

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO
FOUNDATIONS OF THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE

Helena Elias Pinto

Resumo

Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado constituem um tema que merece um estudo mais aprofundado na doutrina brasileira. Em geral, a doutrina limita-se a invocar a igualdade e a justa repartição dos encargos sociais para as hipóteses de responsabilidade civil por atos lícitos. Nos casos de atos ilícitos, o fundamento apontado é o princípio da legalidade. Entretanto, existem situações mais complexas (como as hipóteses de responsabilidade por omissão) em que a mera invocação desses tradicionais fundamentos não se mostra suficiente ou útil. Com base nos resultados de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada, buscase: a) explicitar quais são as deficiências da formulação tradicional e b) verificar se é possível atualizar as bases teóricas dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, para melhor enquadrar o tema à luz da proeminente dimensão constitucional atribuída aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do estado, Responsabilidade civil por omissão, Fundamentos da responsabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

Foundations of State liability has become a topic that deserves further study in Brazilian doctrine. In general, doctrine is limited to invoking equality and fair distribution of social security contributions for cases of liability for lawful acts. In cases of unlawful acts, the appointed foundation is the principle of legality. However, there are more complex situations (like the cases of liability for omissions) where mere invocation of these traditional foundations have not shown to be sufficient or useful. Based on the results of bibliographic and jurisprudential surveys, we seek to: a) explain what the shortcomings of the traditional formulation are and b) verify if it is possible to update and/or upgrade the theoretical foundations of State liability in order to better frame such subject regarding the prominent constitutional dimension attributed to fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability of the state, Civil liability by omission, Foundations of civil liability

INTRODUÇÃO

A compreensão dos fundamentos de um determinado instituto jurídico é essencial para que a interpretação das normas aplicáveis à solução dos casos concretos tenha uma inspiração adequada, sobretudo nos denominados casos difíceis, em que não é possível encontrar uma solução para o problema por mero processo interpretação por subsunção.

Não é diferente quando se trata da responsabilidade civil do Estado.

Na responsabilidade civil em geral, diz-se que o seu fundamento é “a razão por que alguém deve ser obrigado a reparar o dano causado a outrem” (Francisco Amaral, 2006, p. 547).

O fundamento da responsabilidade civil do Estado tem suas particularidades, não obstante o fato de que a evolução histórica de suas bases teóricas recebeu o influxo da evolução da teoria geral da responsabilidade civil. Conforme leciona María Del Pilar Amenábar (2008, p. 93), ao tratar da responsabilidade civil do Estado, o fundamento da responsabilidade civil suscita a questão dos princípios e razões que determinam o nascimento da obrigação de reparar um dano. Buscar, então, o fundamento da responsabilidade civil do Estado implica em pesquisar os princípios e as razões que levam o ordenamento jurídico e a jurisprudência a reconhecer o dever de o Estado ressarcir o lesado em algumas hipóteses. Há que se esclarecer, inclusive, à luz desses fundamentos, quais as hipóteses que não serão contempladas pelo reconhecimento do dever indenizatório.

Desde os tempos remotos, em que não se aceitava a responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes, até a contemporaneidade, ocorreram importantes mudanças de paradigma no que diz respeito aos fundamentos da responsabilidade estatal. Três importantes marcos que podem ser citados para exemplificar a ocorrência de mudanças substanciais: na etapa final do século XIX, com a Revolução Industrial e o desenvolvimento de máquinas em substituição ao trabalho manual, e no século XX, com a ampliação das denominadas gerações de direitos fundamentais, que passaram a incluir os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos (Paulo Bonavides, 2012, p. 582) e o desenvolvimento da hermenêutica da Constituição e dos direitos fundamentais, já na segunda metade do século XX.

Com a Revolução Industrial verificou-se um extraordinário aumento de riscos e acidentes, o que ensejou um deslocamento da preocupação com a culpabilidade do

causador do dano para a proteção das vítimas (María Del Pilar Amenábar, 2008, p. 85). Entre outras consequências, as novas concepções produzem a denominada teoria do risco, inspirada na vontade de ressarcir quem sofre um dano, dispensando-se a existência ou não de culpa no comportamento do autor do fato.

Na segunda metade do século XX, com o fim da II Guerra Mundial, verificou-se que o rastro de atrocidades por violação de direitos humanos no período da guerra ensejou um movimento mundial pela ampliação da proteção dos direitos fundamentais, sobretudo no plano de buscar eficácia para as normas constitucionais que os estabelecem.

Com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial realizada, pretende-se, ao longo do texto, expor as linhas mestras dessa evolução e realizar uma avaliação crítica da atual visão da doutrina brasileira, com vistas a trazer subsídios para uma atualização dos fundamentos que têm sido adotados de forma praticamente uníssona na doutrina pátria contemporânea.

1. EVOLUÇÃO DOS FUNDAMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução do tratamento doutrinário dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado reflete o desenvolvimento do próprio direito administrativo.

É possível identificar, ao longo do tempo, um desenvolvimento que se constrói a partir da ideia de irresponsabilidade do Estado (modelo adotado nas Constituições de 1824 e 1891 no Brasil), passando pelo acolhimento, por empréstimo, de teorias privatistas (baseadas no Código Civil e tendo a culpa do agente público como fundamento), até chegar ao modelo atual, inaugurado, no Brasil, com a Constituição de 1946 - marco a partir do qual o dever do Estado de indenizar deixou de se basear em uma atuação culposa do agente público para se embasar na ideia de risco administrativo assumido pelo Estado ao exercer suas diversas atividades administrativas.

No Brasil, o tema da responsabilidade civil do Estado só ganhou estatura constitucional na primeira Constituição do século XX (a de 1934). A Constituição de 1824 não previa a responsabilidade civil do Estado, apenas consagrando a responsabilidade dos agentes públicos (item 29 do art. 179). A Constituição do Império ressalvava o Imperador, que não se submetia a tal regra, por ser considerado pessoa “inviolável e sagrada”, não estando sujeito “a responsabilidade alguma” (art. 99).

A situação não se altera com a Constituição de 1891 que, como a de 1824, não continha norma prevendo a responsabilidade do Estado, mas apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de prática de abuso ou omissão no exercício de suas funções (art. 82).

Na vigência da Constituição de 1891 foi editado o antigo Código Civil, promulgado em 1916, o qual acolheu a teoria civilista da responsabilidade subjetiva em seu art. 15, que previa a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes que causem danos a terceiros, mas condicionava a incidência dessa responsabilidade a uma atuação contrária ao direito ou ao descumprimento de dever legal¹.

Diante da dicção do texto legal de 1916 (que fala em atuação contrária ao direito ou descumprimento de dever legal), verifica-se que a responsabilidade civil do Estado tinha por fundamento a antijuridicidade da conduta do agente público (que se configurava mediante sua atuação culposa), erigindo-se a culpa como um elemento essencial para a configuração do dever do Estado de ressarcimento.

A Constituição de 1934 em nada alterou substancialmente este quadro normativo, porque estabeleceu a responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário, de acordo com o seu art. 171 – norma que se repetiu no art. 158 da Constituição de 1937. Note-se que o art. 15 do Código Civil de 1916 foi recepcionado integralmente pelas duas ordens constitucionais que se sucederam deste a edição do Código.

Foi a Constituição de 1946 que, rompendo com a tradição que encontrava o fundamento do dever de indenizar na culpa do agente, acolhe a responsabilidade objetiva do Estado (art. 194), inspirado na teoria do risco administrativo. Passa-se, a partir de então, a dispensar a prova da culpa do agente público ou mesmo da falta do serviço (culpa do serviço).

A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, praticamente repetem a norma, não estabelecendo qualquer alteração substancial. Do mesmo modo, a Constituição de 1988 seguiu a tradição inaugurada em 1946. Trouxe a atual Constituição apenas uma novidade: a inclusão, de forma expressa, das pessoas jurídicas de direito

¹ A redação do art. 15 era a seguinte: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.”

privado prestadoras de serviço público na norma matriz da responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º).

2. A MOLDURA ATUAL DO TRATAMENTO DOUTRINÁRIO NO BRASIL

A doutrina brasileira, após a sedimentação do modelo objetivista, adotado por todas as Constituições brasileiras desde 1946, tem invocado, de forma bastante uniforme, em resumo, os seguintes fundamentos da responsabilidade civil do Estado: o princípio da legalidade, quando se trata de atos ilícitos e o princípio da igualdade (do qual se extrai a necessidade de justa, solidária e igualitária repartição dos encargos sociais) quando se trata de atos lícitos. Há apenas pequena variação na formulação doutrinária, conforme será exposto adiante.

O fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado, segundo lição de Diogenes Gasparini (2006, p. 966), é bipartido, conforme se trate de consequência de atos lícitos ou ilícitos. Nos casos de ato lícito, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados. Prossegue o Autor (2006, p. 966-967):

Destarte, se o serviço ou a obra é de interesse público, mas, mesmo assim, causa dano a alguém, toda a comunidade deve responder por ele, e isso se consegue através da indenização. Para tanto todos concorrem, inclusive o prejudicado, já que este, como os demais administrados, também paga tributos.

Em se tratando de ato ilícito, o fundamento é a própria violação da legalidade. Exemplifica Diogenes Gasparini (2006, p. 967) com a hipótese de interdição de uma indústria poluente. Caso posteriormente se verifique que, em absoluto, era a empresa poluente, “o Estado cometeu uma ilegalidade e, por ter praticado ato ilícito do qual decorreu o dano, vê-se na contingência de ressarcir a vítima, no caso, a sociedade industrial”.

Entretanto, no exemplo acima citado, de exercício do poder de polícia que impõe a interdição de uma indústria poluente, o autor comete um equívoco ao afirmar que o Estado cometeu uma ilegalidade se ficar demonstrado, ao final, que a empresa não era poluente. A interdição de uma indústria que, aparentemente, está poluindo o meio ambiente em desconformidade com as normas ambientais é ato lícito, no exercício regular do poder de polícia pelo Estado e não se transmuda em ato ilícito apenas porque, *a posteriori*, se aferiu a falta de nocividade ao meio ambiente da atividade empresarial. O que temos, nesse exemplo, é uma atuação estatal lícita que, entretanto, por uma avaliação que somente é possível *a posteriori*, gerou um dano

injusto, causando uma situação contrária ao direito à luz do resultado e não à luz da conduta praticada, que foi lícita, autorizada pelo ordenamento jurídico. Esse tema será retomado adiante. Por ora, contraste-se o entendimento do autor citado com outras referências doutrinárias.

O entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 961) não é discrepante na essência, lecionando o autor que o fundamento se biparte, conforme se trate de comportamentos ilícitos omissivos (princípio da legalidade) e comissivos (princípios da legalidade e da igualdade) ou lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público (equânime repartição dos ônus, princípio da igualdade):

a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos, *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (grifo do autor),

Por outro lado, a pesquisa realizada evidenciou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em raríssimas oportunidades abordou o tema dos fundamentos da responsabilidade civil estatal e, quando o fez, seguiu as lições que a doutrina clássica ministra, na esteira da construção teórica formulada por Duguit.

O ministro Joaquim Barbosa, em voto-vista proferido no julgamento do RE 262651/SP, na esteira das lições ministradas por Duguit, abordou didaticamente o tema, apontando dois fundamentos jurídicos da responsabilidade objetiva do Estado. O primeiro fundamento corresponde à teoria do risco administrativo:

Primeiro, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos (maneja objetos perigosos, cria situações perigosas etc.). Esses riscos são da essência da atividade administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, que são indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade. O risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano.

Segundo o voto-vista, o segundo fundamento, sem discrepância com as lições da doutrina administrativista brasileira, identifica-se com o princípio da igualdade de todos em face dos encargos públicos:

O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos. Para alguns autores, em especial os franceses, esse segundo fundamento englobaria o primeiro, de sorte que a obrigação imposta ao Estado de indenizar o particular em caso de dano a ele causado resultaria, em essência, do fato de que não seria justo que alguém suportasse sozinho os ônus decorrentes de uma atividade exercida em benefício de toda a sociedade. Aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum, a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas. O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos vem em socorro dessas pessoas que sofrem os prejuízos decorrentes da ação estatal, fazendo com que os danos por elas sofridos sejam compartilhados por toda a coletividade. Esta, em apertada síntese, é a “*rationale*” da responsabilidade civil do Estado, recepcionada em toda a sua amplitude pela Constituição brasileira de 1988, que diz expressamente, no art. 37, § 6º, ser ela aplicável ao concessionário de serviço público. (grifo do autor)

Mas será que os fundamentos clássicos da responsabilidade civil do Estado ainda são suficientes para servir de embasamento para a solução da ampla complexidade de casos que a atualidade apresenta, sobretudo diante dos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão?

A resposta parece ser negativa, sobretudo quando se procura encontrar resposta para determinadas questões de maior complexidade, como a verificação da existência ou não do dever de indenizar o dano causando decorrente de conduta praticada pelo agente público em legítima defesa em comparação com a situação de dano causado (também por agente público) em estado de necessidade. Afinal, os fundamentos clássicos da responsabilidade civil do Estado apresentam solução para tais casos? O suporte oferecido pelos fundamentos clássicos é suficiente para traçar uma diferença de tratamento, se houver necessidade, entre as duas hipóteses? A resposta parece ser negativa. Consulte-se, para exemplificar, a lição de Marçal Justen Filho (2005, pp. 796-797), ao afirmar que não há dever de indenizar na legítima defesa porque a atuação do agente foi jurídica:

Aliás, mesmo os defensores de concepções objetivistas acabam concordando com a insuficiência da mera relação de causalidade objetiva entre uma ação ou omissão estatal e a consumação do dano. Assim, por

exemplo, suponha-se que um agente policial, no exercício de legítima defesa, produza a morte de um delinquente. Houve ação estatal e houve dano, mas não há responsabilidade civil. A legítima defesa é causa excludente da responsabilidade civil porque a ação praticada pelo agente estatal é **jurídica** e os danos eventualmente gerados para o autor da agressão são lícitos. (grifo do autor)

Ora, se a licitude da conduta do causador do dano fosse decisiva para afastar o dever do Estado de indenizar, não caberia também indenização no caso de danos causados por agente público em estado de necessidade (que igualmente constitui comportamento autorizado pelo direito), o que não pode ser aceito, tendo em vista que a vítima de uma atuação do agente público em estado de necessidade (caso do bombeiro que quebra uma vidraça para se salvar do fogo ou para prestar socorro a terceiro) tem o inafastável direito à indenização, pois não tem o dever de suportar um dano causado pelo agente público em sua defesa ou de terceiro. A propósito, note-se que o próprio Código Civil (art. 929 combinado com o art. 188, inciso II)², nas relações entre particulares, prevê o direito à indenização à vítima de atuação de terceiro em estado de necessidade. Nota-se, portanto, que os fundamentos clássicos são insuficientes para lançar luzes que permitam decisões constitucionalmente adequadas para casos mais complexos.

3. A INSUFICIÊNCIA DA ABORDAGEM CLÁSSICA DOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Ressalte-se que é preciso fazer a distinção entre fundamentos e condições da responsabilidade. Nesse sentido, Delcros e Delcros (1972, p. 4) afirmam que a culpa ou o risco não constituem fundamentos, mas somente condição para que, conforme o caso, seja reconhecido o dever de indenizar:

Não é raro que a culpa (ou o risco) sejam qualificados de fundamentos da responsabilidade da administração. Esta concepção é criticável. A culpa (ou o risco) constituem somente a condição exigida segundo o caso para que a administração seja obrigada a indenizar, mas não o fundamento, isto é, a justificativa da responsabilidade. Com efeito, em direito administrativo, a culpa não pode ser jamais imputada à própria administração, que não é nada mais do que uma entidade (ou pessoa jurídica) razão pela qual seria absurdo pensar que ela pudesse cometer essas faltas; a culpa é sempre o feito de um ou de vários funcionários, conhecidos ou anônimos; assim a responsabilidade sendo suportada por um

² Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
[...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

outro patrimônio distinto daquele do autor da falta, não pode ser considerada como o fundamento mas somente a condição da responsabilidade. Quanto à idéia de risco, ela implica somente uma correlação, uma relação de causa e efeito e, por consequência, só pode ser uma condição, e não um fundamento.³ (tradução livre)

De fato, o fundamento da responsabilidade civil no modelo subjetivista é a antijuridicidade da conduta, sendo a identificação da culpa no caso concreto a condição para que esse modelo possa ser aplicado. Com a evolução do tema, passou-se a aceitar a culpa anônima ou falta do serviço. Tal teoria, baseada em inspirações publicistas, tornou desnecessária a individualização do agente causador do dano, bastando ao lesado provar que o dano foi causado pela falta do serviço (não funcionamento, mal funcionamento ou funcionamento tardio do serviço). De qualquer modo, tal teoria baseada na culpa do serviço foi posteriormente substituída pela teoria do risco, ensejando a adoção do modelo objetivista.

A rigor, os fundamentos da responsabilidade civil do Estado, do ponto de vista do direito positivo, residem na Constituição da República. A esse propósito é importante ressaltar que, no ordenamento constitucional atual, o fundamento não se encontra apenas na norma matriz do art. 37, § 6º, que prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados a terceiros por seus agentes. É importante ressaltar que os fundamentos da responsabilidade civil do Estado decorrem do conjunto de todo o sistema de direitos fundamentais previsto no ordenamento constitucional. Tanto é assim que é possível reconhecer que, ainda se não existisse a norma matriz (art. 37, §6º), a só previsão dos direitos fundamentais já seria suficiente para se atribuir ao Estado o dever de indenizar nos casos em que seus agentes causem danos a terceiros.

Para melhor compreensão dessa afirmação é interessante avaliar o tratamento do tema na Argentina, diante da peculiaridade da ausência de norma constitucional expressa que atribua ao Estado o dever de indenizar por danos causados pelos agentes

³ No original : “Il n’est pas rare que la faute (ou le risque) soient qualifiés de fondements de la responsabilité de l’administration. Cette conception est critiquable. La faute (ou le risque) constituent seulement la condition exigée selon les cas pour que l’administration soit tenue de réparer, mais non le fondement, c’est-à-dire la justification de la responsabilité. En effet, en droit administratif, la faute ne peut jamais être imputée à l’administration elle-même qui n’est qu’une entité (ou personne morale) dont il serait absurde de penser qu’elle pût commettre des fautes; la faute est toujours le fait d’un ou plusieurs fonctionnaires, connus ou anonymes ; ainsi la responsabilité étant supportée par un autre patrimoine que celui de l’auteur de la faute, celle-ci ne peut être considérée comme le fondement mais seulement la condition de la responsabilité. Quant à l’idée de risque, elle implique seulement une corrélation, une relation de cause à effet et, par suite, ne peut être, elle aussi qu’une condition, non un fondement.”

públicos. E, apesar de não existir norma constitucional expressa na Argentina que seja similar à prevista na Constituição da República do Brasil, a doutrina nem por isso deixa de reconhecer os fundamentos constitucionais da responsabilidade civil do Estado, diretamente na previsão dos direitos fundamentais.⁴

A comparação com o ordenamento constitucional argentino é suficiente para tornar mais clara a evidência de que o fundamento da responsabilidade civil do Estado na atualidade não pode mais ser fundada exclusivamente no risco administrativo e na igual repartição dos encargos sociais, pois tais referenciais já não são suficientes para fazer frente à complexidade das relações estabelecidas nas sociedades contemporâneas.

Tal mudança de paradigma é imperativa, diante da dignidade constitucional atribuída aos direitos fundamentais e do papel do Estado como garantidor desses direitos. Na doutrina estrangeira⁵, a antijuridicidade objetiva (revelada no dano injusto) tem sido reconhecida como principal fundamento⁶ da responsabilidade civil estatal a partir da sua conjugação com o dever de proteção dos direitos fundamentais. A identificação desse fator representa um significativo avanço para a elaboração doutrinária de uma base sólida para a teoria geral da responsabilidade civil estatal. É com a noção de **dano injusto** que o sistema de garantias da responsabilidade civil do Estado adquire coerência e harmonia.

Essa perspectiva contemporânea, a partir da noção de antijuridicidade objetiva, relaciona-se à virada do princípio da legalidade para o da juridicidade. Nesse

⁴ Nesse sentido, consulte-se a lição de Roberto Dromi (1997, p. 766): “Si bien es verdad que en la Constitución no hay un artículo que atribuya responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Toda responsabilidad reparatoria se funda sobre la ofensa de los derechos reconocidos y adquiridos: respeto a los derechos adquiridos y de propiedad (art. 17), indemnización previa en la expropiación por utilidad pública (art. 17); igualdad ante las cargas públicas (art. 16); seguridad y garantías individuales (arts. 18 y 43); garantía a la libertad (arts. 15 y 19); demandabilidad judicial del Estado (art. 116) (CNFedCivCom, Sala III, 6/9/84, “Rey Serantes, Armando c/Banco Hipotecario Nacional, JA, 1985-II-491). Todo lo indicado sin perjuicio de los “derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33).”

⁵ Na doutrina estrangeira, Roberto Dromi (1997, p. 784-785) e Jesús González Pérez (2006, p. 434) são representativos dessa linha de entendimento. Na doutrina nacional, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994) não indica expressamente esse requisito da antijuridicidade objetiva, mas se alinha à doutrina estrangeira na abordagem do **dano injusto**, noção que remete à idéia de dano antijurídico (base da idéia de antijuridicidade objetiva). Juarez Freitas (2005, p. 28) faz uso da expressão “lesão antijurídica”.

⁶ André Fontes (2001, p. 8), inspirado na doutrina produzida na Argentina, aponta os seguintes “fatores objetivos de atribuição” (os “fatores subjetivos” apontados são a culpa e o dolo): “No estado atual do conhecimento acerca dos fatores objetivos de atribuição, enumeram-se os seguintes fenômenos: a) a solidariedade; b) a seguridade social; c) o risco criado; d) a equidade; e) a garantia e tutela especial do crédito; f) igualdade dos ônus públicos; g) seguro; h) critérios econômicos.”

sentido é que deve ser compreendida a afirmativa de Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 69) de que a essência do Estado de Direito “se expõe e se cumpre no princípio da juridicidade administrativa combinado com o da responsabilidade do Estado”. Nessa linha de raciocínio, afirma (1994, p. 97) que a antijuridicidade não reside “apenas no exercício da competência regulamentar à margem, contra ou além da lei, mas também na ausência de exercício desta competência, quando deva ela ser desempenhada e deixe de sê-lo”.

J. J. Gomes Canotilho (1974, p. 13) destaca que o instituto da responsabilidade civil “não se limita, no âmbito do direito público, a satisfazer as necessidades de reparação e prevenção, à semelhança do que acontece no direito civil”. E continua:

Como conquista lenta mas decisiva do Estado de direito, *responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade*. E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indemnização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito Material – *a realização da justiça material*.

A par disso, convém observar que a própria teoria geral da responsabilidade civil vem sendo questionada no sentido de uma possível reestruturação, conforme adverte Regis Fichtner (2001, p. 18-19):

É facilmente perceptível [...] um processo de alargamento do conceito de dano indenizável. No mundo contemporâneo, pede-se indenização por situações que há pouco tempo pareceriam ao homem médio risíveis. Vem-se restringindo o reconhecimento de casos fortuitos e de força maior e ampliando o de responsabilidade. Para todo o dano, a sociedade sente necessidade de encontrar um causador e obter dele uma compensação para a vítima.

A causa dessa transformação é facilmente explicável. O desenvolvimento tecnológico tem multiplicado a capacidade humana de causar danos. A sociedade moderna e globalizada tem aumentado a sua capacidade de produzir o efeito *dominó*, ou seja, a multiplicação de danos em virtude de um mesmo fato.

Todas essas questões levam o investigador a questionar a possibilidade de o Direito oferecer soluções para os cada vez mais complexos problemas relacionados à responsabilidade civil extracontratual, ainda com a utilização do modelo jurídico construído no início do século XIX, ou se será necessário reformular o sistema, mediante regras que ofereçam respostas mais adequadas ao atual estágio do desenvolvimento social.

A adoção da antijuridicidade objetiva como fundamento essencial enseja um aprimoramento da teoria geral da responsabilidade civil do Estado – o que é fundamental para a solução dos casos mais difíceis, inclusive quando se trata de danos que são imputados ao Poder Judiciário. Nessa nova perspectiva, a antijuridicidade

objetiva é, simultaneamente, fundamento e pressuposto para a configuração da responsabilidade estatal.

Diante da passagem do modelo subjetivista para o modelo da responsabilidade objetiva, esse fundamento (a antijuridicidade) se desloca: afasta-se da conduta e migra para o resultado (o dano injusto). É por isso que, no modelo objetivista, não importa se a conduta foi contrária ao direito, se foi neutra ou até se foi uma conduta avaliada de forma positiva pelo ordenamento jurídico (seria o caso de um bombeiro que, atuando de forma heroica, arrisca sua vida para salvar uma criança, porém causando danos ao apartamento do vizinho, por ter sido necessário quebrar uma janela de vidro para se deslocar durante sua missão): em todos os casos, se houver dano injusto, haverá o dever de indenizar.

Note-se que o entendimento segundo o qual a responsabilidade objetiva comporta uma análise da antijuridicidade objetiva encontra respaldo já em Hans Kelsen (1998, p. 140), que comenta a dicotomia entre a “responsabilidade pela culpa e pelo resultado”:

Quando a sanção não é dirigida contra o delinquente, mas – como no caso da responsabilidade coletiva – contra um outro indivíduo que está, com o delinquente, numa relação pela ordem jurídica determinada, a responsabilidade tem sempre o caráter de uma responsabilidade pelo resultado. Com efeito, não existe qualquer relação íntima entre o indivíduo que responde pelo ilícito e o evento, segundo a ordem jurídica indesejável, produzido ou não impedido pela conduta de outrem. O sujeito da responsabilidade não precisa ter previsto ou intencionalmente visado esse evento. Mas é perfeitamente possível que a ordem jurídica apenas estatua a responsabilidade por um ilícito praticado por outrem quando o ilícito tenha sido cometido culposamente pelo delinquente. Então, a responsabilidade tem o caráter de responsabilidade pela culpa, em relação ao delinquente, e o caráter de responsabilidade pelo resultado, em relação ao objeto da responsabilidade.

A sistematização em torno da antijuridicidade objetiva permite que se possa identificar o fato ilícito como pressuposto para a existência do dever de indenizar. Deve-se observar, porém, que, na responsabilidade objetiva, basta o fato objetivamente ilícito; por outro lado, na responsabilidade subjetiva, não basta o fato objetivamente ilícito, mas faz-se necessária a presença ainda do ato subjetivamente ilícito (praticado em desconformidade com o direito).

Essa mudança de paradigma para se compreender a responsabilidade civil do Estado permite que o jurista possa enfrentar, com segurança e melhor instrumental teórico, questões como a que foi proposta anteriormente: como diferenciar os casos

de danos causados em legítima defesa dos casos em que o dano decorre de atuação do agente público em estado de necessidade?

A percepção da responsabilidade civil do Estado como um mecanismo que integra o sistema constitucional de defesa dos direitos fundamentais, nos leva a identificar na antijuridicidade objetiva (identificada com o dano injusto) o fundamento central do dever estatal de indenizar as vítimas dos atos praticados por seus agentes, por ação ou omissão. Sob essa ótica é possível constatar que, na legítima defesa praticada pelo agente público, não há que se falar em dever de indenização pelo Estado, porque, a rigor, quem deu causa ao evento deletério foi o autor da agressão injusta, que terá o dever de suportar o dano causado pelo agente público que, de forma proporcional, agiu em sua própria e legítima defesa. Diferente será a situação daquele que for vítima de danos perpetrados pelo agente público em estado de necessidade. É que, neste último caso, a vítima não terá o dever de suportar os danos causados pelo agente público, tendo em vista que o lesado não teve qualquer contribuição causal para o resultado deletério. É o caso, por exemplo, de algum transeunte que venha a ser atingido por disparos de armas de policiais que, durante uma perseguição de assaltantes, venham a ser disparados em uma troca de tiros. O transeunte não é injusto agressor do policial e, portanto, falta o requisito da injusta agressão para a situação se caracterizar como legítima defesa, caracterizando-se tal hipótese como estado de necessidade, diante do perigo criado por terceiros (os assaltantes).

É possível também se constar que, quando se trata de responsabilidade civil do Estado por omissão, os fundamentos clássicos deixam a desejar quanto à fundamentação adequada do dever do Estado de indenizar o lesado. Afinal, como se assentar sobre a justa repartição dos encargos sociais, sobre a igualdade ou sobre a teoria do risco administrativo o dever estatal de reparar o dano que foi causado diretamente por terceiro ou por fato da natureza e, apenas não foi evitado pelo Estado, em razão da omissão?

Nos casos de responsabilidade omissão, somente se afigura legítima a imputação do dever de indenização ao Estado quando este se apresenta como garantidor do direito fundamental violado por terceiro ou por fato da natureza. A posição do Estado de garantidor estará configurada em três hipóteses: a) quando o ordenamento jurídico assim estabelece (é o caso, por exemplo, da garantia da integridade física e mental dos presos, conforme previsto expressamente no art. 5º,

inciso XLIX, da CRFB/88); b) quando o Estado assumiu, por declaração unilateral de vontade ou por contrato, o dever de zelar pela proteção do direito violado; c) quando criar situação que coloque em risco o direito fundamental violado.

Nesses casos de omissão, o fundamento da responsabilidade civil estatal está na posição de garantidor dos direitos fundamentais que o Estado assume por dever constitucional. Mas qual o limite desse dever de proteção? É um dever de proteção total, ilimitado? É um dever mínimo de proteção? A melhor resposta apresentada até o momento pela doutrina está em encontrar o ponto de equilíbrio na proporcionalidade: o dever de proteção deverá ser proporcional. Nesse sentido, deve-se entender a proporcionalidade não apenas como proibição de excessos, mas sobretudo como vedação de proteção insuficiente.

CONCLUSÃO

Conforme foi explicitado ao longo do texto, o conhecimento dos fundamentos da responsabilidade civil terá maior relevância para a decisão dos casos difíceis, quando a solução não é óbvia. Os fundamentos são importantes nesses casos porque a fundamentação da decisão judicial deverá invocá-los na aferição da legitimidade da condenação do Estado a reparar danos por conduta comissiva ou omissiva de seus agentes.

A doutrina pátria, em linhas gerais, limita-se a invocar a igualdade, a justa repartição dos encargos sociais e a teoria do risco administrativo para as hipóteses de responsabilidade civil por atos lícitos; nos casos de atos ilícitos, é apontado o princípio da legalidade. Ocorre que, na atualidade, diante da diversidade de situações em que o Estado pode ser demandado por danos causados a terceiros, inclusive por omissão de seus agentes, é possível constatar que as teorias e os princípios tradicionalmente invocados mostram-se insuficientes para esclarecer e dar subsídios para a solução de casos com maior complexidade jurídica.

Na revisão e na atualização dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado na atualidade não se pode olvidar do fato de que a própria responsabilidade civil estatal constitui um mecanismo que integra o sistema de defesa dos direitos fundamentais, encontrando seu fundamento de validade não apenas na regra matriz constitucional (art. 37, § 6º, da CRFB/88), mas principalmente nas próprias normas que disciplinam os direitos fundamentais – que o Estado tem o dever de respeitar e também o dever de proteger de forma suficiente.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o fundamento jurídico central para se reconhecer a responsabilidade civil do Estado na atualidade está na antijuridicidade objetiva, no dano injusto - que pode ser caracterizado como uma situação deletéria que o lesado não tem o dever de suportar.

Nos casos de responsabilidade civil por omissão, é preciso identificar a posição do Estado de garantidor do direito fundamental violado para que se justifique o reconhecimento de seu dever de indenizar. A posição de garantidor, para o Estado, existirá sempre que houver previsão legal expressa, declaração unilateral ou contrato ou criação de risco que coloque o direito fundamental exposto à lesão. A análise da posição de garantidor do Estado deverá levar em conta a proporcionalidade – não apenas enquanto proibição de excesso, mas sobretudo como proibição de proteção insuficiente.

BIBLIOGRAFIA

AMENÁBAR, María Del Pilar. Responsabilidad extracontractual de la administración pública. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por atos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

DELCROS, M. Xavier; DELCROS, M. Bertrand. **La responsabilité administrative**. Paris: La documentation française, 1972.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

FONTES, André R. Cruz. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, v. VI, ano 2, n. 6, pp. 3-9, out./dez. 2001.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 21-37, 2005.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALEZ PÉREZ, Jesús. **Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 456 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.