais completos sobre a matéria de responsabilização dos integrantes do Ministério Público no Brasil é o de José Carlos Baptista Puoli (Cf.: PUOLI. Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos, *passim*).

²⁷ GARCIA, *op. cit.*, p. 190.

Sistema normativo este que conduz à exigibilidade da “atuação ótima” dos servidores do Estado,²⁸ mesmo aqueles que têm sido chamados, por força da tradição e de suas peculiaridades, de “agentes políticos”.

Todavia, parte da doutrina e da jurisprudência a respeito do assunto procuram traduzir estas condições especiais de exercício da competência para o fim de alterar a regra de responsabilização geral, inclusive civil, de tais servidores (promotores e procuradores). Isso significa que, em sentido contrário ao ora defendido, há autores que entendem ser possível a norma infraconstitucional estabelecer casos de responsabilização subjetiva direta ao agente.²⁹ Seriam eles os casos previstos na Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965 (que permite ser ajuizada ação diretamente contra o agente, sem prejuízo daquela intentada contra o ente, nos casos de abuso de autoridade),³⁰ ou, também, os prescritos nos artigos 85 e 133 do Código de Processo Civil (que preveem a responsabilidade pessoal do juiz e do membro do Ministério Público).³¹ Entretanto, não é possível concordar com a prescrição legal e nem com a doutrina que a acompanha.³² Do mesmo modo, são ilegítimas as decisões judiciais nesse sentido personalista,³³ cuja inconstitucionalidade é manifesta.

²⁸ Sobre a exigibilidade da atuação ótima, ver: GABARDO. Princípio constitucional da eficiência administrativa, p. 128 et seq.

²⁹ Como parece ser o caso de Odete Medauar. Cf.: MEDAUAR. Direito administrativo moderno. 12. ed., p. 372.

³⁰ Sobre o assunto consultar o trabalho de Etewaldo Borges, que afirma a ocorrência da responsabilidade do Estado por abuso de poder nos casos de ato que exceda os limites legais, que seja realizado com desvio de finalidade e, ainda, que se omita no cumprimento de um dever ou o cumpra de forma não satisfatória (Cf.: BORGES. Abuso de poder e a responsabilidade extracontratual do Estado. L&C, n. 53, 2003).

³¹ Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. 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. (...) Em idêntico sentido segue o artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Ao contrário, e corretamente, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não repete a impropriedade legislativa do CPC.

³² Aceitando a responsabilidade pessoal do juiz, notadamente quanto à interpretação do artigo 133 do Código de Processo Civil, ver: NANNI. A responsabilidade civil do juiz, p. 222 et seq.

³³ A título exemplificativo, veja-se a seguinte ementa: Civil – Processual civil – Danos morais – Órgão do Ministério Público: Dizeres ofensivos a magistrado: Ação civil pública – Direito de expressão – Impossibilidade jurídica do pedido rejeitada – Legitimidade passiva do Ministério Público como instituição: Impossibilidade – Inviolabilidade constitucional do advogado: Inextensível ao órgão ministerial – Indenização: Valor arbitrado: Reduzido. Apelo provido parcialmente. 1 - Havendo dano moral a ser reparado por ofensa a magistrado ou à parte, provocado por Órgão do Ministério Público a legitimidade passiva ad causam não pode ser transferida para o Ministério Público como Instituição. Trata-se de ato comissivo praticado por um de seus membros e a responsabilidade primeira e principal é só deste. 1.1 - O Membro do Ministério Público, quando atua em processos judiciais, com legitimação específica legal, é um agente político, que goza de liberdade funcional e é responsável pessoalmente por seus atos, agindo com culpa e erro grosseiros ou com abuso de poder. 1.2 - A responsabilidade pessoal do Agente Político, no caso, Membro do Ministério Público, não se confunde com a constitucional responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, §6º da CF. 2 - A possibilidade jurídica do pedido advém da forma como este foi feito. Nada mais é que uma pretensão, consoante um ordenamento jurídico, com previsão genérica ou com proibição explícita. 3 - A parte, quando ingressa nos autos com permissivo legal, em legitimação extraordinária, tem a liberdade de se exprimir, mas é responsável pela forma como o faz. 3.1 - A liberdade de opinião não impõe às partes e, muito menos ao Juiz, a obrigação de aceitar expressões injuriosas. 3.2 - A pretensa imunidade processual no exercício do direito de pedir em ação civil pública sequer se diz relacionada às partes, pois o Ministério Público está condicionado eticamente ao respeito a todos e a evitar a ofensa irrogada em juízo. 4 - A inviolabilidade inconstitucional do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, art. 133 da CF, é privilégio específico que tem como limites a lei específica regulamentadora da atividade. 4.1 - Porque privilégio não se estende aos demais operadores do direito, que têm outros privilégios em suas leis orgânicas (TJ/DF – Apelação Cível nº 19990110647863, Acórdão nº 131414, j. em 11.09.2000 - 1ª Turma Cível. DJU, 31 out. 2000, grifos nossos).

A Constituição de 1988 é incompatível com a responsabilidade direta dos agentes públicos em geral, não excepcionando, nem distinguindo, agentes administrativos ou políticos (e não pode a lei diferenciar o que a Constituição não distinguiu). A redação do artigo 37, parágrafo 6º, é clara ao apontar para a responsabilidade objetiva direta da pessoa jurídica e subjetiva indireta dos agentes. E esta regra deve prevalecer para os juízes e promotores, seja para os seus atos administrativos, seja em face dos seus atos judiciais propriamente ditos. Segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, é irrelevante a sua classificação ou não como agentes políticos, conforme a paradigmática decisão proferida no RE nº 228.977 – SP (relatada pelo Ministro Néri da Silveira).³⁴ Em qualquer caso, cabe o ingresso com a ação exclusivamente contra o Estado, restando apenas ao ente político recorrer, posteriormente, ao direito de regresso contra o responsável. Daí o correto reconhecimento da ilegitimidade passiva do promotor de justiça em algumas (corretas) decisões.³⁵ Ademais, é importante ressaltar que esta ação regressiva pode pautar-se somente pela culpa. Ao contrário do texto legal, não respondem os membros do Judiciário ou do Ministério Público apenas por atos dolosos ou fraudulentos. Todavia, na prática, ainda são comuns as decisões de responsabilização que exigem tais requisitos legais. A doutrina também é resistente em aceitar a possibilidade de responsabilização subjetiva dos agentes ministeriais exclusivamente com base na culpa. Nesse sentido, assevera Hugo Nigro Mazzilli:

A verdade é que, como salientou Tornaghi, referindo-se aos membros do Ministério Público, a responsabilidade foge à regra do direito comum: “Não seria possível expô-los ao risco de ter de ressarcir os danos provenientes do erro, ainda que grosseiro, mas praticado de boa-fé, sem lhes tolher a ação”. Como lembrou Barbi, “se a atuação for decorrente de culpa, a sanção será apenas de natureza disciplinar, que deve ser prevista nas legislações especiais sobre o Ministério Público da União, dos Territórios e dos Estados”.³⁶

³⁴ Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 1. (...) 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, 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 —, a 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 (grifos nossos).

³⁵ A título exemplificativo, veja-se a seguinte ementa: Nulidade - Sentença - Inocorrência - Não verificada infringência aos arts. 131, 458 do CPC, e art. 93, DC, da CF - Recurso improvido. (...) Indenização - Dano Moral - Lei de Imprensa - Não configuração - Matéria jornalística isenta de conteúdo calunioso ou difamatório - Ausência de animus nocendi. Recurso improvido. Responsabilidade civil - Lei de Imprensa - Funcionário Público - Promotor de Justiça - Ilegitimidade passiva e independência funcional - Carência mantida - Recurso improvido (TJ/SP. Apelação nº 869224100. 2ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Osvaldo Caron, j. 23 nov. 1999, grifos nossos).

³⁶ MAZZILLI, op. cit., p. 346.

Tal interpretação, por um lado, exonera os agentes ministeriais, por outro, como já apontado, facilita a aplicação do método subjetivo na ação que a vítima promove contra o Estado, em decorrência de dano causado por conduta omissiva ou mesmo por afronta aos princípios da eficiência (tradicionalmente tratada como *faute du service*) e da boa-fé — com o que não é possível concordar. Ocorre que a jurisprudência brasileira caminha em regra neste sentido, qual seja, o da caracterização da responsabilidade civil por atos advindos do Ministério Público apenas no caso de comprovada a má-fé e/ou o dolo.³⁷ E, ainda, é requerida uma situação em que tais elementos estejam fartamente demonstrados pela vítima. Há, portanto, uma inversão dos fatores. Ao invés de ser protegido pela responsabilidade indireta (porém ampla — dolo e culpa), propugna-se pela proteção destes agentes mediante a aceitação da responsabilidade direta, porém restrita (apenas quando houver dolo). Hermenêutica esta que caminha em sentido expressamente contrário ao do texto constitucional — o que, por óbvio, deve ser evitado, pois não se pode ler a Constituição de acordo com a lei.

Porém, este argumento ainda não sensibilizou parte considerável da doutrina e da jurisprudência nacionais. Seja em face da prática de atos tipicamente administrativos, seja na atuação eminentemente judicial, a atuação do Ministério Público, segundo a atual realidade brasileira, dificilmente acarretará responsabilidade, pois implica a análise subjetiva do caso, mediante comprovação e, em geral, com referência à “gravidade” da conduta — que precisa, necessariamente, fugir dos “padrões normais”.³⁸ Esta perspectiva é consonante com o pensamento do professor

³⁷ Direito civil – Instauração de ação penal pública – Danos morais. Ausência de má-fé – Súmula 7/STJ. Recurso Especial. Falta de prequestionamento. (...) IV - Em princípio, a ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé. Recurso especial não conhecido (STJ. Recurso Especial nº 592.811. PB (2003/0164997-0). Relator: Ministro Castro Filho, grifos nossos).

³⁸ Exemplo análogo de fuga dos padrões normais ocorre nos casos de inquérito policial, cuja construção jurídica cabe também aos inquéritos civis do Ministério Público. Uma decisão interessante sobre o assunto pode ser conferida no seguinte caso: Direito civil e processual civil. Assistência judiciária. Autuação em apartado. Instrumentalidade do processo. Instauração de inquérito policial. Danos materiais. Súmula 7/STJ. Recurso Especial. Falta de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Danos morais. Valor exorbitante. Controle do STJ. Cabimento. (...) III - Em princípio, o pedido feito à autoridade policial para que apure a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa indiciada em inquérito venha a ser inocentada. Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, fundado na abertura de inquérito policial, faz-se necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento, posteriormente arquivado, se deu de forma injusta e despropositada, refletindo na vida pessoal do autor, acarretando-lhe, além dos aborrecimentos naturais, dano concreto, seja em face de suas relações profissionais e sociais, seja em face de suas relações familiares. IV - Ficando assentado no acórdão recorrido, por força da análise das circunstâncias fáticas da causa, que a instauração do inquérito se deu com base em indícios muito frágeis, provocando situação de constrangimento e humilhação para o empregado, a justificar a reparação a título de dano moral, não poderá a matéria ser revista em sede de especial, ante o óbice do enunciado nº 7 da Súmula deste Tribunal. (...) Recurso especial provido (STJ. Recurso Especial nº 494.867 - AM (2003/0018601-9). Relator: Ministro Castro Filho, grifos nossos).

Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que a responsabilidade por ineficiência é subjetiva. Requer o autor, assim como a doutrina brasileira em geral, a exigência do cumprimento, pelo Estado, de um “padrão normal” de eficiência, que seria referente à “possibilidade real média” de atuação, embora este padrão não possa ser definido a priori.³⁹

Não é possível concordar com tal raciocínio, notadamente em relação aos atos do Ministério Público, por dois motivos. Primeiro, devido à fluidez da noção de “possibilidades reais médias”. Aliás, por vezes, a normalidade não pode ser aceitável e o Estado tem que ter responsabilidade por um ato que, embora pudesse ser considerado normal, é irrazoável (indeniza-se tendo em vista valores constitucionais). Um exemplo da hipótese residiria no caso em que o Ministério Público acaba por propor uma ação civil pública de improbidade em face de situações temerárias, em que já no juízo de prelibação se observa a total inocência do acusado (como, por exemplo, no caso do fato de terceiro). Nesta situação, se comprovada a negligência do agente ministerial em apurar, previamente, a autoria, cabe responsabilização civil do Estado. Aliás, é praticamente pacífica a jurisprudência que reconhece não se enquadrarem como danos anormais aqueles que foram realizados por meio de atos que se restringiram aos limites da razoabilidade. Mais simples, todavia, é aquela situação em que o próprio julgamento da ação civil pública de improbidade administrativa condena o Ministério Público por ter agido com má-fé processual. Neste caso, parece óbvia a possibilidade de a vítima ingressar com ação autônoma de indenização contra a pessoa jurídica, que pode, após e se condenada, ingressar com a medida de regresso contra o agente.

Aliás, se, por um lado, é altamente positiva a atuação ativa do Ministério Público na consecução de suas responsabilidades constitucionais, por outro, proliferam-se os casos abusivos, gerando preocupação da doutrina e dos agentes públicos em geral. Sobre o assunto comenta com propriedade Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Na prática, com uma atuação viril, o Ministério Público vem multiplicando o ingresso de ações civis públicas, aí abrangidas as ações de improbidade administrativa, muitas delas sem substância de sustentação, levando Rogério Lauria Tucci, com apoio em Kazuo Watanabe, a identificar que elas representam “autêntica panacéia geral para toda e qualquer situação”: (...) Assim, nasce o abuso de direito do Ministério Público, quando propõe ações natimortas, em que inexistente o ato de improbidade administrativa, sendo improcedente por falta de tipicidade da conduta do agente público ou até mesmo pela inadequação da via eleita (§8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92).⁴⁰

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 988.

⁴⁰ MATTOS. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92. 3. ed., p. 699.

Não se pode utilizar do critério de irrazoabilidade para o fim de reduzir o espectro de responsabilização objetiva. E é isso que as decisões dos tribunais relativas à matéria têm feito. Busca-se encontrar meios de ser protegida a ação ministerial (e judicial propriamente dita, diga-se de passagem) invertendo a regra geral constitucional — que é da responsabilidade objetiva e, portanto, não pode ser condicionada, do ponto de vista interno, à maior ou menor razoabilidade ou nível de culpabilidade, mas sim à presença do dano indenizável e do nexo de causalidade. Interessante ver como a jurisprudência tem utilizado, em geral, a ideia de razoabilidade somada ao critério subjetivo para impedir a responsabilização. Em sentido diverso caminha a doutrina quando trata da matéria. Exemplo paradigmático é o do professor Juarez Freitas, cuja aplicação do princípio da proporcionalidade, notadamente focando a vedação do excesso e da inoperância, justamente propugna pela ampliação, por meio do critério objetivo, das possibilidades de responsabilização.⁴¹ Não parece ser proporcional imaginar que todos os agentes públicos devem se sujeitar a serem requeridos em ações de improbidade, mesmo que totalmente insubsistentes, “pois a acusação desarrazoada ou infundada traz para o agente público réu e para a sua família uma dor bem grande, com a violação da sua dignidade (art. 1º, III, CF), da sua honra, de sua moral e também é violada a sua intimidade (art. 5º, X e XII, CF)”⁴²

García de Enterría, ao tratar da luta contra as imunidades do poder,⁴³ afirma que a possibilidade de responsabilização civil do Estado é um de seus corolários e, portanto, inerente à própria estrutura dos direitos fundamentais. Se não bastassem estes argumentos, qualifica-se ainda mais o caráter não só jurídico, mas também ético, da responsabilização civil do Estado quando se coloca em evidência que o agente público tem que agir com responsabilidade, pois, ainda que não atue com dolo ou culpa, sua decisão pode acarretar um dever de reparação a toda uma coletividade de pessoas. Em razão disso é que prepondera uma eticidade de natureza diferenciada daquela que enfoca a indenização como direito individual, tornando-se absolutamente defensável a ideia de que os atos dos agentes do Ministério Público devem implicar, em qualquer caso, seja atos lícitos ou ilícitos, responsabilidade objetiva (se presentes os requisitos do dano especial indenizável e do nexo de causalidade). Até porque, em que pese a mesma natureza jurídica, o conjunto dos deveres dos integrantes

⁴¹ FREITAS. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e de inoperância. In: FREITAS (Org.). Responsabilidade civil do Estado, p. 170 et seq.

⁴² MATTOS, op. cit., p. 729.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3. ed.

do Ministério Público é mais rigoroso do que dos demais servidores em geral.⁴⁴ Não há motivos para que nestes casos o Estado se exima da regra comum — isso, é claro, partindo-se do pressuposto de que há uma regra geral que impõe responsabilidade objetiva ao Estado. Aliás, a esta conclusão chegou Amaro Cavalcanti, há mais de cem anos, quanto, analisando a doutrina de Piloty, reconheceu que

uma vez admitido que haja fundamento para a responsabilidade geral do Estado pelos actos illegaes dos funcçionarios, não se comprehende, por que se deva excluir dessa responsabilidade os actos de certos funcçionarios ou de certas funcções; havendo, como há, para com todos os funcçionarios, as mesmas relações de subordinação por parte dos subditos, e de representação ou nomeação da parte do Estado. Si os actos de governo (Regierungshandlungen), praticados pelos funcçionarios, devem ser considerados actos do Estado, o mesmo se deve dizer dos actos dos juizes; nada influindo a circumstancia, de que estes últimos independem da vontade do Chefe de Estado (Herrshers) na decisão dos pleitos.⁴⁵

Por consequência lógica, não interessa, para o tema, a polêmica referente à dicotomia entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Deve ser impedida qualquer tentativa de responsabilidade direta dos agentes ministeriais, bem como de denúncia da lide, a fim de que compareçam no processo principal de indenização contra o Estado. A necessária proteção ao exercício da função pública (pois o risco da atividade e o interesse envolvido são sensivelmente mais intensos que quando considerados agentes privados em geral), cumulada com a necessária priorização da recomposição do status da vítima, reclamam tal interpretação.

Por outro lado, não seria correto olvidar o caso em que da ação estatal ocorra dano especial e, ainda assim, não exista o dever de reparação. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível que a vítima tenha o dever jurídico de suportar o dano, o qual, pela natureza do ato, não acarretará direito à reparação. Portanto, para que enseje responsabilização, o ato deve ofender direito juridicamente protegido.⁴⁶ Nesse sentido, há farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afastando a

⁴⁴ Os deveres e vedações aos integrantes do Ministério Público estão previstos nos artigos 43 e 44 da Lei nº 8.625/93. Ademais, merece referência o artigo 8º, parágrafo 1º, que prescreve: “O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.”

⁴⁵ CAVALCANTI, op. cit., p. 254. Interessante que o raciocínio do autor implicava, ao contrário dos dias atuais, justamente a negação da teoria geral da responsabilidade estatal.

⁴⁶ Nesse sentido, pode-se observar o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, que vai além ao afirmar que a ofensa, além de atingir direitos pode atingir bens e interesses. Cf.: BACELLAR FILHO, op. cit., p. 218.

responsabilidade do Estado em casos de absolvição criminal.⁴⁷ Conjunto de decisões este que contrasta com a tendência de responsabilização, além de praticamente ignorar que o erro judiciário não implica, necessariamente, decisão formalmente ilícita, mas somente equivocada em seu mérito⁴⁸ a ponto de retratar antijuridicidade — ou seja, desproporção, injustiça, excesso.⁴⁹ Nesse sentido, definitivamente, não é compatível com o sistema constitucional a exigência de dolo ou fraude para a responsabilização do Estado nos casos de atos dos agentes ministeriais (e, nesse sentido, é preciso ser efetuada uma leitura constitucional do artigo 85 do CPC, cuja redação não coaduna com o sistema atualmente vigente).

Para concluir, é interessante mencionar um caso paradigmático em que já foi consagrado o direito de indenização. O do dano decorrente de erro judicial criminal, qual seja, a situação prevista no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” Ao contrário do que geralmente se comenta, tal erro não precisa ser necessariamente do juiz, mas também pode ter sido cometido precipuamente por integrante do Ministério Público ou mesmo pela autoridade policial. Nestes casos, inversamente dos demais, a jurisprudência tem sido muito rigorosa, reconhecendo a sua total objetivação.⁵⁰

⁴⁷ Processual civil. Administrativo. Condenação injusta. Acusação equivocada. Danos morais. Dolo. Denúnciação caluniosa. Análise do contexto fático-probatório. Vedação. Súmula nº 07 do STJ. 1. A absolvição criminal que enseja a reforma civil deve decorrer de atuação passível de caracterizar-se como “denúnciação caluniosa”, porquanto a responsabilidade judicial deve ser dolosa. 2. In casu, trata-se de Ação Ordinária de Indenização interposta por autor que supostamente sofreu danos morais em decorrência de impronúncia de tentativa de crime que lhe fora imputado. (...) 5. A ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. A fortiori, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé. Precedente: REsp 592.811/PB, DJ 26.04.2004, REsp 494867/AM, DJ 29.09.2003; REsp 470365/RS, DJ 01.12.2003. 6. Recurso especial não conhecido (REsp nº 969.097/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 17 dez. 2008).

⁴⁸ Especificamente sobre a conceituação e formas do erro judiciário, é interessante consultar os trabalhos de Luiz A. S. Hentz, notadamente, ver: HENTZ. Indenização do erro judiciário, 1995, passim.

⁴⁹ Novamente neste ponto recorre-se ao magistério de Juarez Freitas. Cf.: FREITAS. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e de inoperância. In: FREITAS, op. cit., p. 172 et seq.

⁵⁰ Nesse sentido, um acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça é o contido no Recurso Especial nº 802435/PE, cujo julgamento ocorreu em outubro de 2006 e o acórdão relatado pelo Ministro Luiz Fux, restando assim ementado: “Processual civil. Administrativo. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos praticados pelo Poder Judiciário. Manutenção de cidadão em cárcere por aproximadamente treze anos (de 27/09/1985 a 25/08/1998) à mingua de condenação em pena privativa da liberdade ou procedimento criminal, que justificasse o detimento em cadeia do sistema penitenciário do Estado. Atentado à dignidade da pessoa humana.” No caso, o valor fixado para a indenização foi de R\$2.000.000,00.

Civil Responsibility of the State for Acts of the Public Prosecution Service

Abstract: The article intends to study introductory aspects of the Public Prosecution service in Brazil with the purpose to subsidize the analysis of the civil responsibility of the State for acts of its members. To achieve this objective, it focuses on some general essential characteristics of the general civil responsibility according to Brazilian juridical system. Finally, it concludes by adopting the objective theory, based on the administrative risk, refusing the personal responsibility of the ministerial agents, who can only respond indirectly and subjectively for their acts when causing damages susceptible of indemnity.

Key words: Civil responsibility of the State. Public Prosecution service. Administrative risk theory.

Referências

- ANDERSON, Perry. Linhagens do Estado absolutista. Tradução de João Roberto Martins Filho. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORGES, Etewaldo Oliveira. Abuso de poder e a responsabilidade extracontratual do Estado. L&C, Brasília, n. 53, nov. 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade civil do Estado. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.
- CHAVES, Pablo Holmes. A responsabilidade civil do Estado por erro na prestação jurisdicional. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>>. Acesso em: 21 mar. 2003.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREITAS, Márcio Luiz Coelho de. Da responsabilidade civil do Estado por omissões. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www.1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2247>>. Acesso em: 09 mar. 2009.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. Direito público moderno. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Indenização do erro judiciário. São Paulo: LEUD, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Direito constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. A responsabilidade civil do juiz. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PUOLI, José Carlos Baptista. Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

SAUWEN FILHO, João Francisco. Ministério Público e o Estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. Manual da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2002.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. O funcionário colonial entre a sociedade e o rei. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). Revisão do paraíso: os brasileiros e o Estado em 500 anos de história. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GABARDO, Emerson; RAZUK, Nahima Peron Coelho. Responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 111-128, out./dez. 2009.

Recebido em: 02.06.09

Aprovado em: 18.11.09