

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA
AJU: ASSESSORIA JURÍDICA
ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA DA VITORIA
PROCESSO Nº 08251e20
PARECER Nº 00900-20

EMENTA: CONSULTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO LÍCITO, ANORMAL E ESPECÍFICO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E PAGAMENTO POR VIA ADMINISTRATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS DISPONÍVEIS E PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA ASSUNÇÃO DA DESPESA.

1. Conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e do TCU, o Poder Público pode, por via administrativa, tanto reconhecer através de processo a obrigação objetiva de dano originado pelo ente que, no uso de suas atribuições legais, causou, através de ato lícito, dano certo, anormal e específico a terceiros, como proceder ao respectivo pagamento, mediante processo administrativo devidamente constituído para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação dos danos efetivamente comprovados.
2. Para haver assunção de despesa pública, essa deve estar em consonância com as respectivas regras e limites ditados pelas leis orçamentárias anuais, pois é condição prévia para a realização de despesa a existência de créditos disponíveis, bem como autorização legislativa.

O Procurador Geral do **MUNICÍPIO DE SANTA MARIA DA VITORIA**, Sr. Jorge Luis Andrade Gomes Filho, por meio do expediente endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 08251e20, relata que diante de ato lícito no uso das atribuições legais do município, causou dano certo, anormal e específico a moradores, através serviço de escoamento de água que acarretou a interdição/inutilização da residência de alguns moradores, dito isto formula o seguinte questionamento:

Pode o Município alugar nova moradia para os prejudicados e reconstruir/reformar suas residências caso fique constatada a culpa/responsabilidade da Administração? Em caso afirmativo, como tal despesa se justificaria dentro do orçamento público?

Da legitimidade. Verifica-se que a presente consulta se enquadra na regra prevista no artigo 208 da Resolução TCM nº1392/2019, haja vista se tratar de autoridade competente (art. 208, III - Procurador Geral do Município) para formular Consulta a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares concernentes à matéria que lhe seja legalmente afeta.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos à Consulente que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, cabe-nos registrar **que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto delineado no Município de Santa Maria da Vitória/BA.**

Prestados tais esclarecimentos, preliminarmente, cumpre-nos informar, que o Direito Administrativo brasileiro adotou a regra da **responsabilidade objetiva** do Estado e das demais entidades de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos para os **danos causados por ação estatal**. A responsabilidade objetiva se conforma no Direito Administrativo pela denominada **Teoria do Risco Administrativo** e incide quando o dano é causado por uma ação, ou seja, por um comportamento comissivo do agente público.

Para configuração dessa modalidade de responsabilidade não se faz necessário avaliar se o agente atuou com dolo ou culpa, já que o ente estatal responde de forma objetiva, bastando a **ocorrência do fato e o nexos de causalidade como dano para incidir o dever de reparar**.

É importante ressaltar que nem sempre o Estado responde de forma objetiva. Para os danos resultantes da **omissão estatal**, aplica-se a **responsabilidade subjetiva**, por meio da denominada **Teoria da Culpa Administrativa**, conforme entendimento há muito

sedimentado no STF (vide Recurso Extraordinário 179.147). Nessas situações, a responsabilização depende, além do fato e do nexo de causalidade, da comprovação do comportamento culposos do Estado.

Dito isto, e em atendimento do quanto questionado pelo consulente, este parecer abordará, **em tese**, apenas a responsabilidade objetiva do estado por danos causados por ação estatal (Teoria do Risco Administrativo), haja vista o cenário alvo do petitório: ***“através de ato lícito, causou dano certo, anormal e específico a moradores, na medida em que, através do serviço de escoamento de água, acarretou a interdição/inutilização da residência de alguns moradores”*** (g.n).

Cumpre-nos registrar que a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, fixou as balizas da responsabilidade objetiva do estado, conforme destaque:

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 seu turno, o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), repetiu em seu artigo 43, a norma acima referida, estabelecendo a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, as Autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei), pelos danos que seus agentes causam a terceiros, senão vejamos:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Nesse diapasão, Cavalieri Filho¹ afirma que só se cogita responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida e a ocorrência de dano. Resume responsabilidade civil como:

(...) dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (...) Toda conduta humana que, violando

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil. (2014, p. 14)

Há, assim, o dever jurídico primário ou originário, cuja violação gera o dever jurídico sucessivo, de reparar, indenizar pelo dano causado. Conforme Cavalieri Filho, a Teoria do risco administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (culpa e dolo), por entender que a atuação estatal envolve risco de dano, que é inerente.

(...) a Administração Pública, em sua atuação normal ou anormal, gera risco aos seus administrados, pois há a possibilidade de ocorrência de dano aos membros da comunidade. Como a atividade estatal é exercida em favor de todos, seus ônus também devem ser suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, o Estado, que a todos representa, deve suportar os ônus da sua atividade, independente de culpa de seus agentes (2014, p. 287).

Destaca-se que a Constituição Federal (art. 37, §6º) não especifica se os danos causados pela administração tenham de ser derivados de atos "ilícitos" ou "lícitos". Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro² o Estado só responde se o dano decorrer de ato antijurídico. Explica a autora:

Ato antijurídico não pode ser entendido, para esse fim, como ato ilícito, pois é evidente que a licitude ou ilicitude do ato é irrelevante para fins de responsabilidade objetiva; caso contrário, danos decorrentes de obra pública, por exemplo, ainda que licitamente realizada, não seriam indenizados pelo Estado. Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano **anormal e específico** a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o **ato ilícito** e o **ato lícito que cause dano anormal e específico** (2018, p. 895)

(grifos no original e adotados)

Nesse mesmo sentido expôs Pontes de Miranda³:

A licitude existiu, a despeito do dano: só se estabeleceu antijuridicidade; houve dano, e a lei estatui que seja indenizado. Assim, nem todas as indenizações em virtude de responsabilidade extranegocial são oriundas de atos ilícitos. Há sanção legal, que tem como ratio legis cobrir-se o que se perdeu, a despeito de a própria lei ter permitido. (2013, p. 143/144)

2 Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

3 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. São Paulo: RT, 2013.

Existe, portanto, **responsabilidade objetiva por ato lícito**, porém gera risco pelo qual responde o causador, em atenção a um dever geral de proteção à coletividade. Note-se que **o risco produzido, em regra, deve ser originário da atividade exercida pelo agente de forma usual (não-eventual) e o dano causado deve ser ilegítimo (anormal e específico)**. Entende-se por dano anormal aquele superior aos inconvenientes normais da vida em sociedade e por dano específico aquele que não é generalizado, ou seja, que atinge um ou alguns membros da coletividade.

Nesses casos, o dever de indenização pela prática de ato permitido se funda numa ideia de manutenção de um equilíbrio patrimonial entre as partes envolvidas. Em outros termos, a responsabilidade por atos lícitos, fundamenta-se no princípio da igualdade, onde são ressarcidos os danos, desde que **exista o nexo de causalidade e a imputação**.

Insta observar, porque **imprescindível, a necessidade prévia da instauração do devido processo administrativo, devidamente organizado, que comprove a existência de prejuízos causados a particulares, com entendimento entre a Administração e o lesado a respeito da responsabilidade da Administração e do valor envolvido na indenização**, fato que ensejaria a obrigatoriedade da recomposição do dano pelo Estado. Deve o arbitramento operar com moderação, fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes.

Encontra-se Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto a proporcionalidade e razoabilidade nas indenizações decorrentes da responsabilidade civil do Estado, senão vejamos:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jurisprudência em Teses

DIREITO ADMINISTRATIVO

EDIÇÃO N. 61: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO (2016)

1) Os danos morais decorrentes da responsabilidade civil do Estado somente podem ser revistos em sede de recurso especial quando o valor arbitrado é

exorbitante ou irrisório, **afrontando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.** (g.n)

Acórdãos

AgRg no AREsp 359962/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 03/05/2016, DJE 16/05/2016

AgRg no AREsp 810277/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 07/04/2016, DJE 15/04/2016

AgRg no AREsp 566605/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 17/03/2016, DJE 30/03/2016

AgRg no REsp 1434850/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 18/02/2016, DJE 29/02/2016

AgRg no AREsp 729378/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 06/10/2015, DJE 03/02/2016

AgRg no REsp 1551513/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 05/11/2015, DJE 13/11/2015

Dito isto, ressaltamos que **não há nenhum impedimento de lei para a realização de ressarcimentos a terceiros por via administrativa.** Inclusive, a título de informação e exemplificação, o Estado da Bahia, por meio da Lei nº 12.209/2011, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito estadual, previu expressamente (art. 141) a possibilidade de instauração de processo administrativo de reparação de danos.

ESTADO DA BAHIA

LEI Nº 12.209 DE 20 DE ABRIL DE 2011

CAPÍTULO IV -

DO PROCESSO DE REPARAÇÃO DE DANOS

SEÇÃO I -

Da apuração do dano

Art. 136 - Regem-se pelo disposto neste Capítulo os processos de reparação de danos patrimoniais causados pela Administração a terceiros, e pelo administrado ao erário.

Art. 137 - A instauração do processo administrativo, disciplinado neste Capítulo, poderá ser precedida de sindicância ou auditoria, destinada a verificar a materialidade e autoria do ilícito civil, quando não delimitadas em outro processo administrativo.

Art. 138 - A tutela ressarcitória será adimplida preferencialmente mediante obrigação de fazer ou não fazer, destinada à reconstituição do patrimônio ofendido pelo ato lesivo ou obtenção de resultado equivalente, com prévia manifestação do órgão jurídico, observadas as orientações administrativas uniformes.

Art. 139 - O ressarcimento mediante prestação pecuniária pressupõe que o dano seja passível de apuração objetiva.

§ 1º - Na determinação dos valores em razão de perda, avarias ou deterioração de bem, deverão ser utilizados critérios de aferição de preço de mercado, preferencialmente através cotação com fornecedores e consulta ao registro de preços, da forma prevista em regulamento.

§ 2º - Excepcionalmente, quando não for possível a determinação dos valores na forma prevista no parágrafo anterior, a Administração poderá determinar a realização de perícia.

§ 3º - O órgão jurídico competente deverá se manifestar previamente sobre o adimplemento da prestação pecuniária.

Art. 140 - Nas indenizações pagas nos termos deste Capítulo não incidirão honorários advocatícios.

SEÇÃO II -

Da reparação de danos ao administrado

Art. 141 - O processo administrativo de reparação de danos causados ao administrado será instaurado a pedido do interessado ou de ofício.

Art. 142 - O processo tramitará no órgão ou entidade vinculada à ocorrência do fato, o qual deverá instruí-lo com as informações necessárias e submetê-lo à apreciação do órgão jurídico, que se pronunciará sobre o cabimento da tutela ressarcitória na instância administrativa.

Art. 143 - O acordo extrajudicial celebrado no processo de reparação de dano ao administrado poderá ser homologado judicialmente, nos termos do Código de Processo Civil, para conferir-lhe o caráter de título executivo judicial, submetendo-se, quanto ao pagamento, ao regime constitucional dos precatórios.

Art. 144 - Quando o dano patrimonial tiver sido causado em razão de apontada conduta dolosa ou culposa de agente público, este será notificado para, se desejar, acompanhar o processo de reparação.

Art. 145 - Concluído o processo de reparação de danos, a Administração cobrará os valores pagos do agente público que praticou o ato ilícito, identificado mediante devido processo legal, na forma prevista na Seção III deste Capítulo.

(grifos do original e aditados)

Cumpre-nos registrar que quando o dano patrimonial tiver sido causado em razão de apontada conduta dolosa ou culposa de agente público, este será notificado para, se desejar, acompanhar o processo de reparação. Isto porque cabe a Administração Pública buscar a reparação do valor indenizatório pago mediante regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa, apurados por intermédio de sindicância ou processo administrativo.

Aos entes que não detém lei processual administrativa, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), por força do entendimento do STJ no AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1092202 DF 2008/0212281-9 (STJ).

STJ. AgRg no REsp 1092202 DF 2008/0212281-9

(...) 2. No âmbito estadual ou municipal, ausente lei específica, a Lei Federal nº 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária, haja vista tratar-se de norma que deve nortear toda a Administração Pública, servindo de diretriz aos seus órgãos. Destarte, editada lei local posteriormente, essa incidirá apenas a partir dos atos administrativos praticados após sua vigência, não interrompendo a contagem do prazo decadencial já iniciado com a publicação da norma federal.

Portanto, e respondendo o primeiro questionamento do Consultante, qual seja: *“Pode o Município alugar nova moradia para os prejudicados e reconstruir/reformar suas residências caso fique constatada a culpa/responsabilidade da Administração”*, **opinamos pela possibilidade de indenização por via administrativa mediante processo administrativo de reparação de danos causados pelo Município que, no uso de suas atribuições legais, causou, através de ato lícito, dano certo, anormal e específico a terceiros**. Cumpre-nos observar que, não cabe a essa Assessoria Jurídica opinar no caso concreto quanto a forma de recomposição patrimonial (se por reforma, construção ou aluguel, sugeridos pelo Consultante); o fato é que após comprovada a responsabilidade civil do Estado, deverá ser devolvido o equilíbrio entre as partes envolvidas.

Ocorre que, **para haver assunção de despesa pública, essa deve estar em consonância com as respectivas regras e limites ditados pelas leis orçamentárias anuais, pois é condição prévia para a realização de despesa a existência de créditos disponíveis**. Dito isto, responderemos ao segundo questionamento do postulante, qual seja: *“como tal despesa se justificaria dentro do orçamento público?”*.

Sobre a matéria se posicionou o Tribunal de Contas da União (TCU), na Decisão nº 013/2001 – Plenário, após submeter a consulta ao Tribunal Superior do Trabalho (TST):

DECISÃO Nº 013/2001 – TCU - PLENÁRIO

1. Processo TC-007.425/2000-3
2. Classe de Assunto: III – Consulta
3. Interessado: Wagner Pimenta (então Presidente do TST)
4. Órgão: Tribunal Superior do Trabalho (TST)
5. Relator: Ministro Guilherme Palmeira
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Quinta Secretaria de Controle Externo - 5ª SECEX
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 216, inciso I, do Regimento Interno, DECIDE:
 - 8.1 conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade, para **responder à autoridade consultante que a indenização a terceiros pela Administração Pública, de danos causados por agentes públicos nessa condição pode se dar:**
 - 8.1.1 judicialmente, em cumprimento de sentença transitada em julgado;

8.1.2 administrativamente, por meio de processo administrativo devidamente constituído para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação dos danos efetivamente comprovados, desde que haja dotação orçamentária apropriada, respeitados os princípios orçamentários constitucionais e as regras e limites da legislação específica, em especial aqueles inseridos na Lei do Orçamento Anual;

8.2 informar, ainda, à autoridade consulente, que deve a Administração, em ambas as hipóteses acima citadas, buscar a reparação do valor indenizatório pago mediante regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa, apurados por intermédio de sindicância ou processo administrativo;

8.3 encaminhar cópia desta Decisão e dos correspondentes Relatório e Voto ao Presidente do TST; e

8.4 determinar o arquivamento do presente processo.

9. Ata nº 02/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 24/01/2001 – Ordinária

11. Especificação do quorum:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Iram Saraiva, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Benjamin Zymler.

(grifos aditados)

No voto, o Ministro Relator Guilherme Palmeira do TST, considerou:

(...) considerando que a maioria dos casos de ressarcimento, especialmente os relacionados a acidentes de trânsito, envolve quantias de menor monta, com pequeno impacto da despesa na programação global dos órgãos da Administração, não afetando substancialmente o seu orçamento, não pode haver, a princípio, nessas hipóteses, óbice do ponto de vista orçamentário e financeiro ao pagamento da indenização. Isso porque **o Poder Legislativo, ao aprovar o Orçamento, expede, de certo modo, uma autorização genérica para que a Administração possa, dentro das grandes modalidades de aplicação e limites definidos, proceder às despesas necessárias às suas atividades corriqueiras, comportando o orçamento aprovado detalhamento em nível setorial, a exemplo dos valores destinados (ou realocados) à rubrica “93 – Indenizações e Restituições” (MTO–2001) - referente a indenizações e restituições a qualquer título, por meio da qual podem ser satisfeitas as indenizações, as quais geralmente constituem fato imprevisível superveniente de pequena importância relativamente à programação orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional.**

(...)

Penso que o que não poderia ocorrer seria **o pagamento de valor indenizatório expressivo, que gere impacto tal que possa levar a um desequilíbrio orçamentário.** Nesses casos, deve a Administração incluir a despesa a pagar em orçamento de exercício subsequente a ser aprovado. Ou seja, **o órgão da Administração, ao solicitar crédito para fazer face à despesa de indenização, estará dando ciência ao Poder Legislativo da existência de um fato superveniente relevante que obriga o Poder Público a arcar com dano de maior expressão causado a terceiro, o que exige modificação na programação orçamentária habitual, demandando crédito extra para cobrir as despesas relativas à obrigação objetiva da Administração.**

(grifos aditados)

Conforme já exposto anteriormente, a responsabilidade objetiva por ato lícito realizado pela Administração Pública, decorre da atividade exercida pelo agente de forma usual e o dano causado deve ser anormal e específico. Desta sorte, sendo o dano anormal, subentende-se que não foi previsto na Lei Orçamentária Anual (LOA).

Caso o dano seja de pequena monta relativamente à programação orçamentária, e houver dotação prevista na LOA para fazer face as despesas de indenização e restituição (elemento de despesa 93 - Indenizações e Restituições), o pagamento do valor devido pode ser feito por essa rubrica.

Porém, se o pagamento de valor indenizatório for expressivo, necessitará de autorização prévia do Legislativo, por ser uma despesa não prevista (dano anormal). Dizendo de outra forma, **deverá haver modificação na programação orçamentária habitual, demandando abertura de crédito adicional especial (se for paga no exercício corrente) ou inclusão da despesa a pagar em orçamento de exercício subsequente a ser aprovado, para cobrir as despesas relativas à obrigação objetiva da Administração.**

Em ambos os casos, deverá verificar se existem recursos disponíveis para satisfazer às despesas, na forma exigida pela Lei 4.320/64 (arts. 40 a 46), bem como a repercussão da alteração na LOA na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e no Plano Plurianual (PPA).

CONCLUSÃO – A síntese possível e necessária

Conforme entendimento doutrinário, jurisprudencial e do TCU, o Poder Público pode, por via administrativa, tanto reconhecer através de processo a obrigação objetiva de dano originado pelo ente que, no uso de suas atribuições legais, causou, através de ato lícito, dano certo, anormal e específico a terceiros, como proceder ao respectivo pagamento, mediante processo administrativo devidamente constituído para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação dos danos efetivamente comprovados.

Para isso, a Administração deve se valer de elementos que venham a integrar o processo administrativo a exemplo de laudos, pareceres, avaliações e orçamentos para proceder à indenização dentro da proporcionalidade e razoabilidade nas indenizações decorrentes da responsabilidade civil do Estado.

Para haver assunção de despesa pública, essa deve estar em consonância com as respectivas regras e limites ditados pelas leis orçamentárias anuais, pois é condição prévia para a realização de despesa a existência de créditos disponíveis, bem como autorização legislativa.

É o parecer.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo.

Em, 08 de junho de 2020.

Karina Menezes Franco
Auditora de Controle Externo
Assessora Jurídica