

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

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 e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

TUTELA REPARATÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CASOS DE DANOS CAUSADOS PELO ESTADO NAS RELAÇÕES DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

PROTECTION AND REMEDIAL OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CASES OF DAMAGES CAUSED BY THE STATE IN RELATIONSHIPS OF SPECIAL SUBJECTION

Helena Elias Pinto

Resumo

O presente artigo procura relacionar, de forma próxima, o tema das relações especiais de sujeição ao da responsabilidade civil objetiva do Estado. Procura-se investigar em que medida as relações de sujeição especial conferem ao Estado, a par de suas faculdades extraordinárias, deveres especiais de proteção dos direitos fundamentais daqueles que se encontram sob sua sujeição. Para desvelar o conteúdo da relação existente entre o tema da sujeição especial e da responsabilidade estatal, são estudadas três hipóteses de sujeição especial: a dos alunos nas escolas públicas; a dos presos em caso de prisão cautelar ou para cumprimento de pena e a dos próprios agentes públicos. A pesquisa se desenvolveu, em um primeiro momento, na bibliografia brasileira e estrangeira sobre o tema e, em seguida, procedeu-se a uma pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na pesquisa de jurisprudência buscou-se colher subsídios para a construção de uma resposta à indagação sobre a viabilidade de se enquadrar as relações de sujeição especial em uma área de especial proteção a posteriori dos direitos fundamentais, com a imputação ao Estado do dever de reparar os danos sofridos, nesse contexto, pelo cidadão, independentemente da prova da existência da culpa administrativa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Relação de especial sujeição, Responsabilidade civil objetiva do estado.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper seeks to relate, in close proximity, the theme of the special relationship of subjection to the one of objective liability of the state. It seeks to investigate to what extent the relationship of special subjection gives the State, which has extraordinary powers, special duties to protect the fundamental rights of those who are under its subjection. To reveal the contents of the relationship between the themes of the special subject and state responsibility, three cases of special subjection will be studied: students in public schools; prisoners in the event of precautionary detention or definitive sentence and public officials. The research was developed, at first, based on national and international literature and then we proceeded to analyze the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. In analyzing the jurisprudence, it was sought to collect subsidies for the construction of a response to the inquiry about the feasibility of framing special subjection relationships into an area of special protection of

fundamental rights a posteriori. In this case, the state will have the duty to repair the damages caused to the citizens, regardless of proving the existence of administrative fault.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Relationship of especial subjection, Objective liability of the state.

1. INTRODUÇÃO

As inúmeras atividades desenvolvidas pela Administração Pública são desempenhadas sob diferentes formas de relacionamento com as pessoas físicas e jurídicas que se sujeitam à sua atuação. Há uma classificação, com origem no direito alemão¹, que divide as relações em dois tipos, conforme o grau de proximidade existente entre o particular e a Administração Pública: relações de sujeição geral e relações de sujeição especial.

Inicialmente, é preciso não se perder de vista a natureza autoritária da concepção original da doutrina das relações de especial sujeição. Na Alemanha do século XIX², a invocação de um estatuto próprio para as relações de especial sujeição está relacionada a uma finalidade que não pode ser aceita no direito público contemporâneo: a subtração desses domínios, “considerados internos da Administração, ao princípio da legalidade e à intervenção dos tribunais”.³

O suporte argumentativo para tal doutrina, que defendia a compressão dos direitos fundamentais nas situações de sujeição que decorressem de manifestação da vontade do particular, de ato judicial, da previsão legal, estava focado na “salvaguarda de interesses e bens comunitários ligados à função exercida (por vezes expressivamente considerada como missão)”⁴.

Com o passar do tempo, mostrou-se insustentável essa doutrina que praticamente anulava os direitos fundamentais nas relações de sujeição especial⁵. Afinal, não há argumentação possível para justificar que tais relações fiquem totalmente à margem da lei e da Constituição, especialmente no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais (Vieira de

¹ Pablo Fuenzalida Cifuentes, p. 16, comenta a origem da classificação: “Su origen puede encontrarse en el contexto de la antigua Germania, en la cual se distinguían dos de los grupos que tradicionalmente se señalan como RSE, los funcionarios y los soldados. Estos dos grupos de personas se veían sometidos a una relación de vasallaje, que se concretaba en una relación de servicios voluntaria en la cual el vasallo ponía su puesto de trabajo a disposición del señor feudal. Esta relación se concretizaba a través de una ceremonia solemne en la cual el vasallo realizaba una promesa de fidelidad a cambio de la protección armada que el señor le brindaría. Si el vasallo no cumplía con su función, quedaba en situación de ilegalidad.”

² A construção do conceito de sujeição especial de poder é atribuída, pelos autores, à doutrina alemã (Vieira de Andrade (2012, p. 291).

³ Vieira de Andrade (2012, p. 292).

⁴ Vieira de Andrade (2012, p. 292).

⁵ Vieira de Andrade comenta essa compressão sofrida pelos direitos fundamentais:

“O significado dos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de poder começou por ser teórica e praticamente nulo. De facto, sobretudo na Alemanha, a doutrina largamente dominante excluía as relações especiais de poder do próprio mundo jurídico e, naturalmente, também do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Os vínculos específicos e, nalguns casos, particularmente fortes que ligavam os indivíduos à Administração determinavam um sistema de relações em que o dever de obediência afastaria a possibilidade de invocação dos direitos e garantias constitucionais”.

Andrade, 2012, p. 292). A necessidade de obediência imposta ao particular, ressalta Vieira de Andrade (2012, p. 292) “não tinha de ser absoluta e nem postulava um estatuto de servidão para os sujeitos dessas relações”.⁶

De fato, desde a primeira utilização da expressão *relações de sujeição especial* até os dias atuais, mudanças significativas ocorreram no direito administrativo, razão pela qual é conveniente aprofundar a reflexão sobre a utilidade e a conveniência da manutenção dessa categoria. Deve-se refletir, sobretudo, sobre a utilidade da caracterização de um regime jurídico próprio para disciplinar a atuação da Administração Pública nas suas relações com pessoas com as quais tenha vínculo específico e pré-existente às diversas situações de restrição de direito fundamental que podem ocorrer. De qualquer modo, tal reflexão deve afastar, enfaticamente, qualquer ranço de autoritarismo que busque abrigar, em tal construção teórica, um campo de atuação estatal livre de limites ou de controle. Ao contrário, o que se busca por intermédio da utilização contemporânea dessa teoria das relações de especial sujeição é revelar os deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais de todos aqueles que se encontram nela enquadrados.

Gilmar Mendes (2014, p. 190) destaca que houve, com o passar do tempo, uma evolução no tratamento dado às situações de sujeição especial, sendo imperativo agora fazer a distinção entre “as situações em que a limitação à fruição dos direitos fundamentais é indispensável para a razão de ser da relação especial de poder, daquelas em que não o é”. Desse modo, nos casos em que não se configurar a indispensabilidade da restrição à fruição de direito fundamental, não se reconhece legitimidade à situação que resulte em uma compressão de liberdades fundamentais.

O autor prossegue (2014, p. 190), afirmando, com base na lição de Vieira de Andrade, que:

O estatuto dessas relações de poder deve ter fundamento na Constituição, admitindo-se a ordenação específica de alguns direitos, quando necessária para o atingimento dos fins constitucionais que justificam essas relações. A legitimidade da compressão dos direitos fundamentais há de ser apurada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos em cada caso. Não se pode partir do pressuposto de que, nos casos de inclusão voluntária nesses estatutos, o indivíduo tenha renunciado aos direitos fundamentais (que são

⁶ Vieira de Andrade (2012, p. 293) comenta, com cautela, a possibilidade de restrição de direito fundamental nas relações de especial sujeição:

“À partida, todos os indivíduos, seja qual for a situação em que se encontrem, gozam de todos os direitos fundamentais. Mas, deve admitir-se que a ordenação de certos setores de relações especiais entre os indivíduos e o poder possa justificar restrições, também especiais, de alguns dos direitos. Só que essa restrição passa a ter de ser feita por via legislativa, pressupõe a existência de um *valor* que justifique uma ordenação especial e apenas vale na medida do que seja *necessário* para assegurar a realização dos objetivos das instituições respectivas – a defesa nacional, a realização eficiente das tarefas públicas, a segurança e a ordem no estabelecimento prisional, o bom funcionamento da escola.” (grifo do autor)

irrenunciáveis em bloco). A limitação aos direitos se torna admissível quando se constituir em meio necessário para a obtenção dos fins, com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder. Por isso, essas limitações não de ser proporcionais, não tocando todos os aspectos da vida do sujeito.

Gilmar Mendes (2014, pp. 190-191) exemplifica com a questão da liberdade de expressão dos militares, que “pode vir a ser contida, mas na medida em que isso for necessário à disciplina”. De outro lado, argumenta que “a liberdade de expressão artística dos militares, entretanto, não é de ser necessariamente afetada”. Com relação aos presos, argumenta que os que se encontram nessa situação “não vão poder cobrar o direito de livre circulação e a plenitude dos direitos políticos, mas não se justifica que se lhes recuse o direito à incolumidade física, a liberdade de crença religiosa ou mesmo o direito de petição”.

Em ambos os modelos de relação (especial e geral) a Administração Pública se vincula à observância das normas que disciplinam os direitos fundamentais, mas a intensidade de seus poderes e dos seus deveres vai variar conforme o tipo de relação.

São múltiplas as relações que podem ser enquadradas no instituto. Galego Anabitarte (1961, pp. 25-26) apresenta uma importante contribuição ao enunciar as relações que podem ser consideradas, de forma unânime, enquadradas na categoria: a situação do militar, do servidor público, do estudante e do preso. O autor também considera adequado incluir as situações de liberdade vigiada (polícia, fisco), bem como os casos de sanatório e de estabelecimentos de beneficência de caráter obrigatório (“establecimientos de beneficencia y sanatorios de tipo obligatorio”). Como situações discutíveis e polêmicas, aponta as seguintes: utilização de um estabelecimento público (museus etc) e serviços de transporte; situação dos deputados e ministros; situação daqueles que estão sob o poder de um Presidente de Sala ou Câmara Parlamentar. As situações que devem ser excluídas, segundo o autor, são as seguintes: a relação com as corporações profissionais; a relação com a seguridade social e a prestação administrativa em forma de serviço de abastecimento (gás, luz etc).

No direito brasileiro, a relação de sujeição especial é tratada por Celso Antonio Bandeira de Mello, um dos precursores na abordagem do tema, ao ministrar suas lições sobre o poder de polícia. Destaca o autor que não se inserem no campo do poder de polícia “os atos que atingem os usuários de um serviço público, a ele *admitidos*, quando concernentes àquele especial relacionamento”. E prossegue o autor (2012, p. 840), apontando outras hipóteses que, enquadrando-se no âmbito da especial sujeição, não se inserem no contexto do poder de polícia administrativa: os servidores públicos e os concessionários de serviço público. Em relação a esses, há uma supremacia especial, que impõe um estado de especial sujeição do indivíduo, “em

razão de sua inserção em um vínculo mais estrito com a Administração, do que decorre, para esta, a necessidade de sobre ele exercitar uma supremacia mais acentuada”,

Parte da doutrina, entretanto, rejeita a tese da possibilidade de se trabalhar com essa categoria no direito brasileiro. Nesse sentido, Marçal Justen Filho defende que a rejeição se dá em razão da “adoção do princípio da legalidade no cenário de um Estado Democrático de Direito” (2015, p. 242). E prossegue na sua intransigente defesa da rejeição da tese (2015, p. 242), afirmando que a “sujeição especial vem sendo invocada no Brasil para afirmar que a natureza peculiar de certas relações jurídicas atribui à Administração Pública prerrogativas para inovar, por meio de ato administrativo, o regime jurídico em relação ao particular”. Nessa linha de raciocínio, destaca que o princípio da legalidade teria, segundo essa concepção, uma diferente interpretação, em razão dos vínculos existentes entre o particular e o Estado. Destaca, assim, que “a legalidade teria configuração própria para os particulares em situação de sujeição geral, mas seria atenuada quando se tratasse de particular em situação de sujeição especial”.

Após expor a teoria da relação de sujeição especial, Marçal Justen Filho⁷ (2015, p. 243) defende sua posição de rejeição desta categoria, sob a alegação de que a Constituição da República não autoriza o estabelecimento de um regime jurídico próprio para tais relações, razão pela qual conclui que, nas hipóteses em que a Administração Pública faz escolhas impositivas para o particular de forma legítima, está, na verdade, exercendo mera discricionariedade.

De outro lado, é possível encontrar discursos doutrinários que recebem, à luz do ordenamento jurídico pátrio, a dicotomia (sujeição geral x sujeição especial), como é o caso de Alexandre Aragão (p. 140-141), para quem há nítido contraste na comparação entre os dois modos de a Administração se relacionar com o particular, pois nas relações de sujeição especial, “há uma relação prévia entre o administrado e a Administração, para a qual o primeiro teria,

⁷ Marçal Justen Filho é incisivo na sua defesa da rejeição da tese da sujeição especial: “Rejeita-se a tese da sujeição especial pela ausência de fundamento constitucional. Não se localiza na Constituição indicativo que permita afirmar que alguns indivíduos, por se encontrarem em situação de relação peculiar e diferencial, deixariam de ser albergados pela proteção constitucional genérica do princípio da legalidade. No mínimo, deve existir um fundamento normativo prévio, ainda que se configure como um ato administrativo ao qual o particular venha a aderir.

[...]

A teoria da sujeição especial apenas pode significar a existência de competências criadas, disciplinadas e delimitadas pela lei. Não autoriza a Administração Pública a atuar sem apoio na lei. Logo, a sujeição especial se traduz, pura e simplesmente, numa questão de discricionariedade. Não se vislumbra um conteúdo próprio e autônomo para o conceito de *sujeição especial*, diverso do conceito de discricionariedade.

Portanto, em todos os casos, cabe aludir apenas à discricionariedade, o que significa negar a competência para a autoridade administrativa instituir deveres e criar direitos de modo inovador e original, dispensando a existência prévia de uma lei ou da própria Constituição.” (grifo do autor)

via de regra, assentido, através, por exemplo, da assinatura de um contrato de concessão ou do requerimento de uma autorização”. Por via de consequência, reconhece Alexandre Aragão que o princípio da legalidade não incide, nas relações dessa natureza, com a mesma rigidez com que é aplicado nas relações de sujeição geral.

A adoção de uma tese em favor do reconhecimento da existência de relações de sujeição especial vai repercutir em duas grandes questões: o sentido do princípio da legalidade e os deveres de proteção impostos à Administração Pública.

À luz dos debates que são travados na doutrina, é possível constatar que não há argumentos para se rejeitar totalmente a ideia de que existem, de fato, situações de sujeição especial nas quais a atuação do Estado segue uma lógica e um regime jurídico próprio. A questão que é realmente relevante e controvertida, suscitando o debate, consiste na definição dos limites desses poderes especiais do Estado nas relações de sujeição especial.

Entretanto, a repercussão da teoria das relações de especial sujeição na compreensão do princípio da legalidade não constitui o foco deste trabalho. Somente para contextualizar o tema central é que se impõem algumas reflexões sobre o impacto da teoria na reconfiguração deste princípio. Ressalte-se, entretanto, que abordagem sobre essa questão não tem o compromisso, nesta oportunidade, de dar respostas para essa problematização específica da questão da legalidade, porque isso foge ao escopo do presente trabalho acadêmico. A abordagem dessa especificidade é feita apenas para contextualizar melhor aquele que é o foco deste texto: os deveres especiais de proteção do Estado nas relações de sujeição especial.

2. Relações de sujeição especial e o princípio da legalidade

A configuração de uma situação jurídica que se caracteriza como uma relação de sujeição especial faculta à Administração Pública poderes especiais (mais amplos do que aqueles existentes nas relações de supremacia geral) e, em compensação, configura deveres especiais de proteção. Disso decorrem algumas consequências importantes.

A existência de poderes ou faculdades especiais, que extrapolam os limites impostos nas relações de sujeição geral, decorre da necessidade de se atribuir à Administração Pública condições para o desempenho de suas atividades nas situações peculiares em que ela detém poderes de disciplina ou de hierarquia. Em tais situações peculiares, poderia inviabilizar o bom desempenho da atividade administrativa a exigência de que qualquer ordem emanada da Administração Pública tivesse por suporte uma previsão normativa típica, previamente descrita pelo legislador. O sentido do princípio da legalidade, nesse contexto, ganha contornos especiais.

Como se sabe, o dever de a Administração Pública observar o princípio da legalidade decorre não apenas - implicitamente - da adoção do Estado Democrático de Direito, mas também de expresso preceito constitucional (art. 37, caput, da CRFB). A questão está em determinar o que significa legalidade em um contexto em que diversos órgãos públicos brasileiros editam normas de caráter genérico e de observância obrigatória pelos que nela se enquadram (como é o caso das agências reguladoras, dos conselhos universitários etc).

É oportuna a lembrança da clássica lição de José Afonso da Silva sobre a diferença entre o princípio da legalidade e o da reserva de lei:

O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de *reserva relativa*, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.⁸ (grifo do autor)

Em alguns casos, a legalidade coincide com a reserva de Constituição (hipóteses em que o próprio texto constitucional remete ao corpo de seu próprio texto a definição das regras e das exceções na disciplina de determinada matéria. Em outros casos, mais comuns, a legalidade se expressa pela reserva de lei.⁹

⁸ Sobre a diferença entre reserva absoluta e relativa, assim leciona José Afonso da Silva (2010, p. 423):

“É *absoluta a reserva constitucional de lei* quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: ‘a lei regulará’, ‘a lei disporá’, ‘a lei complementar organizará’, ‘a lei criará’, ‘a lei poderá definir’.

É *relativa a reserva constitucional de lei* quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da lei, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente. Assim é quando a Constituição emprega fórmulas como as seguintes: ‘nos termos da lei’, ‘no prazo da lei’, ‘na forma da lei’, ‘com base na lei’, ‘nos limites da lei’, ‘segundo critérios da lei’

São, em verdade, hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisitos ou condições reservados à lei. Por exemplo, é facultado ao Poder Executivo, *por decreto*, alterar alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito etc, *atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei* (art. 153, §1º).” (grifo do autor)

⁹ Sobre o tema, oportuna é a lição de Jorge Miranda (1998, pp. 293-294):

“Numa dimensão menos exigente, legalidade equivale a não desconformidade da atividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista). Mas aí onde a Constituição imponha reserva de lei, legalidade não implica somente *prevalência* ou *preferência* de lei, nem sequer *prioridade da lei*; traduz-se em sujeição do conteúdo dos actos administrativos e jurisdicionais aos critérios, aos valores, ao sentido imposto pela lei como acto legislativo; envolve, senão, *monopólio normativo* (reserva absoluta), pelo menos *fixação primária de sentido normativo* (reserva relativa) pela lei.

Não tem apenas de não ocorrer contradição com a lei. Tem de haver lei. E é à lei – formal e material – que cabe, por exemplo, regular uma liberdade (ou seja, traçar o seu espaço próprio, distinto do de outros direitos e liberdade, e acertar as condições do seu exercício), ou considerar ilícito um comportamento das pessoas, ou cominar uma pena, ou criar um imposto, ou determinar uma forma de intervenção económica do Estado, ou estabelecer uma incompatibilidade dos titulares de cargos políticos. E perante a lei quaisquer intervenções – tenham conteúdo normativo ou não normativo – de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autónomos de decisão.” (grifo do autor)

A necessidade de lei para dar suporte à restrição de direitos fundamentais nas relações de sujeição especial é reconhecida por Gilmar Mendes (2014, p.191), com base nas lições de Viera de Andrade. O autor admite, entretanto, a possibilidade de regulamentos internos suprirem lacunas legislativas, devendo ser observados os fins da instituição como fator que irá atribuir legitimidade a essa normatividade infralegal:

As restrições dos direitos fundamentais não de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há de se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial. Alguns regulamentos internos buscam suprir essas lacunas – a legitimidade deles depende do que resultar de um juízo de ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos.

Dado que a restrição ao direito fundamental deve guardar relação com os fins da instituição, não é correto aplicar o estatuto especial a quem não se insere exatamente na relação especial.

Gilmar Mendes (2014, p. 191) conclui, afirmando que, “nessa matéria, em que pese a condição peculiar em que se encontra o indivíduo, abrem-se a doutrina e a jurisprudência às conquistas alcançadas no campo dos direitos fundamentais”.

Verifica-se, assim, que ainda aqueles que, como Gilmar Mendes, entendem ser necessária a prévia edição de lei para regulamentar as relações de sujeição especial, reconhecem que, com a ampliação dos poderes que é necessariamente conferida ao Estado nesse tipo de relação, o princípio da legalidade ganha contornos mais tênues, admitindo-se que a Administração Pública edite normas infralegais para disciplinar aspectos da relação jurídica, naquilo em que ficar demonstrada a adequação e a necessidade da medida para alcançar o fim público pretendido.

3. Relações de sujeição especial e deveres de proteção do Estado

A existência de uma relação de especial sujeição confere não apenas poderes ao Estado, mas também cria para o ente público deveres de especial proteção dos direitos fundamentais dos que estão sob sua sujeição, em patamar mais rígido do que aquele que serve para balizar as relações de sujeição geral. Um exemplo paradigmático desses deveres de proteção consiste no dever de velar pela integridade física e moral dos presos, conforme expressamente previsto na Constituição de 1988 (art. 5º, XLIX).

Esses deveres de proteção vão resultar, se violados, no dever de o Estado indenizar o lesado.

Para que posam ser compreendidas adequadamente as implicações, no campo da responsabilidade civil do Estado, das relações de sujeição especial, é importante se

compreender o papel do Estado nas situações em que o dano é causado por terceiros ou por fato da natureza, à luz dos deveres de proteção dos direitos fundamentais que incumbem ao Estado nessas relações jurídicas de natureza especial.

O dever de proteção dos direitos fundamentais imposto ao Estado existe de forma ampla em relação a todos que se encontrem em seu território. Trata-se de uma decorrência da adoção do Estado de Direito e “do correspondente monopólio estadual da autoridade e do uso da força legítima, visto que os particulares, salvo situações excepcionais” (Vieira de Andrade, 2012, p. 239), visto que os particulares, em geral, dependem da intervenção estatal para defendê-los de agressões perpetradas por terceiros ou por fenômenos naturais de maiores proporções.

A posição do Estado em relação aos direitos fundamentais merecedores de tutela é, portanto, o de garantidor desses direitos. A grande questão está em dimensionar esse dever de proteção em cada caso concreto. A melhor solução até o momento construída pela doutrina está na aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação de proteção insuficiente: o Estado tem o dever de proteger de forma adequada, suficiente; não se trata de proteger de forma mínima, nem há de se impor ao Estado uma proteção máxima¹⁰.

Se houvesse o reconhecimento de um dever de proteção em grau máximo, o Estado seria responsabilizado por qualquer dano causado por um particular a outrem, o que não está em harmonia com o ordenamento jurídico, por reconhecer um ônus excessivo para o Estado sem suporte normativo.¹¹

¹⁰ Vieira de Andrade (2012, p. 240) assim comenta o princípio da proporcionalidade nessa vertente de proibição de proteção insuficiente:

“O dever de proteção aparece, como vimos, associado a um imperativo de proteção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do déficit (Untermassverbot)*, que, ao contrário do princípio simétrico, é entendido pela maioria da doutrina como um *princípio orientador* – não tem de ser visto como uma proteção mínima, mas também não impõe uma proteção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o *princípio da proporcionalidade* quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, como relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há de respeitar a *liberdade constitutiva do legislador*, que pode e deve graduar a proteção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.” (grifo do autor)

¹¹ Vieira de Andrade (2012, pp. 240-241) comenta, de forma crítica, a existência de uma doutrina mais radical na imposição de deveres de proteção ao Estado:

“Há, no entanto, alguns autores que vão mais longe, ultrapassam a ideia do mero dever de proteção e retiram do monopólio estadual da autoridade a ideia da *responsabilidade pública* por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre *imputável* ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou *pela ausência de uma lei*, quando não resultou da falta de prevenção ou de repressão do incumprimento da lei em vigor. Não nos parece, porém, que esta concepção seja defensável no âmbito de uma ordem jurídica baseada no princípio da liberdade, em que os indivíduos não atuam por delegação estadual e são responsáveis pelos seus atos, de modo que a ausência de intervenção pública, designadamente normativa, não torna lícita nem autoriza necessariamente a atuação privada. A ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela

A diferença de tratamento a ser dada às relações de sujeição geral e de sujeição especial, à luz do princípio da proporcionalidade como vedação de proteção insuficiente, ficam mais evidentes quando se trata de responsabilidade do Estado por omissão.

A falta de atenção da doutrina brasileira em relação às diferenças de regime jurídico aplicável nas relações de sujeição especial, em contraste com as relações de sujeição geral, acaba gerando uma deficiência na explicação e no enquadramento da responsabilidade civil do Estado por omissão. Por estarem alheios, em regra, a essa importante dicotomia, os doutrinadores tentam encontrar critérios para explicar e enquadrar a omissão do Estado diante das diversas hipóteses de danos que geram pretensões de indenização. Entretanto, tais critérios acabam mostrando-se aspectos artificiais ou falhos, conforme será explicitado adiante.

Até hoje é perceptível na doutrina brasileira a forte controvérsia entre os autores quanto ao modelo que deve ser adotado para a responsabilidade civil do Estado em casos de omissão.

Há os que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de omissão, como é o caso de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2015, p. 798), argumentando que, no caso de omissão do Poder Público, “os danos em regra não são causados por agentes públicos, mas sim “por fatos da natureza ou fatos de terceiros”, que poderiam ter sido evitados ou minorados naquelas situações em que o Estado, “tendo o *dever* de agir, se omitiu”. A autora conclui que, para que se possa falar em responsabilidade estatal por omissão, “tem que haver o *dever de agir* por parte do Estado e a *possibilidade de agir* para evitar o dano” (2015, p. 798). E afirma que “a culpa está embutida na ideia de omissão”.

Di Pietro, entretanto, ameniza essa posição com a aceitação de que existe uma presunção de culpa do Poder Público, o que dispensa o lesado de fazer prova de que houve culpa ou dolo, cabendo ao Estado “demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade” (2015, p. 799).

ofensa de direitos fundamentais de outrem vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é diretamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de proteção do legislador, seja de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial”. (grifo do autor)

Diogenes Gasparini¹² (2006, p. 972) e José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 589) também se posicionam nesse sentido, defendendo a responsabilidade subjetiva em casos de omissão.

Uma segunda corrente defende a unificação da responsabilidade civil do Estado no modelo objetivista, aplicável tanto aos casos de atos comissivos quanto de atos omissivos: Gustavo Tepedino (2004, pp. 210-211), Flávio Araújo Willeman (2005, pp. 26-27), Juarez Freitas (2005, p. 28) adotam tal posicionamento.

A terceira corrente defende um tratamento dicotômico para fazer a distinção entre situações em que, na omissão, incidirá a responsabilidade subjetiva ou a responsabilidade objetiva. Com significativas variações na terminologia e no fundamento do dever de indenizar, podem ser citados Celso Antonio Bandeira de Mello e Sérgio Cavalieri Filho.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2012, p. 1034)¹³, o sistema de responsabilidade civil que deve ser aplicado, em regra, para os casos de omissão estatal é o da responsabilidade subjetiva. Entretanto, adverte o autor, há casos em que deve ser aplicada a responsabilidade objetiva: aqueles em que o Estado não provocou diretamente o dano, mas criou uma situação anterior diretamente propiciatória à ocorrência do dano.

Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho (2014, p 316), apoiado na doutrina de Guilherme Couto de Castro, tornou conhecida uma outra classificação dicotômica: a distinção entre missão

¹² Gasparini, após comentar a evolução das teorias da responsabilidade civil do Estado, filia-se à corrente que defende a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão:

“Por fim, diga-se que, se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, a *teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado* ou *teoria do risco administrativo*. Ao contrário, em todos os estados acontecem ou estão presentes as teorias da *culpa administrativa* e do *risco administrativo*, desprezadas as da *irresponsabilidade* e do *risco integral*. Aquela (culpa administrativa) se aplica, por exemplo, para responsabilizar o Estado por danos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, em que o Estado indeniza se tiver se omitido em comportamentos impostos por leis; quando há o dever legal de agir e o Estado se omite. Esta, a do risco administrativo, nos demais casos, onde há uma ação do Estado.” (grifo do autor)

¹³ Assinala Celso Antônio Bandeira de Mello que: “Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência do dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da *responsabilidade objetiva*”. (grifo do autor)

específica¹⁴ e omissão genérica¹⁵. No caso de omissão genérica, defende que a responsabilidade do Estado é subjetiva, sendo necessário ao lesado demonstrar a existência de culpa anônima (o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente). Entretanto, se houver um dever individualizado de agir, fica configurada a omissão específica, diante da qual deve ser aplicada, segundo o autor, a responsabilidade objetiva.

Interessante é o posicionamento de Marçal Justen Filho (2015, p. 1395), que defende – de forma isolada na doutrina nacional – a tese de que a responsabilidade civil do Estado deve ser unificada e se sujeitar ao sistema da responsabilidade subjetiva, com a culpa presumida (objetivização da culpa). Tal defesa se baseia na assertiva – acertada em sua premissa, mas errônea em sua consequência, como se verá adiante – de que a antijuridicidade é indispensável para a responsabilização do Estado. Portanto, defende Marçal Justen Filho que a responsabilidade civil do Estado deve ser sempre subjetiva, com culpa presumida, independentemente de se tratar de ação ou omissão.

A crítica que deve ser feita a tal posicionamento consiste em evidenciar que se, de um lado, tem o autor razão quando afirma a indispensabilidade da antijuridicidade para a configuração da responsabilidade do Estado, de outro lado, há o equívoco em tal teoria de situar a antijuridicidade necessariamente na conduta do agente público. Da análise detida de vários casos de configuração de responsabilidade civil do Estado é possível constatar que a antijuridicidade estará sempre presente, mas não necessariamente situada na conduta do agente: é possível vislumbrar a antijuridicidade no elemento objetivo¹⁶, no dano, na situação antijurídica que se configura com a ocorrência do dano, exigindo que o Direito encontre uma solução para sanar essa antijuridicidade. E a solução será a reparação, mediante o pagamento de uma indenização.

¹⁴ Assim é explicitada a noção de omissão específica por Cavalieri (2014, 298): “Haverá **omissão específica** quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a **omissão específica** pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado”.

¹⁵ A omissão genérica é assim descrita por Cavalieri (2014, 298): “Em contrapartida, a **omissão genérica** tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado. Em síntese, na omissão específica o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público; na omissão genérica, o comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano juntamente com a força maior (fatos da natureza), fato de terceiro ou da própria vítima.” (grifo do autor)

¹⁶ Jesús González Pérez (2006, pp. 434-435)

4. Responsabilidade civil do Estado por omissão por danos a pessoas ou coisas sob sua sujeição especial

O reconhecimento de que a relação de especial sujeição cria para o Estado deveres mais rígidos de proteção dos direitos fundamentais é um padrão que nem sempre foi adotado pela doutrina brasileira e pelo STF em sua jurisprudência. Nas últimas décadas, entretanto, consolidou-se a tendência de conferir uma proteção especial ao cidadão que sofre dano por omissão do Estado nas relações de sujeição especial. É de se notar que, apesar de não ser adotada essa terminologia (relação de sujeição especial) na fundamentação das decisões, é exatamente disso que se trata nas três hipóteses que serão tratadas nos itens a seguir: alunos e pacientes, respectivamente nas escolas e hospitais públicos; presos em estabelecimentos prisionais e servidores públicos.

É preciso entretanto, destacar, na linha do que Clarissa Sampaio Silva (2009, p. 106)) alerta, que não se deve cogitar de um estatuto jurídico comum para situações tão diversas quanto são aquelas que envolvem alunos em uma escola pública em comparação com presos em estabelecimento prisional ou com o regime a que se sujeitam os servidores públicos. Um exemplo feliz citado pela autora é o das restrições que, legitimamente impostas aos militares, não podem ser extensíveis aos servidores civis, como a restrição ao direito de greve e de sindicalização. Daí a necessidade de se ter uma atenção especial às peculiaridades de cada hipótese de sujeição especial.

4.1. A relação de sujeição nas escolas e hospitais públicos

Deve ser lembrado, por oportuno, o fato de que a norma constitucional que prevê a denominada responsabilidade civil objetiva do Estado no direito brasileiro encontrou guarida, pela primeira vez, na Constituição da República de 1946 e, desde então, vem sendo mantida no texto de todas as constituições subsequentes, inclusive na atual. A Constituição de 1988 ampliou a redação anteriormente em vigor para incluir no preceito os danos causados pelas pessoas jurídicas “de direito privado prestadoras de serviços públicos”, em harmonia com o que já era a tendência da doutrina e da jurisprudência.

Não obstante ter sido adotada a responsabilidade objetiva desde o texto de 1946 (há quase sete décadas, portanto), somente na última década ocorreu o reconhecimento e a aplicação do modelo de responsabilidade objetiva em um caso de omissão do Estado. O

acórdão que registra o *leading case*¹⁷ é o RE 109615-2/RJ, tendo sido relator o Ministro Celso de Mello. A hipótese versava sobre dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública municipal de ensino. A relevância do precedente recomenda a leitura da ementa do acórdão que se tornou paradigmático:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público

- Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)

- O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50).
RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO

- O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno

- A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.

O precedente acima mencionado é um marco na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade civil do Estado por omissão, por ter sido o primeiro julgado de uma série histórica que, rompendo com o antigo paradigma da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão, adotou tratamento unificado em relação aos

¹⁷ Conforme indicação de Helena Elias Pinto (2012, p. 168).

casos de responsabilidade por ação, aplicando aos casos de omissão o preceito constitucional que, no art. 37, §6º, da CRFB, estabelece um modelo de responsabilidade civil objetiva para o Estado e para as entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos.

É evidente que o que está em questão, embora não mencionado no acórdão com essa denominação, é a existência de uma relação de especial sujeição dos alunos de uma escola pública em relação ao Estado e disso se extrai o fundamento para se reconhecer um dever especial de garantir a integridade física e moral dos alunos segundo um sistema de responsabilidade objetiva estatal. Pouco importa se os agentes públicos presentes na escola (professores e auxiliares) agiram ou não de forma diligente e prudente para tentar evitar o dano. Importa verificar, objetivamente, se ocorreu a lesão ao direito fundamental tutelado, independentemente da prova da culpa administrativa.

Semelhante raciocínio será aplicado aos presos que se encontram em estabelecimentos prisionais, conforme explicitado a seguir.

4.2. A relação de sujeição nas prisões

A colocação de uma pessoa em prisão de natureza cautelar ou para cumprimento de pena cria uma relação de sujeição especial na prisão, ensejando a oportunidade para que o Estado exerça poderes e deveres especiais (porque ausentes nas relações de sujeição geral). Dentre os deveres impostos ao Estado, destaca-se, por imperativo constitucional, o de zelar pela integridade física e moral dos presos (art. 5º, inciso XLIX, da CRFB), que deve ser interpretada em conjunto com o preceito que estabelece a responsabilidade civil do Estado em caso de violação dos direitos do cidadão (art. 37, §6º, da CRFB).

A norma expressa que assegura aos presos a garantia de sua integridade física e moral remonta, na história constitucional brasileira, à Constituição de 1967 (art. 150), tendo ocorrido na década de 70 o primeiro julgamento, pelo STF, de uma pretensão de indenização com fundamento no respectivo preceito constitucional, conforme anota Helena Elias Pinto (2008, p. 182).

Entretanto, é possível identificar, na jurisprudência posterior a esse marco da Constituição de 1967, ao menos três casos na evolução da jurisprudência do STF em que não houve o reconhecimento do dever de indenizar.

No julgamento do RE 100762-1/PR (Rel. Min. Moreira Alves), não foi conhecido o recurso. De acordo com o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná,

o dano foi causado por outro detento, o qual não tem vínculo empregatício com o Estado. Observa-se que sequer houve o adequado enquadramento da questão jurídica no âmbito da responsabilidade civil por omissão, podendo ser identificado um equívoco histórico nesse registro jurisprudencial.

No RE 115766-6/SP, estava em julgamento pedido de indenização formulado pelos pais de preso assassinado na prisão. A ementa do acórdão, da lavra do Ministro Aldir Passarinho, registra que:

Tendo-se que a vítima se encontrava presa por vários delitos, com penas que somavam a mais de 60 anos de reclusão, possuindo impressionante folha de antecedentes criminais, sem nenhuma referência a que pudesse ajudar os seus, sendo de presumir-se até que estes é que poderiam fornecer-lhe alguma ajuda, e nada indicando, por tudo isso, que sequer pudesse a vítima vir a prestar-lhe algum dia qualquer ajuda, não há como condenar-se o Estado a proporcionar reparação financeira a seus pais. No caso, o que existe é a responsabilidade penal dos autores do crime e, talvez, a penal ou administrativa dos guardas da prisão, mas não a responsabilidade indenizatória do Estado.

Observa-se que, apesar de ter sido o caso julgado no ano de 1991 – e, portanto, já o impacto da moldura garantista de direitos fundamentais adotada Constituição de 1988 -, a abordagem da pretensão dos pais de obter indenização pelo assassinato do filho que estava preso foi estritamente patrimonial, desconsiderando-se a tutela da dignidade da pessoa humana e da integridade física do preso como um valor por si só passível de gerar indenização em caso de violação.

No RE 121130-0/SP, o STF decidiu sobre pedido de indenização formulado por família de detento que pratica suicídio depois de ser preso por embriaguez. A decisão foi no sentido da improcedência do pedido de indenização, por culpa exclusiva da vítima. Considerou-se que o evento decorreu de ato da vítima, que se encontrava em cela segura e sozinha. É questionável essa conclusão, se considerarmos que é dever do Estado zelar para que o preso não tenha acesso a qualquer instrumento que possa servir para a prática de atos violentos, seja contra terceiro ou contra si próprio. A pessoa que se encontra alijada do convívio social e com privação absoluta de sua liberdade não se encontra em condições normais do ponto de vista do seu equilíbrio psicológico. Sendo assim, é dever do Estado – que promoveu esse alijamento da pessoa do convívio social - diligenciar para que, nessas condições adversas, o preso não possa atentar contra sua própria vida como forma de se livrar do impacto psicológico negativo de estar vivendo no isolamento carcerário.

De todo modo, superados esses três casos em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou posicionamentos incompatíveis com o regime jurídico aplicável às relações de sujeição especial mais intensa que pode existir (decorrente da manutenção de alguém em cárcere), a própria Corte Suprema encontrou o caminho da sedimentação de uma posição que confere efetividade ao preceito constitucional que garante ao preso a proteção de sua integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX). São, assim, inúmeros os casos em que houve o reconhecimento, no STF, do dever de o Estado indenizar a família do preso assassinado por outro detento.¹⁸

4.3. A relação de sujeição no caso de agentes públicos

O cabimento do pedido de indenização feito pelo próprio agente público quando sofre um dano é, ainda, uma questão controvertida. Parte da doutrina brasileira aponta o cabimento da incidência da norma constitucional que disciplina a responsabilidade estatal (art. 37, § 6º da CRFB) apenas quando não existir um vínculo contratual pré-existente entre o lesado e o Estado¹⁹, sem se atentar para o fato de que o que deve definir o modelo de responsabilidade civil a ser aplicado é o tipo de lesão que foi causada, e não a existência ou não de uma relação contratual ou estatutária prévia.

A propósito do tema, verifica-se que, no dispositivo constitucional que trata da responsabilidade do Estado, o vocábulo *terceiro* tem um sentido amplo, abrangendo todas as pessoas de um modo geral e serve para diferenciar a responsabilidade extracontratual da responsabilidade contratual (onde não há espaço para a responsabilidade de terceiro, por envolver apenas a situação que decorre do descumprimento, pelo devedor, de cláusulas negociadas entre as partes).

No mais, o enquadramento da responsabilidade como contratual ou extracontratual não deve estar vinculado à verificação da pré-existência de vínculo contratual, pois deve ser definido a partir da identificação da natureza do direito violado. Se for direito absoluto (*erga omnes*), incide a responsabilidade extracontratual; se for direito relativo (obrigacional), o

¹⁸ Podem ser citados como exemplos os seguintes julgados: RE 81602/MG, RE 84072/BA, RE 102160-8/MG, RE 170014-9/SP, RE 179147-1/SP.

¹⁹ Por todos, consulte-se a lição de Sérgio Cavalieri (2005, p. 260), para quem o sentido do vocábulo *terceiros* não abrange os que têm relação contratual com a Administração Pública: “‘Terceiro’ indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição *só se aplica à responsabilidade extracontratual do Estado*. Não incide nos casos de responsabilidade contratual, porque aquele que contrata com o Estado não é *terceiro*; já mantém vínculo jurídico com a Administração, pelo quê, ocorrendo o inadimplemento estatal, a responsabilidade deverá ser apurada com base nas regras que regem o contrato administrativo”. (grifo do autor)

campo é da aplicação da responsabilidade contratual. Não se deve perder de vista, entretanto, que é possível que alguém, com vínculo contratual ou estatutário pré-existente em relação ao Estado, sofra lesão a direito subjetivo absoluto. Nesse caso, poderá invocar, com pertinência, a aplicação do preceito constitucional que disciplina a responsabilidade extracontratual do Estado.

Nesse sentido, ao menos em duas ocasiões, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolheu a tese de que agente público pode ser considerado terceiro para efeito de obter indenização por danos causados pelo Estado. No julgamento do RE 176564-0, o relator, Min. Marco Aurélio, abordou este aspecto específico, acolhendo a tese da responsabilidade estatal no caso de um policial militar que, durante o patrulhamento da cidade, atingiu, com um disparo, um colega de corporação militar, que veio a falecer²⁰.

Novamente no julgamento do AgR nº 473381-4/AP²¹, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, o Supremo Tribunal Federal adotou um sentido amplo para *terceiros*, de modo a abranger o agente público que sofre dano, na linha do precedente acima citado (RE 176564/SP).

Verifica-se, a partir dos casos relatados, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido mais firme do que a doutrina brasileira no reconhecimento de que o agente público também é titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado, os quais, em caso de violação, geram o dever indenizatório. De fato, não há argumento sério que possa ser invocado para subtrair os agentes públicos da incidência da norma que estabelece, no plano constitucional, o dever de o Estado indenizar, independentemente de prova de dolo ou de culpa, a todos aqueles a quem ele causar dano.

Verifica-se, por fim, a partir das reflexões feitas nos três casos acima debatidos, que as relações de sujeição especial estabelecem para o Estado, a par de seus poderes

²⁰ Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio afirma: “Pouco importa que o tiro não tenha partido do policial militar que era o companheiro do falecido no serviço de patrulhamento na cidade de Adamantina. O que cumpre perquirir é se, mediante ato de serviço, omissivo ou comissivo, a Administração Pública, por meio de seu agente, acabou por provocar o dano. E a resposta é positiva.”

²¹ O acórdão foi lavrado com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AGENTE E VÍTIMA: SERVIDORES PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: CF, art. 37, § 6º.

I – O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que descabe ao intérprete fazer distinções quanto ao vocábulo “terceiro” contido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, devendo o Estado responder pelos danos causados por seus agentes qualquer que seja a vítima, servidor público ou não. Precedente.

II – Agravo não provido.”

especiais, também deveres mais rígidos do que aqueles existentes nas relações de sujeição geral.

Por fim, surge uma reflexão que, passível de ser submetida ao crivo de uma nova pesquisa, aponta para a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva não apenas quando exista um vínculo estável pré-existente (configurador de uma relação de sujeição especial), mas também quando exista uma relação jurídica de sujeição ocasional²², temporária, a qual será merecedora do mesmo tratamento jurídico, fazendo incidir a responsabilidade objetiva nos casos de omissão do Estado.

Conclusão

É possível constatar, a partir da análise da doutrina e da jurisprudência expostas ao debate, que a categoria, que remonta ao direito europeu continental do século XIX, das relações especiais de sujeição é útil para explicar e enquadrar corretamente as diversas situações envolvendo a responsabilidade civil do Estado por omissão.

A doutrina que descuida do uso dessa classificação acaba tendo que fazer uso de outras categorias com menor potencial para elucidar a diversidade de casos concretos que podem ensejar a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

A doutrina brasileira ora fala em omissão genérica *versus* omissão específica (Sergio Cavalieri Filho), ora em situação anterior diretamente propiciatória à ocorrência do dano (Celso Antonio Bandeira de Mello). Na essência, o que importa para se aferir se existe o dever de o Estado indenizar no caso de omissão é verificar se o ente público se encontra em uma situação de garantidor do direito fundamental lesionado. Constata-se que, nos casos de relação de especial sujeição, a par dos poderes especiais que são atribuídos ao Estado, configuram-se também deveres mais rígidos para o ente público, razão pela qual se delinea, nesses casos, seu papel de garantidor da integridade física e moral das pessoas que se encontram sob sua sujeição, estendendo-se esse dever de proteção também ao patrimônio do particular quando os bens se encontrem também sob especial sujeição estatal.

²² Um exemplo de sujeição especial temporária ou ocasional é a situação de alguém que estaciona um veículo no pátio de uma delegacia para fazer o registro de uma ocorrência de furto de outro veículo que se encontrava estacionado na rua. O veículo estacionado no pátio da delegacia, se vier a ser também furtado, encontra-se em uma situação de especial proteção, configurando-se o Estado como agente garantidor do patrimônio do particular que estacionou naquele local o seu veículo. Isso vai acarretar o dever de o Estado indenizar o proprietário do veículo por sua omissão na proteção de seu patrimônio. Diferente é a situação do veículo estacionado na via pública: neste caso, o Estado também tem a posição de garantidor, mas de forma muito mais tênue, não acarretando o dever de indenizar pelo furto praticado por terceiro. Caso contrário, não seria necessária a atividade, exercida por particulares, de seguro contra roubos e furtos, pois o Estado exerceria o papel de um segurador universal, o que não é admissível à luz do ordenamento jurídico pátrio.

É cabível concluir que, quanto maior o grau de sujeição (e, portanto, mais grave e mais amplo será o poder do Estado sobre o indivíduo), maior será o dever estatal de conferir tutela aos direitos inerentes à personalidade humana e maior será o grau de responsabilidade estatal caso seja configurado o dano a um direito digno de proteção. A aplicação do princípio da proporcionalidade em sua vertente de vedação de proteção insuficiente é o caminho que melhor dá condições ao profissional do direito nesses casos. Por intermédio de sua criteriosa aplicação, será possível verificar em que medida a omissão estatal é causa do dano ao direito fundamental digno de tutela *a posteriori*, mediante o pagamento de uma indenização reparatória ou compensatória da lesão sofrida pelo cidadão.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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.

GALEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, pp. 11-51, ene./abr. 1961.

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**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, tomo IV, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 2 v.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.