



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito – FD

LUÍSA BORGES PEREIRA DE MELLO LEAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO:
SÃO INDENIZÁVEIS OS DANOS DECORRENTES DE CONDUTA ESTATAL LÍCITA?**

Brasília – DF

2017

LUÍSA BORGES PEREIRA DE MELLO LEAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO:
SÃO INDENIZÁVEIS OS DANOS DECORRENTES DE CONDOTA ESTATAL LÍCITA?**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de bacharela em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Tarcísio Vieira de
Carvalho Neto

Brasília – DF

2017

LUÍSA BORGES PEREIRA DE MELLO LEAL

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO:
SÃO INDENIZÁVEIS OS DANOS DECORRENTES DE CONDUTA ESTATAL LÍCITA?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Doutor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Membro)

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Membro)

Prof. Dr. Bruno Rangel Avelino da Silva
(Suplente)

Apresentação em: 29 de junho de 2017.

AGRADECIMENTOS

A todas e a todos que estiveram ao meu lado nesses últimos cinco anos de graduação, incentivando e contribuindo para que a caminhada fosse possível, prazerosa e enriquecedora. O desfecho dessa etapa em minha vida traz à memória os meus sinceros agradecimentos às seguintes pessoas:

Ao meu orientador, professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, todas as palavras de agradecimento pela dedicação, pela atenção, pelo carinho e pelo empenho que me foram despendidos ao longo deste trabalho. As lições que foram comigo compartilhadas ficam guardadas com todo o zelo, e vão continuar produzindo os seus efeitos, tornando-me uma profissional mais qualificada e melhor preparada para os desafios que estão por vir;

Ao professor Jorge Galvão, com quem tive a honra de aprender como sua aluna em sala de aula, e como estagiária em seu escritório de advocacia. Os agradecimentos são incontáveis, e coloco em destaque o meu “muito obrigada” pelo conhecimento compartilhado nos últimos anos e por ter aceitado o convite para participar de minha banca de defesa;

Ao professor Márcio Iorio, distinto e inspirador profissional. A experiência que me proporcionou em sala de aula foi essencial para a consolidação de lições jurídicas firmes. Foi precisa a escolha de convidá-lo para compor a presente banca avaliadora, e sou grata pelas contribuições e sugestões no sentido de dar continuidade a esta pesquisa;

Ao professor Bruno Rangel, pelas aulas que tornaram agradável e instigante o estudo a respeito da responsabilidade civil. Agradeço pela cordialidade e pela disponibilidade com as quais sempre me recebeu;

Aos meus pais – os de sangue e os de coração – e à minha família, fontes de orgulho e admiração, que nunca deixaram que eu duvidasse de meu potencial e estiveram ao meu lado incentivando e proporcionando a concretização de meus sonhos. Vocês são e serão sempre a base e a inspiração de todas as minhas conquistas;

À Gabriella Sena e ao Matheus Gonçalves: muito obrigada por oferecerem os seus ouvidos e corações nesses últimos meses. O apoio e a paciência que me concederam foram fundamentais. Vocês trouxeram a calma e a força necessárias para que fosse possível a concretização deste trabalho;

Às amigas e aos amigos que me proporcionou a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, que desde o nosso primeiro semestre estiveram ao meu lado: Ana Paula Di Flora, Antonio Léda, Bernardo Carrara, Francine Vilhena, Lara Scapetti, Luiza Miranda e Thaís Tarquínio.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a incidência da responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato lícito, entendida enquanto mecanismo necessário à concretização de um Estado Democrático de Direito, por meio do qual se imputa, ao ente público, a obrigação de reparar, em pecúnia, danos sofridos em decorrência do desempenho de suas funções. Essa temática é de relevância ímpar, e será analisada em um contexto de atuação do Estado na promoção de serviços, o que amplia a possibilidade de danos decorrentes de sua atuação. Busca-se estudar os atuais pressupostos e fundamentos utilizados para embasar a responsabilização do Estado, apresentando-se o tema a partir de seu desenvolvimento histórico, que caminha no sentido de ampliar a proteção àqueles que são lesados pela conduta estatal. Dessa forma, para que se consolide a figura de um Estado responsável, presume-se que responda pelos danos causados ainda que se tenha atuado licitamente, reconhecendo-se a existência de pressupostos e fundamentos que justifiquem tal obrigação reparatória, bem como de limites à imposição de responsabilização, a depender da natureza do dano e da natureza da função estatal: se administrativa, judicial ou legislativa.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Responsabilidade objetiva. Ato lícito. Dano indenizável.

ABSTRACT

The following dissertation aims to analyze the incidence of the non-contractual civil liability of the State for lawful acts. The State's liability is understood as a necessary mechanism to achieve a Democratic Rule of Law, which is used to compel public entities to repair injuries suffered as a result of the performance of their duties. This theme has a singular relevance, and it was considered in a context of interference of the State in several services, which increases the possibility of damages resulting from those acts. It seeks to study the current premises and foundations used to support the responsibility of the State, by presenting the theme from its historical development that moves towards extending protection to those who are injured by state conducts. Thus, in order to consolidate the role of a responsible State, it is presumed that it will respond for damages even if they have been caused by a lawful act, and as long as it is possible to recognize the existence of the premises and the foundations that justify the reparatory obligation. Furthermore, it is necessary to observe that there are limits to the State's liability, depending on the quality of the injury and the nature of the State's function: administrative, judicial or legislative.

Keywords: Democratic Rule of Law. Non-contractual civil liability of the State. Objective liability. Lawfull act. Refundable injury.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
Ap.	Apelação
APELREEX	Apelação e Remessa Necessária (remessa <i>ex officio</i>)
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal de 1988
DJ	Diário de Justiça
Des.	Desembargador
EC	Emenda à Constituição
Julg.	Julgado
Min.	Ministro
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. NOÇÕES PROPEDÊUTICAS	14
1.1. Pós-modernidade: Estado e Direito reformulados	14
1.2. Estado Democrático de Direito	17
1.2.1. O <i>caput</i> do art. 37 da Constituição Federal de 1988	19
1.2.2. Princípio da legalidade na Administração Pública	21
1.3. Funções do Estado	25
1.4. Conceitos de aproximação: legitimidade e juridicidade	27
1.5. Responsabilidade civil extracontratual do Estado	31
2. DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	35
2.1. Breve panorama histórico: da irresponsabilidade à objetivação da responsabilidade	35
2.1.1. Teoria da irresponsabilidade civil do Estado	35
2.1.2. Teorias civilistas: obrigação de indenizar à luz do Direito Privado	37
2.1.2.1. Teoria dos atos de império e dos atos de gestão	38
2.1.2.2. Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva do Estado.....	40
2.1.3. Teorias publicistas: obrigação de indenizar à luz do Direito Público	40
2.1.3.1. Teoria da culpa do serviço	41
2.1.3.2. Teoria do risco	42
2.2. Tratamento constitucional brasileiro	44
2.2.1. Da Constituição de 1824 à Constituição de 1988	44
2.2.2. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988	47
2.3. Alcance da responsabilidade	52
2.3.1. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais	52
2.3.2. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	56
2.3.3. Responsabilidade civil do Estado por danos morais	58

3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: SÃO INDENIZÁVEIS OS DANOS DECORRENTES DE CONDUTA ESTATAL LÍCITA?	60
3.1. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado	60
3.1.1. Dano	60
3.1.2. Conduta	66
3.1.2.1. A oficialidade da conduta	66
3.1.2.2. A natureza da conduta	70
3.1.2.2.1. Omissão	72
3.1.2.3. Excludentes de ilicitude	79
3.1.3. Nexo de causalidade	81
3.1.3.1. Excludentes de causalidade	86
3.2. Fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado	89
3.2.1. Princípio da legalidade	91
3.2.2. Princípio da igualdade perante os ônus e encargos públicos	93
3.3. Responsabilidade civil extracontratual por ato lícito do Estado	95
3.3.1. Sentido da licitude	95
3.3.2. Responsabilidade privada ou responsabilidade pública?	99
3.3.3. Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva?	100
3.3.3.1. Denúnciação da lide e direito de regresso	101
3.4. Conduta estatal lícita passível de responsabilização	101
3.4.1. Atividade jurisdicional danosa	102
3.4.2. Atividade legislativa danosa	105
3.4.3. Atividade administrativa danosa	105
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil extracontratual do Estado é tema demasiadamente amplo. O reconhecimento de um modelo de Estado que se subordina ao Direito e, sobretudo, que pode (e deve) ser responsabilizado pelos resultados lesivos de suas condutas, é um dos pontos de partida para o estudo desse instituto.

Verifica-se, ainda, que a atual configuração da máquina pública exige que o Estado não mais se abstenha de intervir na vida social, mas, ao contrário, assuma incontáveis providências, no sentido de prestar variados serviços, por meio dos quais se pretende garantir a efetivação de direitos fundamentais dos seus administrados.

O Estado contemporâneo, incumbido de atuar nos mais diversos setores, como saúde, infraestrutura e segurança, visando à promoção de direitos individuais, políticos, sociais e difusos, desponta conseqüente ampliação das possibilidades de que o exercício das funções públicas venha a causar lesões a direitos juridicamente protegidos.

Nesse contexto, a assunção de um modelo de Estado Democrático de Direito, aos moldes do que estabelece a Constituição Federal de 1988, pressupõe e impõe a concretização de um Estado responsável. O Estado, nesse sentido, assume o risco das atividades que desempenha, devendo reparar eventuais danos decorrentes dessa ampla gama de funções que lhe são atribuídas.

Sendo assim, delimita-se o objeto de estudo a partir da constatação de que o Estado, ainda quando desempenhando licitamente suas atividades, poderá lesionar direito de terceiro. Não se considera que a antijuridicidade do resultado desqualifica a licitude da conduta, porquanto a intenção é pesquisar se o Estado, atuando em observância à lei, pode ser responsabilizado por eventuais danos causados. Ainda, adotam-se os termos “ato” e “conduta” enquanto sinônimos, não obstante se conheça a possibilidade de distingui-los.

Parte-se da noção da responsabilidade civil extracontratual do Estado enquanto imposição, ao ente público, do dever de reparar, em pecúnia, eventual dano causado a particulares quando desempenha suas tarefas. É, portanto, uma obrigação que não decorre de descumprimento contratual ou de imposição legal expressa: ela incide a partir da constatação de que o exercício das funções administrativa, judicial e legislativa causou dano a alguém.

Em cenário de conduta estatal lícita, o primeiro questionamento que se coloca é se eventual resultado danoso poderá ser indenizado. Caso positiva a resposta, pergunta-se acerca da viabilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado como mecanismo idôneo de imputação, ao Estado, do dever de repará-lo.

A solução não encontra tratamento unânime na doutrina, e, para que se possa chegar a conclusões, possibilitando posicionamento na discussão, optou-se por seguir certa linha de raciocínio, escolhendo, dentre diversos caminhos que poderiam ser tomados, aquele que pretende inserir o instituto da responsabilidade civil extracontratual no contexto do contemporâneo Estado Democrático de Direito, buscando apontar que a responsabilização do Estado desenvolve-se no sentido de, cada vez mais, assegurar direitos à vítima do dano.

O trabalho apresenta relevância temática à medida que pretende apontar a responsabilidade estatal como instrumento necessário à concretização do próprio Estado Democrático de Direito, além de ser mecanismo de garantia, aos membros da coletividade, de proteção a direitos. Não obstante sua importância, ainda encontra doutrina e jurisprudência tímidas e pouco detalhadas – muitas vezes se limitam à indicação de que a responsabilidade civil do Estado se dá por sua conduta lícita ou ilícita, sem, contudo, justificar os porquês dessa afirmação –, motivo que despertou imensa curiosidade e empenho em aprofundar o estudo.

As questões que aparecem ao longo dessa caminhada são inúmeras, e a intenção é apresentar um ponto de partida, noções talvez elementares acerca do tema, que possam dar sustentação, ao menos teórica, que sirva como base para justificar a possibilidade de que seja o Estado responsabilizado pelos atos que, embora lícitos, causem lesões a direitos juridicamente tutelados.

Nesse sentido, pretende-se atender, primordialmente, às seguintes questões: a regularidade da conduta estatal obstará, por si só, a obrigação do Estado de reparar o dano? É a conduta ilícita pressuposto para a incidência do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado como forma de reparação de danos? Caso seja possível a responsabilização por ato lícito, quais são os pressupostos que devem ser atendidos para que se assegure o direito à reparação? Ainda, qual é o ato lícito que enseja a aplicação do instituto? Como se justifica a responsabilidade civil extracontratual do Estado, se a conduta que deu origem ao dano era legitimamente autorizada? Os tribunais brasileiros já reconheceram a responsabilização do Estado pelo desempenho legítimo de suas funções? Quais são os limites encontrados à responsabilidade civil por conduta estatal lícita?

A problematização em torno da responsabilidade civil extracontratual do Estado será guiada por uma pesquisa qualitativa, orientada pela análise do art. 37, § 6º, da CF/88, dispositivo constitucional que disciplina o instituto no ordenamento jurídico pátrio, a partir da inserção do tema no contexto do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Haverá, ademais, revisão de literatura, que se concentra na doutrina administrativa e constitucional, com o intuito de se compreender os pressupostos, os

fundamentos e o alcance dessa responsabilização, buscando, desta forma, avaliar se a responsabilidade civil extracontratual do Estado encontra aplicação nas hipóteses em que nada há de ilícito na conduta estatal causadora de dano.

Com relação ao alcance dessa responsabilidade que prescinde de conduta ilícita, busca-se, também, verificar se existe precedente nos tribunais brasileiros reconhecendo que o Estado, não obstante tenha atuado sem infringir a preceitos legais, deva indenizar os danos suportados pelo particular.

Estrutura-se o trabalho em três capítulos, planejados com o intuito de afunilar a apresentação do tema. A intenção é, primeiramente, apresentar a figura de um Estado que deve ser o mais responsável possível, como decorrência da própria reformulação do Estado à luz da pós-modernidade: amplia-se a atuação positiva do Estado na sociedade e, conseqüentemente, a possibilidade de danos gerados pelo desempenho destas tarefas. Ainda, buscar-se-á apontar a responsabilização do Estado, no desempenho das funções administrativa, judicial e legislativa, como decorrência da adoção do modelo do Estado Democrático de Direito.

Pretende-se, também, analisar os efeitos produzidos pela adoção desse modelo estatal à Administração Pública, a partir da ideia de que a atuação administrativa não se limita à regra positivada, mas que deve obediência a diversos princípios, dentre os quais, para fins de compreensão da licitude da conduta estatal, destaca-se o da legalidade. Para tanto, estudar-se-á o princípio da legalidade em sentido material, e não meramente formal. Ao final do primeiro capítulo, propor-se-á um conceito para designar a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Registrar-se-á, no segundo capítulo, um breve panorama histórico desse instituto, explanando os momentos evolutivos da responsabilidade do Estado: desde a sua completa irresponsabilidade até a objetivação da responsabilidade, modelo que mais se coaduna com a noção de Estado Democrático de Direito. Parte-se, então, para o estudo do tratamento constitucional brasileiro, até que se alcance a atual regra de responsabilidade civil, preconizada no art. 37, § 6º, da CF/88. Destrinchar-se-á os elementos que compõem o dispositivo, buscando, ainda, apontar sua abrangência.

O terceiro capítulo destinar-se-á ao estudo dos pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Será feita uma abordagem única, buscando, todavia, apontar eventuais distinções que podem ser feitas a depender de a conduta estatal ser lícita ou ilícita. É a partir da existência dos elementos que ensejam a responsabilidade, bem como da possibilidade de se justificar o dever de reparar o dano, ainda que este decorra de

conduta lícita, que se poderá concluir pela incidência (ou não) do instituto como forma de justificar a reparação das lesões causadas quando o Estado desempenha suas funções.

Na sequência, delimitar-se-ão quais são as características dessa conduta lícita e se a responsabilidade será pública ou privada, subjetiva ou objetiva. Ainda, questionar-se-á se é possível o exercício do direito de regresso do Estado contra o agente público causador do dano. Por fim, serão expostas algumas das condutas lícitas estatais que poderiam dar ensejo à responsabilização, explorando, ainda, eventuais limites à responsabilidade. Para tanto, buscar-se-ão julgados recentes de nossos tribunais, com o intuito de verificar como vem sendo tratado o tema.

Espera-se, portanto, demonstrar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado prescinde de conduta ilícita dos agentes públicos para que seja configurada, sendo o instituto compatível com a imputação, ao ente público, do dever de reparar danos que decorram de sua atuação lícita, desde que presentes os pressupostos indispensáveis à incidência da responsabilização.

1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS

1.1. Pós-modernidade: Estado e Direito reformulados

As transformações pelas quais a sociedade contemporânea ocidental passou conduziram o Estado, enquanto instituição, a profundas modificações. Impulsionado pelo fenômeno da globalização, o atual modelo de Estado – o Estado pós-moderno¹ – irradia-se a diversos países, que passam a se inserir numa nova organização política, jurídica, ideológica e social, afetados pela “glocalização”².

A forma como o Estado se estrutura apresenta distinta relevância para o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, justamente porque a própria possibilidade de responsabilização pelos atos danosos de seus agentes encontra respaldo e se compatibiliza com a maneira como se organiza o Estado. Para tanto, o estudo deverá se contextualizar sob o prisma da complexidade dessa sociedade, e, conseqüentemente, da máquina estatal reformulada à luz da pós-modernidade³.

Com efeito, a configuração do Estado pós-moderno apresenta características estruturais singulares de acordo com o país em observação. O que ocorre é que existe um modelo padrão europeu que, a partir da “glocalização”, interfere em cada Estado operando efeitos peculiares, compatíveis e condizentes com o estágio evolutivo em que se encontra o país. O estudo acerca da forma como se estrutura o Estado pós-moderno brasileiro, portanto,

¹ Segundo lição de Jacques Chevallier: “O conceito de “Estado pós-moderno” tem por função essencial fornecer um *quadro de análise* das transformações que sofre a forma estatal: ele visa a colocar em evidência, para além da extrema diversidade das configurações estatais, certas tendências marcantes de evolução que operam com maior ou menor intensidade em todos os Estados” (O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21, grifos do autor).

O autor, não obstante oriente o seu estudo a partir da experiência dos países europeus – os quais, em seu entendimento, representam um maior grau de evolução do Estado pós-moderno –, explica que a forma estatal segue um padrão nos países em que influencia, sendo, entretanto, modulada de acordo com fatores valorativos e principiológicos adotados em cada um desses Estados.

² A expressão “glocalização”, tal qual adotada por Jacques Chevallier, “traduz bem essa complexa dinâmica de homogeneização e de diferenciação que renasce incessantemente, inerente à globalização” (O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 13).

Significa dizer que a forma do Estado pós-moderno e os valores e princípios dele decorrentes, apesar de representarem um modelo Ocidental predominantemente europeu, são adaptados internamente de acordo com as peculiaridades e singularidades de cada Estado.

³ Não obstante se reconheça que a conformação do Estado pós-moderno implica em diversos reflexos não só na estrutura organizacional do Estado, como também em sua relação com o direito, com a política, com outros Estados soberanos, com a economia, limitar-nos-emos a alguns dos aspectos referentes à transformação do direito e à redefinição da estrutura do Estado no que tange às suas funções.

Para um estudo aprofundado sobre o tema, conferir: CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

deve-se direcionar a partir de um diálogo entre o modelo padrão e a estrutura estatal brasileira, informada, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988⁴.

Odete Medauar aponta que o Estado do início do século XXI deve estar atento à realização de uma ampla gama de direitos e garantias, de conteúdo e abrangência crescentes. O Estado contemporâneo atua, portanto, nos mais diversos setores, buscando a promoção de direitos individuais, políticos, sociais e difusos. E mais: sua participação é observada e esperada não somente no plano social, em que se busca atenuar as desigualdades socioeconômicas, como também na esfera econômica⁵.

O Estado brasileiro constitui-se, desta forma, como um Estado social. Isso porque “atua de modo a realizar o bem comum, visando à satisfação dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana”⁶, exercendo, diante das inúmeras necessidades sociais, as mais diversas funções e atividades. Assim, no contexto da sociedade pós-moderna, em que o desenvolvimento tecnológico atingiu um estágio evolutivo que potencializa riscos e reduz sua previsibilidade⁷, e, no cenário pátrio, em que se observa a inflação do aparato estatal, a possibilidade de ocorrência de danos pela prestação de serviços públicos aumenta em quantidade e qualidade, implicando, conseqüentemente, na necessidade de que sejam assegurados mecanismos de imputação, ao Estado, de responsabilização pelo resultado danoso oriundo de sua atividade. A responsabilidade civil extracontratual do Estado, nesse sentido, coaduna-se com os preceitos e valores que circundam essa sociedade contemporânea.

Atento à crescente demanda da sociedade em relação ao Estado e à incapacidade deste de atender a todas aquelas prestações, Lucas Rocha Furtado indica, ainda, como consequência do Estado contemporâneo, a atuação, ao lado do Estado, de novos agentes na prestação direta de serviços à população. A pós-modernidade, portanto, caracteriza-se pelo modelo de Estado subsidiário e cooperativo: o Estado deverá intervir, sobretudo na esfera

⁴ Sem comprometer a autonomia do Direito Administrativo, uma das consequências do Estado pós-moderno é a constitucionalização desse ramo do Direito. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, partindo de lição apresentada por Antonio-Enrique Pérez Luño, aponta a existência de “um tripé básico para os movimentos de globalização que se seguiram em escala global: 1. os *direitos fundamentais*, 2. a *estrutura do Estado*, e 3. o *conceito ecumênico de sistema econômico*”. O autor, a partir dessa afirmação, complementa: “Mas o novo conceito de constitucionalização não estaria completo sem a *funcionalização* de seu conteúdo, ou, em outros termos, deveria o Estado, além de 1. *afirmar* o seu primado de valores, 2. também *garanti-los* e, além disso, 3. *promovê-los* através de políticas públicas adequadas, pautadas pelo primado dos dois macro-princípios: o dos *direitos humanos* e o da *democracia substancial*” (Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 23-24, grifos do autor).

⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 43-44.

⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 34.

⁷ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17-18.

social, somente naquilo em que o particular não realiza por conta própria – ou por falta de recursos, ou por falta de interesse – e os setores público e privado devem atuar em conjunto, cooperando entre si⁸.

Reconhecida a possibilidade de que entes privados procedam à realização de serviços públicos, é imperativo que, no contexto de um Estado pós-moderno, admita-se a responsabilização dessas pessoas jurídicas de direito privado que, mesmo alheias ao quadro estatal, prestem de serviços públicos. É congruente, levando em consideração a natureza do serviço prestado, que incida a mesma regra pertinente às pessoas jurídicas de direito público. O art. 37, § 6º, da CF/88⁹, nesse sentido, harmoniza-se com as transformações vivenciadas pela sociedade contemporânea.

Nota-se, dessa forma, que a organização da sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que impulsionou o surgimento de uma nova forma de estruturação do Estado, produziu reflexos diretos na estrutura do Direito, adaptando-o à pós-modernidade¹⁰.

Se a sociedade moderna estava apoiada no culto da Razão, a sociedade pós-moderna encontra-se caracterizada pelo abalo do mito do Progresso¹¹. O Direito moderno, incorporando os valores da modernidade, foi marcado por um processo de racionalização. De um lado, o Estado representava a única fonte do direito e da juridicidade, dotado de mecanismos de coerção para assegurar o cumprimento das regras imperativas dele emanadas; de outro lado, o direito refletia a Razão, sendo dotado de sistematicidade, generalidade e estabilidade, o que deveria lhe garantir infalibilidade e longevidade¹².

Com o desenvolvimento da sociedade contemporânea, coloca-se em questionamento esse modelo de Direito. Ganha espaço, por seu turno, a submissão do Estado ao Direito. Esse Direito pós-moderno, além de ser entendido não mais como um produto estatal, mas, sim, como expressão espontânea da sociedade¹³, deixa de representar a mera observação da vontade legislada e a concretização da Razão: sua legitimidade deverá ser

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 31-36.

⁹ É o que dispõe o art. 37, § 6º, da CF/88: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 115.

¹¹ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17.

¹² CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 117.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 48.

analisada sob aspectos que vão além da simples positivação. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que:

O resultado jurídico mais importante dessas alterações foi, em suma, o *ressurgimento da legitimidade* enquanto *valor jurídico* e não apenas político, pois que, para superar a limitação conceitual racionalista de uma *legalidade* reduzida à mera produção legislativa, tornou-se necessário recorrer a outra caracterização mais rica, complexa e abrangente de valores – a de *juridicidade* –, que passava a ser o resultado não só da integração da *legalidade* com a *legitimidade*, como a da proveitosa adição do valioso reforço da quase abandonada *licitude*, que, por longo tempo desprezada pelo positivismo jurídico, auspiciosamente ressurgia, no bojo desse processo evolutivo, para garantir o indispensável *norte ético* do Direito, que, sem aposentar a conquista moderna da *racionalidade*, o possibilita a convier comodamente com a conquista pós-moderna da *razoabilidade*¹⁴.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado, principalmente no que diz respeito à possibilidade de se imputar ao ente público o dever de indenizar danos decorrentes de sua conduta lícita, está fundamentalmente inserida nesse novo contexto. A legalidade e o Direito, que no período moderno representavam o apego formal à letra da lei, que se pretendia infalível, universal e estanque, passam a levar em consideração novos aspectos. O próprio princípio da legalidade se vê reformulado, e o seu sentido fica ampliado. Essa transformação, portanto, reflete diretamente na estrutura jurídica do Estado, desenvolvido sob o pilar do Estado de Direito.

1.2. Estado Democrático de Direito

É inevitável que a conformação do Estado pós-moderno gere consequências em suas esferas política e jurídica: compatibiliza-se com as sociedades contemporâneas, no plano político, a adoção de um Estado democrático; no plano jurídico, espera-se a incorporação do modelo do Estado de direito. Portanto, a sistematização política e jurídica do Estado também se coaduna com a imposição, ao Estado, do dever de reparar os danos causados a particulares¹⁵.

Atraindo a questão para o cenário pátrio, observa-se que o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 caracteriza a República Federativa do Brasil como um Estado

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 48, grifos do autor.

¹⁵ PALAZZO, José Luis. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 1-7.

Democrático¹⁶. O *caput* do art. 1º de nossa Lei Maior acrescenta nova adjetivação, qualificando-a como um Estado Democrático de Direito¹⁷.

Dalmo de Abreu Dallari leciona que são quatro os pressupostos do atual Estado Democrático: a) a preocupação com a concretização dos valores concebidos como fundamentais pelo povo que constitui o Estado; b) a supremacia da vontade do povo, caracterizada pela prevalência da vontade do povo para a definição das diretrizes políticas fundamentais do Estado; c) a preservação da liberdade, que deverá ser reconhecida sob um viés social, e não individualista, implicando em deveres e responsabilidades dos indivíduos em relação à coletividade; e d) a preservação da igualdade, sendo esta igualdade entendida como uma “igualdade de possibilidades”, em que todos os indivíduos partem das mesmas condições, possuindo igual acesso aos meios de ascensão naquela coletividade¹⁸.

Ainda quanto ao componente democrático, Odete Medauar aponta que, além da locução segundo a qual a democracia é o “governo do povo para o povo” e do pressuposto da participação do povo na escolha de seus governantes, o Estado Democrático depende também da maneira como os representantes do povo decidem e desempenham as escolhas feitas em nome do povo. A primeira característica é identificada como “democracia de investidura”, sendo complementada pela segunda característica, a “democracia administrativa”¹⁹.

Portanto, o modo de agir não só da Administração Pública, mas também do Estado no exercício de quaisquer das suas funções, são fundamentais para a concretização do Estado Democrático, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988.

A República Federativa do Brasil constitui, ainda, um Estado de Direito. De acordo com Lucas Rocha Furtado, é possível identificar dois pressupostos característicos do Estado de Direito. O primeiro deles é a “existência de um ordenamento jurídico que defina as unidades estatais competentes para o exercício das diferentes atividades conferidas ao Estado”; o segundo, “a criação de mecanismos que permitam aos particulares acionarem o

¹⁶ Confira-se o Preâmbulo da CF/88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁷ Eis o *caput* do art. 1º da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 311-314.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 44-45.

Estado de modo a exigir o cumprimento do ordenamento jurídico, ainda que essa exigência tenha como destinatário o próprio Estado”²⁰.

Odete Medauar, além da submissão do Estado à regra positivada, indica como pressuposto do Estado de Direito a observância a um contexto valorativo e principiológico. Assim, acrescenta como elementos básicos a “declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social”²¹.

Ora, diante dos elementos expostos, é possível concluir que, no Estado Democrático de Direito, além de as funções públicas terem de ser desenvolvidas conforme os princípios e regras atinentes ao ordenamento jurídico estatal, em que estão centralizados os direitos fundamentais, devem existir mecanismos aptos a verificar como os representantes do povo estão desempenhando tais atividades. Logo, a partir desse controle das atividades públicas, que se soma à submissão do Estado ao Direito, será possível imputar-lhe responsabilização²².

1.2.1. O *caput* do art. 37 da Constituição Federal 1988

A adoção do modelo de Estado Democrático de Direito irradia seus efeitos à Administração Pública²³. O texto constitucional vigente dispõe de normas que, compatíveis com os elementos do Estado Democrático de Direito, determinam não só a submissão da atuação estatal ao direito, como também indicam alguns dos princípios que devem ser observados no exercício das funções administrativas²⁴.

De maneira breve, pode-se definir o princípio como sendo uma norma que carrega conteúdo orientador dos fins pretendidos pelo Estado, indicando, de forma

²⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 31.

²¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

²² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 9.

²³ A respeito da abrangência da expressão Administração Pública, Marçal Justen Filho entende que ela “abrange todos os entes e sujeitos estatais exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório. Assim, a Administração Pública compreende o Poder Executivo, mas também o Judiciário e o Legislativo *enquanto* exercentes de atividade administrativa. Ou seja, Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo” (Curso de direito administrativo. 3. ed. e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, tópico 5.1.2.2, grifo do autor).

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 834-837.

complementar, como deverá agir o seu destinatário para que a essência, a finalidade deste conteúdo seja, de fato, realizada²⁵.

Desta forma, deve-se reconhecer que os princípios exercem função relevante na orientação da atividade estatal. Segundo lição de Odete Medauar, pode-se afirmar que, no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, ramo recente e não codificado, a existência dos princípios é importante para a consolidação e para a interpretação de seus institutos²⁶.

A partir de um diálogo com a noção de Estado Democrático de Direito, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto aponta a necessidade de o Estado, inclusive no exercício de suas funções administrativas, conferir cumprimento ao sistema de direitos fundamentais, observando, em primeiro lugar, a proteção à esfera da dignidade humana de seus administrados. Assim, a observância aos princípios enumerados no *caput* do art. 37 da CF/88 deverá apontar, sobretudo, em direção à dignificação dos membros administrados²⁷.

Interessante notar, ainda, que as normas constitucionais²⁸ da administração pública, conforme ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes, aplicam-se, mesmo que indiretamente, aos poderes Legislativo e Judiciário. De acordo com o autor, uma vez que todos os poderes exercem funções administrativas²⁹, mesmo que se encontrem regidos por regras próprias e especiais, devem observar e seguir as normas previstas na Constituição Federal de 1988, que “dão sustentação à administração pública e estruturam este sistema positivo infraconstitucional, aplicável ao âmbito de qualquer dos três poderes”³⁰.

Os princípios constitucionais explícitos da Administração Pública estão dispostos no *caput* do art. 37 da CF/88. Todavia, os cinco princípios ali enumerados não esgotam o tema, sendo certo que a atuação da Administração é guiada, também, por outros

²⁵ É como se interpreta o conceito proposto por Humberto Ávila, *in verbis*: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.78-79, grifos do autor).

²⁶ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

²⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 24-27.

²⁸ Paulo Gustavo Gonet Branco esclarece que as normas constitucionais abarcam duas modalidades: as regras e os princípios. (Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71-73).

²⁹ No mesmo sentido, confira-se Marçal Justen Filho: “A função administrativa materializa-se na atividade administrativa, a qual é desempenhada preponderantemente pelo Poder Executivo. Lembre-se, no entanto, que todos os Poderes exercitam funções administrativas” (Curso de direito administrativo. 3. ed. e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, tópico 5.1).

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 834.

princípios³¹. Integram o rol dos princípios expressos em nossa Lei Maior a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Em linhas gerais, o princípio da legalidade estabelece que a Administração Pública atue em consonância com o que é permitido pela lei³². O princípio da impessoalidade, por seu turno, indica que a atuação da Administração deve buscar a concretização do interesse de seus administrados, coletivamente considerados, despojada, portanto, de qualquer preferência pessoal³³.

O princípio da moralidade incide tanto sobre o administrador, que deve exercer suas funções com decoro, honra e dignidade, quanto sobre os administrados que, relacionando-se com a Administração, devem se portar honestamente³⁴. Já o princípio da publicidade determina que os atos praticados pela Administração sejam amplamente divulgados, salvo quando se tratar de sigilo legalmente previsto³⁵.

Acrescentado ao texto constitucional pela Emenda à Constituição nº 19/98 (Reforma Administrativa), o princípio da eficiência determina que a organização da Administração Pública e a atuação de seus agentes estruturem-se de modo a atingir os melhores resultados na prestação dos serviços públicos³⁶.

1.2.2. Princípio da legalidade na Administração Pública

O princípio da legalidade assume notória importância no âmbito da Administração Pública³⁷, representando uma das maiores conquistas do Estado de Direito³⁸. Ademais, no seio da responsabilização do Estado quando, atuando no estrito cumprimento de seu dever legal, seus agentes públicos vierem a causar danos a terceiros, é este o princípio que merece maior atenção.

Sob uma perspectiva histórica, Gilmar Ferreira Mendes destaca que o princípio da legalidade assume, nas Constituições brasileiras – desde a Constituição de 1824, até a

³¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 148-149.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97-98.

³³ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 91-105.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 110-113.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 105.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-118.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 835.

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 80.

Constituição de 1988, à exceção da Constituição de 1937, que não o previu –, a feição de instrumento de proteção e garantia das liberdades individuais, de modo que os limites à atuação do particular somente existiriam se possuíssem previsão legal³⁹. Acrescenta o autor que: “O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, e não o dos homens (*rule of law, not of men*)”⁴⁰.

Imperioso reconhecer que, hodiernamente, entende-se por lei não só a regra geral e abstrata, aplicável indistintamente a todos os indivíduos, mas, ainda, a norma que, editada pelo órgão competente e democraticamente legitimado, de acordo com o processo legislativo constitucionalmente previsto (lei em sentido formal), encontra conformidade com o texto constitucional, ao qual se subordina (lei em sentido material). Portanto, não só a lei, como também a Constituição formam um bloco, um conjunto de regras e princípios informado e validado pelas normas constitucionais, que subordinam a atividade do particular e do Estado à força normativa da Constituição⁴¹.

Essa noção do princípio da legalidade atrelada às liberdades individuais e à submissão do poder e da autoridade estatais à soberania da Constituição estaria consagrada, primeiramente, no art. 5º, II, da CF/88, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, ao particular seria permitido fazer tudo o que o ordenamento jurídico não proíbe⁴².

Por sua vez, no âmbito do Direito Administrativo, o *caput* do art. 37 da CF/88 estabelece que a Administração Pública, submetendo-se ao princípio da legalidade, somente poderá fazer o que lhe permitir a lei⁴³. Gilmar Ferreira Mendes indica que a atividade estatal deverá observar, no ordenamento jurídico brasileiro, aquilo que dispõem a Constituição Federal, as leis ordinárias, as leis complementares, as leis delegadas, as emendas constitucionais, as medidas provisórias e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil,

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 838.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 839-840.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 837-840.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 838.

uma vez que constituem atos normativos dotados de poder de inovar originariamente o ordenamento jurídico⁴⁴.

No Direito Constitucional português, José Joaquim Gomes Canotilho destaca que o princípio da legalidade determina a submissão do Estado – e não só da Administração Pública – à Constituição⁴⁵, apontando que o Estado de Direito é um Estado Constitucional, porquanto “Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa* fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma”⁴⁶. De maneira compatível com a lição de Gilmar Ferreira Mendes, o autor estabelece que:

A **vinculação do legislador à constituição** sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo *órgão*, terem a *forma* e seguirem o *procedimento* constitucionalmente fixado para se considerarem, sob o ponto de vista *orgânico formal e procedimental*, conformes com o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um *parâmetro material intrínseco* dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição⁴⁷.

Também o Judiciário submete-se ao princípio da legalidade. Em sua atuação, sobretudo no que tange à sua função precípua de intérprete, o Judiciário deverá conferir à lei o sentido que seja compatível com a ordem constitucional e com os direitos e valores nela previstos⁴⁸. Assim, a interpretação da lei corresponde, em verdade, à interpretação do direito, compreendido como essa ordem jurídico-normativa guiada pelo princípio da constitucionalidade. Ou seja, não basta que seja observada a letra da lei, deve ser a ela atribuído um significado condizente com os valores fundamentais do Estado.

Deslocando a análise para o Direito Administrativo brasileiro, encontra-se em Odete Medauar lição semelhante. A autora, atenta à abrangência do princípio da legalidade, entende que não somente a lei editada pelo Legislativo, mas todo o arcabouço principiológico

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 840-842.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 251-252.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 241, grifo do autor.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 242, grifos do autor.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 57.

característico do Estado Democrático de Direito, incluindo o texto constitucional, deve ser obedecido pela Administração Pública⁴⁹.

Lucas Rocha Furtado, ao tratar do assunto, identifica a existência de dois princípios da legalidade: o princípio da reserva de lei (art. 5º, II, da CF/88) e o princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88). De acordo com a visão, contramajoritária⁵⁰, do autor, cuida-se de manifestações distintas do mesmo preceito. Isso porque, na esfera da Administração Pública, não seria razoável adotar o entendimento segundo o qual toda e qualquer atuação estatal depende de lei que a defina especificamente.

O autor inova, portanto, ao defender que, uma vez que nossa Lei Maior determinou, apenas em algumas situações⁵¹, a necessidade de edição de lei específica, poder-se-ia concluir que, nas outras hipóteses, bastaria a previsão constitucional de competência genérica a determinado órgão ou entidade administrativa. Assim, não seria necessária a aprovação de lei específica para que fossem desempenhadas estas atividades. A exceção, todavia, em respeito ao disposto no art. 5º, II, da CF/88, seria quando a atividade administrativa implicasse em exigência, em relação ao particular, de atuar ou abster-se, hipótese em que a própria Constituição Federal prevê a necessidade de lei⁵².

Hely Lopes Meirelles, relacionando o princípio da legalidade à possibilidade de responsabilização da Administração Pública, aduz que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso⁵³.

Explica o autor, ainda, que a Administração somente poderá fazer o que a lei permite justamente porque ela é desprovida de vontades pessoais, estando vinculada e

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 149-150.

⁵⁰ Nas palavras de Lucas Rocha Furtado, a doutrina tradicional e dominante entende que “a legalidade administrativa, denominada de legalidade restrita, ou estrita, cria a situação de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a lei autorizar a atuação” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 80).

⁵¹ São alguns dos exemplos trazidos pelo autor: a) CF/88, art. 61, § 1º, II, “a”, que exige lei para a criação de cargos, empregos ou funções públicas; b) CF/88, art. 166, que exige lei para a realização de despesa pública; e c) CF/88, art. 37, IX, que exige lei para a contratação temporária por tempo determinado (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81).

⁵² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81-82.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93, grifo do autor.

destinando sua atuação aos interesses da coletividade, devendo coexistir com a moralidade administrativa no sentido de garantir uma atuação proba de seus administradores⁵⁴.

Entende-se, portanto, que a Administração Pública, sujeita ao princípio da legalidade, deverá observar não somente as regras, mas também (e, sobretudo) os princípios, valores e direitos fundamentais que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito. Assim, reconhece-se a existência de um sistema constitucional que visa, sobretudo, à atuação de um Estado promovedor da dignidade humana de seu povo, possibilitando, inclusive, a responsabilização desse ente quando, da atuação de seus agentes, sobrevierem danos a terceiros.

1.3. Funções do Estado

Uma vez que, no contexto do Estado pós-moderno brasileiro, presume-se do aparato estatal uma participação efetiva na vida da sociedade, interferindo na esfera individual como instrumento de realização de valores e direitos fundamentais, visando à concretização da dignidade de seus membros, não mais se pode adotar uma estrutura de separação de poderes que, diferenciados e distanciados, serviam tão somente para enfraquecer a concentração e a centralização do poder na figura de um governo absoluto⁵⁵.

Quando inserida no Estado contemporâneo, a separação de poderes deve ser compreendida a partir da participação do poder público na sociedade, e não da limitação e redução dessa atividade estatal⁵⁶. Assim, caracterizando o quadro organizacional do Estado pós-moderno, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta como suas características a “desmonopolização” e o “compartilhamento de poderes entre a sociedade e o Estado”⁵⁷.

No mesmo sentido, Elcio Trujillo indica que não condiz com o Estado contemporâneo a adoção da rigorosa separação de poderes, explicando que:

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93-94.

⁵⁵ Segundo Dalmo de Abreu Dallari, essa organização da separação de poderes é característica do Estado moderno (*Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219).

⁵⁶ Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari resume que: “Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais” (*Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221-222).

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56.

Hoje, na análise da aplicação dos Poderes do Estado, apura-se a ocorrência de flexibilidade entre as funções de tal forma que, cada um dos Poderes desempenha, prevalecentemente, uma função típica, restando às demais, específicas dos outros, como aplicação excepcional ou ainda em caráter meramente subsidiário⁵⁸.

Isso significa que a referência adotada deixa de ser a separação estanque de funções entre os Poderes, em que: i) ao Legislativo incumbiria exclusivamente e, com exclusividade, a criação da lei; ii) ao Executivo, atribuíria-se a limitada aplicação da vontade legislada; e iii) ao Judiciário, reservava-se o papel de interpretar a lei, todavia, contido pelo sentido a que pretendia lhe atribuir o Judiciário.

Tendo em vista as transformações que o Estado e o Direito sofreram em decorrência da conformação do Estado pós-moderno, dentre as quais se destacam a irradiação da teoria dos Direitos Fundamentais, afirmados enquanto diretriz da atividade estatal, e, ainda, o alargamento do controle democrático exercido sobre o Estado e sobre os resultados provenientes dessa atuação, compromete-se a moderna concentração monopolizada de poderes e, conseqüentemente, permite-se que as funções exercidas por cada um deles passem a se comunicar, visando à consecução de objetivos em comum⁵⁹.

Assim, parte-se da noção de um Legislativo responsável pela edição de leis que devem refletir, de maneira geral e abstrata, os valores compactuados pelo direito e pela própria sociedade e, portanto, amparados constitucionalmente. Ao seu lado, devem conviver um Executivo que, embora limitado pelo respeito a esses valores fundamentais, poderá tomar decisões conforme seu próprio juízo de conveniência e oportunidade; e um Judiciário que, enquanto instância interpretativa da lei à luz do sentido que lhe quis atribuir o direito como um todo, e não o legislador, deverá realizar a função de “guardião da justiça e dos valores jurídicos da sociedade”⁶⁰.

O que se pretende, com isso, é destacar que o desempenho das funções atribuídas aos poderes que compõem o Estado também deverá se harmonizar com a forma de Estado do mundo pós-moderno. Assim, reconhece-se a importância de que essa atuação ocorra de acordo com o que se prevê normativamente, mas que não se limite a isso. É necessário, ainda, que sejam observados, enquanto essência do ato, os valores e direitos fundamentais dos indivíduos – considerados individualmente e coletivamente –, garantindo-se

⁵⁸ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 27.

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56-59.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56-57.

mecanismos idôneos a realizar o controle não só dessas atividades, como também da qualidade do resultado produzido a partir do desempenho das funções estatais.

Por outro lado, ressalta-se que o estudo acerca das funções do Estado também deve levar em consideração o aumento das atribuições conferidas ao poder público, que passa a ser provedor e realizador de direitos individuais, políticos, sociais e difusos, de modo a desempenhar tarefas não somente de cunho social, como também na esfera econômica, devendo observar, em última análise, a concretização dos valores e direitos fundamentais informados pela ordem constitucional.

Duas conclusões podem ser elaboradas.

Primeira, diante da incidência dos valores que orientam a construção do Estado e do Direito a todos os poderes estatais, enquanto realizam as funções que lhe são atribuídas em nome da separação dos Poderes da República, nota-se que a responsabilização do Estado por seus atos, inclusive a responsabilidade de natureza civil, deve se estender a todos os Poderes: o Estado é “responsável no Executivo, no Legislativo e no Judiciário e nos planos federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)”⁶¹, independentemente do tipo de atividade prestada (administrativa, jurisdicional ou legislativa)⁶².

Segunda, a partir do aumento das prestações que devem ser realizadas pelo Estado no seio da sociedade contemporânea, associada ao risco inerente ao desenvolvimento dessas atividades, ampliam-se as chances de que direitos juridicamente tutelados sofram lesões em virtude da atuação estatal. Em outros termos, quanto mais funções se atribuem ao Estado, maior é a sua atuação positiva na sociedade. E, somado ao potencial lesivo inerente ao fornecimento de serviços, aumenta-se consideravelmente a probabilidade de produção de resultado danoso, resultado este que, em consonância com os elementos caracterizadores do Estado pós-moderno, deverá ser compensado.

1.4. Conceitos de aproximação: legitimidade e juridicidade

A partir da conformação do Estado e do Direito contemporâneos, torna-se fundamental reavaliar o sentido atribuído ao princípio da legalidade. No giro da modernidade

⁶¹ Confira-se a lição de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto: “Em termos doutrinários, é abrangente a responsabilidade civil extracontratual do Estado, responsável no Executivo, no Legislativo e no Judiciário e nos planos federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Jurisprudencialmente se precisa avançar muito, já que os tribunais pátrios, armados de mui discutíveis argumentos teóricos, insistem em (não) reconhecer com imensas ressalvas a responsabilidade estatal do Legislativo e do Judiciário na consecução de suas atividades típicas” (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 75-76).

⁶² TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 29.

para a pós-modernidade, houve um desapego em relação à legalidade formal e à noção do Direito enquanto construção exclusivamente estatal, com pretensão de sistematicidade, generalidade, estabilidade e infalibilidade.

Nesse contexto, a estrutura do Estado passa a ser construída em torno de valores e princípios constitucionais, dentre os quais assumem posição de relevo os direitos fundamentais das pessoas que o integram⁶³. Essa nova perspectiva produz efeitos não somente na maneira como o princípio da legalidade opera no âmbito da Administração Pública, como também transforma a atuação do Estado no exercício de todas as suas funções.

No âmbito do exercício da função jurisdicional, por exemplo, apontando que a aplicação do direito não pode mais se limitar à mera atividade mecânica de incidência da lei ao caso concreto, remetendo à noção positivista do juiz como a “boca da lei”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto professa que:

[...] o intérprete-aplicador, qualquer que seja, e não apenas o magistrado, é também um conformador da *norma* aplicada, pois lhe cabe retirar do *texto* inicial, que é a *lei*, o comando a ser efetivado, que é o *direito*, mas não ficar apenas na exegese, pois que também deve integrá-lo com seus próprios subsídios para afeiçoá-lo adequadamente à hipótese sob decisão e, necessariamente, enunciar os valores e as razões por que o faz, na interpretação e na integração⁶⁴.

O autor ressalta, então, a importância de que o intérprete-aplicador do direito leve em consideração, dentre outros, o conceito de legitimidade, entendido à luz do Estado pós-moderno e em sua interação com a sociedade contemporânea⁶⁵. Diante disso, o princípio da legalidade precisa adquirir maior densidade, de modo a se compatibilizar com a nova dinâmica do Estado Democrático de Direito, organização estatal que “desde logo destaca com propriedade os seus dois *atores políticos protagônicos*: de um lado, as *pessoas*, que compõem o conceito, hoje complexo, de *sociedade* e, de outro, os *órgãos do poder político*, que compõem o conceito, também hoje complexo, de *Estado*”⁶⁶.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica, ainda, que, enquanto a expressão “de Direito” representa a legalidade, a expressão “Democrático” implica na legitimidade. A legalidade, relacionada com a esfera estatal, sugere que o Estado atue no sentido de realizar os

⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 23-24.

⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 24-25, grifos do autor.

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 27.

⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 42, grifos do autor.

valores preconizados pela própria sociedade, dentre os quais se destacariam os direitos fundamentais. Nesse cenário, o Estado caracteriza-se como um “Estado de serviço”, que, em nome da legitimidade, deverá dispor dos instrumentos necessários à concretização e à proteção daqueles valores⁶⁷.

A centralidade e supremacia da Constituição, enquanto documento juspolítico que prevê direitos fundamentais e que irradia seus efeitos ao Direito Administrativo, somada ao conceito de legitimidade, implicam em que a atuação do Estado, além de legal, respeite os valores e direitos fundamentais das pessoas que compõem a sociedade⁶⁸.

À luz da lição apresentada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, chega-se à conclusão de que a legalidade pode ser entendida como a submissão do Estado às regras jurídicas, caracterizando-se pelo cumprimento de um dever legislado. Por outro lado, a legitimidade traduziria a imposição de uma atuação estatal que garanta a concretização e a proteção aos valores e aos direitos inerentes aos seus indivíduos. Desta forma, parece-nos que a legalidade se encontra no plano da conduta, junto à lei que permite a atuação do Estado, ao passo que a legitimidade, tangenciando a atuação estatal legal, qualifica o modo pelo qual a conduta deve se orientar para que se alcance o objetivo pelo Estado almejado – a realização de direitos e valores.

Também relevante é a avaliação do resultado dessa conduta, que se atrela a um novo conceito: o de juridicidade. Ao lado da legitimidade, a juridicidade confere maior densidade ao princípio da legalidade. Assim, é possível superar o entendimento da legalidade enquanto mera vinculação do Estado àquilo que a lei (em sentido amplo) o permite fazer, incluindo, nesta análise, a observação dos valores e direitos que devem ser efetivados pela conduta estatal e, também, do resultado concreto obtido com esta atuação.

No Direito Constitucional português, José Joaquim Gomes Canotilho, estudando as dimensões formais e materiais do princípio do Estado de Direito, indica a juridicidade como pressuposto material subjacente desse princípio, ao lado da constitucionalidade (supremacia da constituição) e dos direitos fundamentais (ordem constitucional fundada na dignidade da pessoa humana)⁶⁹.

Quanto à juridicidade, o autor explica que o direito é composto de duas dimensões que necessariamente precisam se conectar: uma dimensão objetiva, que fixa

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 42-43.

⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 46.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 239-249.

padrões de comportamento, e uma dimensão subjetiva, que garante direitos, liberdades e garantias aos sujeitos que integram o Estado. Os poderes públicos, a partir do direito, revestem-se de funções negativas de não reduzir os direitos, liberdades e garantias dos indivíduos, mas também ficam encarregados de funções positivas para promover a concretização dessa dimensão subjetiva⁷⁰.

A juridicidade estatal, inserida nesse direito, seria informada, segundo o autor, pela noção de justiça. Assim, independentemente do conceito atribuído ao termo, a justiça integraria o direito e se realizaria “através de princípios jurídicos materiais como os princípios da proibição do excesso, da protecção da confiança, da indemnização de danos, da igualdade, do respeito da dignidade da pessoa humana”⁷¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro relaciona a juridicidade da atuação estatal com o resultado, o que lhe permite concluir que o ato antijurídico, originador de responsabilidade civil extracontratual do Estado, será aquele decorrente de ato ilícito ou de ato lícito gerador de dano anormal e específico. Portanto, pode-se concluir que a autora vincula a noção de juridicidade ao resultado produzido pela conduta estatal, e não pela qualidade lícita ou ilícita dessa conduta, de modo que mesmo o ato lícito poderá ser caracterizado como antijurídico⁷².

Tal percepção relaciona-se diretamente ao estudo da conduta lícita enquanto geradora de responsabilidade civil do Estado. Isso porque, mesmo submetendo-se a um comando legal, os agentes públicos podem vir a causar danos a terceiros. E, nessas hipóteses, sem gerar qualquer incompatibilidade com o modelo estatal adotado, será possível imputar ao Estado responsabilidade civil extracontratual com base no dano sofrido pelo administrado.

Ora, na seara de um Estado Democrático de Direito pós-moderno, que prima pela observância aos direitos fundamentais de seus administrados e pela ampliação do controle exercido em relação ao Poder Público, a legalidade deve se compatibilizar com as noções de legitimidade e de juridicidade.

Desta forma, entende-se que a conduta estatal, por mais que esteja atenta às regras, aos princípios, aos valores e aos direitos fundamentais que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito, poderá servir como elemento da responsabilidade civil extracontratual quando o seu resultado for ilegítimo⁷³ ou antijurídico⁷⁴. Ou seja, a

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 241.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 793-794.

⁷³ Estudando os resultados da atuação administrativa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que: “Este resultado, portanto, ele próprio considerado – e não apenas os processos empregados para alcançá-lo – pode e

responsabilidade deve se voltar, predominantemente, para o campo do resultado danoso, independentemente de avaliação acerca da legalidade da conduta estatal.

Verifica-se, então, que o estudo da conduta estatal lícita enquanto geradora de responsabilidade civil extracontratual relaciona-se, em seu substrato, à percepção dessa mudança paradigmática entre o modelo do Estado moderno e o Estado pós-moderno. Isso porque somente é possível admitir que o Estado seja responsabilizado, ainda que tenha atuado licitamente, a partir da percepção de que a legalidade não se restringe à mera criação e aplicação da lei; ela deve se estender, ainda, a partir da centralização conferida aos direitos fundamentais e da ampliação do controle da atividade estatal, ao controle dos resultados oriundos da atuação estatal.

Diante dessa observação, nota-se que as normas jurídicas apresentam também uma dimensão prospectiva, o que permite esse controle de resultados⁷⁵. Essa verificação *a posteriori*, além de envolver a legitimidade, deverá abarcar também a juridicidade, conferindo densidade ainda maior ao princípio da legalidade. Isto posto, segue-se à ampliação do sentido atribuído ao princípio da legalidade, que deverá incidir na totalidade do Estado, inclusive complementando e (re) adaptando o conceito formulado no âmbito da Administração Pública.

1.5. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado

José Cretella Júnior explica que “o vocábulo *responsabilidade* evoca o seu cognato *resposta*, ambos alicerçados na raiz *spond* do verbo latino *respondere*, cujo significado é *responder*”⁷⁶. No campo jurídico, o conceito traduz-se no dever jurídico de reparar um dano causado em virtude de violação a normas jurídicas⁷⁷.

deve ser submetido aos mesmos critérios que presidiram aos trâmites juspolíticos levados a efeito desde o seu planejamento até a sua execução”. E continua: “Assim é que, não obstante *legítimo* o planejamento e *legítima* a execução de uma política pública, deve ser também *legítimo* o resultado [...]” (Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 135, grifos do autor).

⁷⁴ Conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano **anormal** e **específico** a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o **ato ilícito** e o **ato lícito que cause dano anormal e específico**” (Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 793-794, grifos da autora).

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 137-138.

⁷⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9, grifos do autor.

⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10.

Contra-pondo-se à ideia de que a responsabilidade civil origina-se a partir de um comportamento necessariamente violador de normas jurídicas, Cristiano Chaves de Farias indica que tanto o particular quanto o Estado podem ser responsabilizados quando, agindo em conformidade com o direito, causarem danos a terceiros⁷⁸.

Tal entendimento, contudo, não é unânime. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, distingue a responsabilidade jurídica de direito privado daquela de direito administrativo, indicando que, enquanto aquela sempre decorre de ato contrário à lei, esta independe de ilicitude, sendo o Estado responsabilizado quando sua atuação – lícita ou ilícita – implicar em distribuição desigual de encargos, afetando de modo mais significativo a pessoas determinadas⁷⁹.

Ademais, a conduta estatal que enseja sua responsabilização pode ser positiva ou negativa. No caso de omissão, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto defende serem necessárias a inobservância, por parte do Estado, de deveres que lhe eram conferidos pelo direito, e a possibilidade material de que o ente público pudesse efetivamente agir, dando cumprimento à determinação legal⁸⁰.

Estando consignado que o Estado responde pelos danos causados a terceiros, em decorrência de atos positivos ou negativos, lícitos ou ilícitos, deve-se destacar que a natureza dessa resposta é pecuniária. Ou seja, o prejuízo causado a partir da atividade estatal será reparado em dinheiro, oriundo dos cofres públicos⁸¹.

Analisa-se, ainda, a origem dessa obrigação do Estado de reparar, em pecúnia, os danos causados a terceiros. Filiando-se às lições, compatíveis, de Hely Lopes Meirelles⁸² e de Lucas Rocha Furtado⁸³, pode-se afirmar que a responsabilidade é extracontratual porquanto não deriva da violação aos contratos administrativos firmados pela Administração Pública⁸⁴. Sua fonte também não é legal⁸⁵, decorrendo a responsabilidade extracontratual,

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 564.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 785.

⁸⁰ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 38.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 785.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 779.

⁸³ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 816.

⁸⁴ A Lei nº 8.666/93 traz, no parágrafo único de seu art. 2º, o seguinte conceito de contrato administrativo: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

portanto, de atos e fatos que, integrando a realização das funções estatais, resultem em prejuízo a particulares⁸⁶.

Não obstante se adote a expressão responsabilidade civil extracontratual do Estado, este termo não é unânime entre os doutrinadores, dentre os quais Hely Lopes Meirelles, que prefere denominá-la de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública⁸⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que, apesar de a responsabilização em relação aos atos legislativos e judiciais incidir em situações excepcionais, sendo, portanto, mais frequente a imposição da obrigação de reparar danos causados em decorrência do exercício da função administrativa, o correto é falar em responsabilidade do Estado, e não da Administração Pública. Isso porque somente o Estado detém capacidade e personalidade jurídicas, representando, portanto, a Administração Pública em juízo⁸⁸.

Reconhecendo a insuficiência do termo responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, uma vez que o Estado responde independentemente de o dano ter sido causado no exercício da função administrativa, judicial ou legislativa, Lucas Rocha Furtado adota a mesma terminologia. Entretanto, aponta que o uso da expressão

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado ressalta que as regras atinentes aos contratos firmados pelo poder público encontram-se disciplinadas na Lei de Licitações e Contratos, não sendo aplicados, portanto, os dispositivos relativos à responsabilidade extracontratual do Estado (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 816).

De acordo com Hely Lopes Meirelles, esta responsabilidade é definida como contratual (Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 779).

⁸⁵ Lucas Rocha Furtado traz como exemplo as leis nº 10.309/2001 e 10.744/2003, em que a imposição, ao Estado, da obrigação de indenizar os danos sofridos por particulares em virtude de atentados terroristas tem específica previsão legal (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 816).

Cuida-se, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, de responsabilidade legal (Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 779).

⁸⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 816.

⁸⁷ É nesse sentido o entendimento de Hely Lopes Meirelles: “Preferimos a designação *responsabilidade civil da Administração Pública* ao invés da tradicional *responsabilidade civil do Estado*, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil, como veremos adiante. Mais próprio, portanto, é falar-se em *responsabilidade civil da Administração Pública* do que em *responsabilidade civil do Estado*, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar” (Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 779, nota de rodapé, grifos do autor).

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 785.

responsabilidade civil extracontratual do Estado é exagerado, pois, como regra, a responsabilização advém de atos praticados no exercício de sua atividade administrativa⁸⁹.

Adota-se, portanto, o termo responsabilidade civil extracontratual do Estado para designar o dever do Estado de reparar ou ressarcir, em pecúnia, danos causados a terceiros por seus agentes públicos, quando desempenham as funções administrativa, judicial e legislativa.

⁸⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 815.

2. DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

2.1. Breve panorama histórico: da irresponsabilidade à objetivação da responsabilidade

A responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros em decorrência de suas atividades desenvolveu-se desde a sua total irresponsabilidade até a possibilidade de que a imposição de reparação do prejuízo fosse imputada independentemente da avaliação de culpa ou na conduta do agente público ou na prestação do serviço público. Assim, o modelo que hoje se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito caminha em direção à tutela dos direitos da vítima, elemento que passou a prevalecer em relação à conduta do agente causador do dano.

Adotando como referência o sistema europeu-continental, ao qual se filia o direito brasileiro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enumera as seguintes teorias, adotadas em diferentes momentos evolutivos: a) teoria da irresponsabilidade; b) teorias civilistas (teoria dos atos de império e dos atos de gestão; e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva); e c) teorias publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público; e teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva)⁹⁰.

2.1.1. Teoria da irresponsabilidade civil do Estado

Originariamente, remontando à época das monarquias absolutistas⁹¹, vigorava a completa irresponsabilidade civil do Estado, ente que, dotado de soberania, “dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele”⁹². Portanto, responsabilizar o Estado absolutista ferir-lhe-ia sua própria soberania, em afronta à ideia de que a vontade do monarca está sempre correta e, jamais, em contrariedade ao direito⁹³.

São representantes desse período as expressões *the king can do no wrong* (o rei não pode errar), nas monarquias inglesas⁹⁴, *le roi ne peut mal faire* (o rei não pode errar)⁹⁵ e

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 786.

⁹¹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 817.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

⁹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 817.

l'État c'est moi (o Estado sou eu), nas monarquias francesas⁹⁶, e, também, a locução latina *quod principi placuit habet legis vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei)⁹⁷.

Ora, encontrando-se o monarca acima da própria lei, o soberano – ou os funcionários que agiam segundo sua vontade – jamais poderia falhar, sendo injustificável responsabilizá-lo⁹⁸. A intangibilidade do Estado, traduzida na desobrigação de indenizar os danos causados a terceiros a partir de sua atuação, é assim sintetizada por José Cretella Júnior: “Cabendo ao Estado, com efeito, a tutela do direito, o chefe máximo do executivo não atentaria contra a ordem jurídica, já que não pratica injustiças. Ele é o próprio direito”⁹⁹.

A teoria da irresponsabilidade civil do Estado, gradativamente, deu espaço ao reconhecimento do Estado como pessoa jurídica dotada tanto de direitos quanto de obrigações, apontando ser injusta a ausência de responsabilização quando o exercício das atividades estatais resultasse em prejuízo a terceiros¹⁰⁰.

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto identifica, ainda, como elementos impulsionadores da superação da teoria da irresponsabilidade, “o crescente florescimento e o consequente reconhecimento de direitos individuais perante o Estado Soberano, e a alargada difusão da ideia de submissão do Estado ao direito”¹⁰¹.

José Cretella Júnior defende que os Estados Unidos e a Inglaterra continuam a adotar a tese da irresponsabilidade estatal¹⁰². Por outro lado, Maria Sylvania Zanella Di Pietro indica que essa teoria foi completamente abandonada, em 1946, nos Estados Unidos, por meio do *Federal Tort Claim Act*, e, em 1947, na Inglaterra, por meio do *Crown Proceeding Act*¹⁰³.

No caso dos Estados Unidos, Maria Sylvania Zanella Di Pietro explica que foi adotada a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado. Isso porque apesar de ser regra geral a responsabilização direta do funcionário público pelos danos causados a terceiros, em alguns casos o Estado poderia ser responsabilizado diretamente. Entretanto, a responsabilização estatal somente seria possível caso restasse comprovado o elemento da culpa¹⁰⁴.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

⁹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 817.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

⁹⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 57.

⁹⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 58.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

¹⁰¹ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 52.

¹⁰² CRETILLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 60.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

Entendimento diverso é adotado por José Cretella Júnior, que sinaliza que, como é o funcionário quem responde, diretamente, pelos danos causados a terceiros, o Estado permanece irresponsável, inalcançável pelas regras de responsabilidade civil¹⁰⁵.

Já na Inglaterra, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que a teoria da irresponsabilidade civil do Estado foi abandonada porque, ainda que haja limitações, a Coroa pode vir a ser responsabilizada quando, infringindo deveres de ordem privativa, seus funcionários causarem danos a terceiros. Confira-se:

Na Inglaterra, a partir do *Crown Proceeding Act*, a Coroa passou a responder por danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que haja infração daqueles deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e também daqueles deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade. A responsabilidade, no entanto, não é total, porque sofre limitações, não se aplicando aos entes locais nem às empresas estatais¹⁰⁶.

Diante das limitações existentes no direito inglês, José Cretella Júnior defende a permanência do sistema da desobrigação estatal, indicando a intangibilidade do Estado perante a responsabilização civil decorrente de danos causados a terceiros pela atuação de seus agentes. A partir de lição de Aguiar Dias, o autor explica que:

Além de excluir determinados funcionários de toda e qualquer responsabilidade, o sistema inglês ainda os protege quando o administrado se empenha em ressarcir-se dos prejuízos sofridos criando inúmeras dificuldades ao particular, como, por exemplo, prescrição breve e direito outorgado ao funcionário acionado de oferecer ao autor determinada composição pecuniária¹⁰⁷.

A doutrina de José Cretella Júnior quanto à permanência da teoria da irresponsabilidade civil do Estado não apresenta seguidores dentre os demais autores estudados, que adotam o entendimento da completa superação da desobrigação estatal pelos danos causados a terceiros no exercício das funções estatais¹⁰⁸.

2.1.2. Teorias civilistas: obrigação de indenizar à luz do Direito Privado

¹⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 61.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 60.

¹⁰⁸ Nesse sentido, CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 52; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787; FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 817-818; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 780.

Superada, no século XIX, a teoria da irresponsabilidade do Estado¹⁰⁹, fez-se necessário delimitar e justificar a possibilidade de se imputar ao Estado a obrigação de reparar os danos causados a terceiros a partir da atuação de seus agentes.

Em um primeiro momento, a responsabilidade civil estatal foi fundamentada sob os princípios do Código Civil, adotando a noção de culpa pessoal do funcionário público como pilar do dever de indenizar¹¹⁰. Daí falar-se em responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação de normas do Direito Privado.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado aponta o Código Civil francês de 1803 como marco do surgimento das teorias civilistas da responsabilidade civil¹¹¹. O autor explica que, em seu art. 1.382, o Código Civil de Napoleão indicava a obrigação de indenizar um dano sempre que seu causador houvesse agido (ou se omitido) por negligência, imprudência ou imperícia.

A responsabilização civil do Estado a partir das normas de Direito Privado se desenvolveu em dois momentos: inicialmente, foi adotada a teoria dos atos de império e dos atos de gestão; em seguida, abraçou-se a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva¹¹².

2.1.2.1. Teoria dos atos de império e dos atos de gestão

Cristiano Chaves de Farias indica que, em 1887, M. Laferrière elaborou a distinção entre atos de império e atos de gestão¹¹³. Enquanto os primeiros representariam a atuação do Estado revestida de soberania, os segundos seriam desprovidos de poder estatal, agindo o Estado à semelhança de um particular¹¹⁴, administrando seu patrimônio¹¹⁵.

A finalidade de se diferenciar os atos de império dos atos de gestão residia no fato de que o Estado somente poderia ser responsabilizado quando atuasse conforme um

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787.

¹¹¹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 817-818.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 566.

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 565.

¹¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

particular, ao passo que, atuando sob suas prerrogativas soberanas, não responderia por eventuais danos causados a terceiros. É o que explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Numa primeira fase, distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os **atos de império** e os **atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum¹¹⁶.

A autora indica, ainda, que a adoção dessa teoria acabou por retomar, de maneira atenuada, o sistema da irresponsabilidade do monarca. Isso porque ocorreria uma divisão entre a figura do monarca, que, de modo impecável, praticava os atos de império, e a pessoa do Estado, que exerceria, por meio de funcionários, os atos de gestão. Desta forma, mantinha-se a noção de soberania, atrelada à desobrigação da pessoa do rei pelos danos causados no exercício dos atos de império¹¹⁷.

Essa separação da personalidade do Estado entre a figura do monarca, responsável pelos atos de império, e a figura do Estado, responsável pelos atos de gestão, passou a sofrer críticas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta não só a complexidade, como também a impossibilidade de se realizar tal distinção¹¹⁸.

José Cretella Júnior, no mesmo sentido, leciona que, apesar de parecer simples, a teoria representava uma enorme dificuldade prática, caracterizada pela árdua tarefa de se identificar quais seriam os atos revestidos de soberania e quais seriam os atos de mera administração do patrimônio estatal¹¹⁹. Aproveitando a doutrina de Maurice Hariou, o autor exemplifica o caso francês, indicando que a dificuldade era tamanha “a tal ponto que os casos inclassificáveis obrigaram o legislador a organizar uma lista exemplificativa, mencionando, casuisticamente, as hipóteses ocorrentes e rotulando-as no grupo do império ou da gestão”¹²⁰.

A distinção entre atos de império e atos de gestão, portanto, passou a ser abandonada, admitindo-se a responsabilização do Estado inclusive quando sobreviesse dano em decorrência da prática de atos revestidos de soberania e autoridade estatais.

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 787-788, grifos da autora.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

¹²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

Não se pode deixar de reconhecer que a teoria dos atos de império e de gestão representou um avanço no campo da responsabilidade civil extracontratual do Estado, por permitir que o ente público fosse obrigado a indenizar os danos causados a terceiros quando no exercício de atos de gestão¹²¹. Cumpre lembrar, por fim, que a responsabilidade do Estado pelos atos de gestão baseava-se nas normas de Direito Privado, sendo imprescindível a comprovação de culpa do agente público¹²².

2.1.2.2. Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva do Estado

Ainda que se tenha superado a separação entre atos de império e atos de gestão, a responsabilização do Estado continuou sendo justificada a partir de regras do Direito Privado, condicionando a incidência da obrigação de reparar os danos causados a terceiros à configuração de culpa na conduta dos prepostos estatais¹²³. Assim, a partir da teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, “procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos”¹²⁴.

O elemento da culpa aqui analisado encontrava origem no Direito Privado, sendo avaliado não em relação ao Estado, mas, sim, na atuação da pessoa física do funcionário. Portanto, cuidava-se de responsabilidade indireta – ou seja, por fato alheio – do Estado por ato praticado culposamente por seus prepostos¹²⁵.

A regra de responsabilização do Estado pela atuação culposa de seus agentes guiou a elaboração do art. 15 da Parte Geral do Código Civil Brasileiro de 1916¹²⁶, que consagrou, à época, no ordenamento jurídico pátrio, a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado¹²⁷.

2.1.3. Teorias publicistas: obrigação de indenizar à luz do Direito Público

¹²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64-65.

¹²² CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 65.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 67-69.

¹²⁶ O art. 15 da Parte Geral do Código Civil Brasileiro de 1916 dispunha, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

O marco da inovação da responsabilidade civil do Estado em direção à superação da incidência de normas privadas é identificado no ano de 1873, com o julgamento, pelo Tribunal de Conflitos francês, do caso Blanco^{128 - 129}. O grande diferencial que permitiu o desenvolvimento de teorias publicistas no campo da responsabilização do Estado foi o reconhecimento da responsabilidade decorrente da própria prestação do serviço público, e não da atuação dos funcionários públicos enquanto pessoas físicas, apontando para a necessidade de edição de normas de caráter público¹³⁰.

Assim, no seio da responsabilidade civil extracontratual do Estado a partir da aplicação de normas de Direito Público, foram desenvolvidas algumas teorias, estruturadas ou com base na culpa do serviço ou com base no risco inerente à prestação de serviços públicos¹³¹.

2.1.3.1 Teoria da culpa do serviço

Também denominada de teoria da culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, a teoria da culpa do serviço busca responsabilizar o Estado a partir de regras próprias do Direito Público, autônomas em relação às antigas teorias civilistas de responsabilidade civil estatal¹³².

Nota-se que, não obstante se tenha afastado a incidência das regras do Código Civil, ainda se fala em culpa. A diferença é que esse elemento passa a ser analisado na esfera da prestação do serviço público, e não na atuação do funcionário (agente estatal)¹³³. A culpa – *faute*, para os franceses – do serviço estará configurada ou quando o serviço público funciona insatisfatoriamente (ou mal ou atrasado) ou quando ele não funciona, caracterizando a omissão estatal¹³⁴.

¹²⁸ De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitando o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público” (Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788).

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 788-789.

¹³² CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 71.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 781.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 789.

Assim, distingue-se a culpa administrativa do Estado da culpa pessoal/ civil do agente estatal¹³⁵, de modo que, caso o funcionário aja culposamente, é ele quem será, individualmente, responsabilizado. Por sua vez, se o serviço público funcionar de maneira defeituosa, causando dano a terceiros, é o próprio Estado que será responsabilizado. Isso porque a falha na prestação do serviço público não prescinde – e nem permite – da identificação do agente estatal, o que justifica a caracterização da culpa do serviço público como anônima¹³⁶.

2.1.3.2. Teoria do risco

O Conselho de Estado francês, sem extinguir a teoria da culpa do serviço, inaugurou, em determinadas situações, a possibilidade de imposição do dever do Estado de indenizar independentemente de configuração de culpa. Assim, desenvolveu-se a teoria do risco, que possibilitou o surgimento da responsabilidade objetiva do Estado¹³⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica no art. 13º da Declaração dos Direitos do Homem¹³⁸, de 1789, o suporte para o desenvolvimento dessa teoria. Segundo a autora, estar-se-ia tratando da consagração do princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, que se traduz na ideia de que tanto os benefícios quanto os prejuízos oriundos da atividade estatal devem ser repartidos entre os membros da sociedade¹³⁹.

De maneira congruente, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto aponta o princípio da igualdade de ônus e encargos sociais como pilar da teoria do risco, partindo da noção de que “Em princípio, se quase todos se beneficiam das atividades administrativas do Estado (bônus), justo é compartilhar com os beneficiados o ressarcimento dos danos causados a alguns sacrificados (ônus)”¹⁴⁰.

Portanto, deverão estar equilibrados os ônus e os bônus advindos do exercício das funções estatais. Caso seja perturbado esse equilíbrio e um membro da sociedade passe a

¹³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 72-73.

¹³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 789.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 789.

¹³⁸ Artigo 13º, da Declaração dos Direitos Do Homem e do Cidadão, de 1789: “Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 789.

¹⁴⁰ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 55.

suportar um ônus desproporcional, estará configurada a necessidade de ressarcimento, baseada na responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Nota-se que o Estado, ao desenvolver normalmente suas atividades, representa riscos à sociedade, podendo desequilibrar a distribuição dos benefícios e dos encargos suportados pelos administrados. Assim, causado um dano a algum indivíduo, o Estado ficará obrigado à sua reparação, independentemente de ter agido ou não com culpa, justamente porque a própria natureza dos atos estatais coloca em risco os membros da sociedade¹⁴¹.

Consigna-se, então, que esse risco de causar danos, apto a comprometer a igual distribuição dos ônus suportados pelos administrados, é inerente aos serviços prestados, existindo independentemente da ocorrência, ou não, de falha em sua prestação. É por isso que Hely Lopes Meirelles sintetiza que “O risco e a solidariedade são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva”¹⁴². O autor ressalta, ainda, que a teoria do risco administrativo vem sendo acolhida pelo Brasil desde a Constituição de 1946 (art. 194).

Possível é, portanto, observar que a responsabilização do Estado caminhou em direção à teoria da responsabilidade objetiva, prescindindo de culpa na atuação do agente estatal ou de falha na prestação do serviço público. Ganha destaque, no lugar da culpa, o elemento do nexo de causalidade, que deverá ser combinado com os seguintes pressupostos para que se imponha ao Estado a responsabilidade civil extracontratual objetiva: ato lícito ou ilícito praticado por agente público; e ocorrência de um dano específico e anormal^{143 - 144}.

Por fim, é interessante observar que a teoria do risco, conforme doutrina de Hely Lopes Meirelles, abarca, de um lado, o risco administrativo, e, de outro, o risco integral. A teoria do risco administrativo, apesar de dispensar a comprovação do elemento culpa – seja do agente estatal, seja da administração –, somente implica em responsabilização civil do Estado quando não houver culpa total ou parcial da vítima do dano, hipóteses em que a

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 789-790.

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho*. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 781.

¹⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 789.

¹⁴⁴ A teoria da responsabilidade objetiva vinculada à noção do risco característico da própria prestação de serviços foi também adotada pelo Código Civil de 2002, que preconiza, no parágrafo único de seu art. 927, que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Assim, nota-se que o Direito Privado permite, atualmente, a responsabilização independente de culpa das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, com base na teoria do risco.

Administração poderá ou se eximir da obrigação indenizatória ou tê-la reduzida¹⁴⁵. Por sua vez, a teoria do risco integral impõe o dever de indenizar mesmo nos cenários em que haja culpa ou dolo da vítima, sendo, assim, “a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo”¹⁴⁶.

Sergio Cavalieri Filho, também distinguindo o risco administrativo do risco integral, explica que somente no risco administrativo há a possibilidade de alegar as excludentes do nexo de causalidade – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro – para que o Estado se exima da responsabilidade civil¹⁴⁷.

Atualmente, § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, adota a teoria do risco administrativo¹⁴⁸. Entretanto, em caráter excepcional, poderá incidir a teoria do risco integral, sendo o Estado responsabilizado mesmo diante de causa excludente de causalidade. Um exemplo em que o risco integral fundamenta a responsabilidade extracontratual do Estado é o cenário de acidente nuclear causador de dano (CF/88, art. XXIII, *d*)¹⁴⁹.

2.2. Tratamento constitucional brasileiro

2.2.1. Da Constituição de 1824 à Constituição de 1988

A análise do tratamento constitucional brasileiro acerca da responsabilidade civil do Estado, a partir de um breve panorama histórico, tem como marco inicial o período do Império, iniciado com a Independência e a outorgada Constituição de 1824. Refletindo a teoria da irresponsabilidade do Estado¹⁵⁰, o inciso XXIX, do artigo 179, da Constituição do Império, dispunha que “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”.

¹⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 781-782.

¹⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 782.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 324-325.

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328-329.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 790-791.

¹⁵⁰ De maneira diversa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que, já na vigência da Constituição de 1824, “havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo **solidária** com a dos funcionários” (Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 791, grifo da autora). Ainda, partindo das lições de Amaro Cavalcanti e de Alcino de Paula Salazar, José Cretella Júnior explica que, apesar da omissão constitucional, a responsabilidade civil do Estado já era prevista e consignada em artigos de leis e decretos. Um exemplo seria o Decreto nº 1.930, de 26.04.1857, que imputava às estradas de ferro, enquanto setor da Administração, a responsabilização civil pelos danos causados a terceiros por seus empregados no exercício de suas funções (O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 183-184).

Com efeito, o dispositivo constitucional supramencionado estabelecia responsabilidade única e exclusivamente aos funcionários estatais, e jamais ao Estado¹⁵¹, garantindo ao Imperador posição de intangibilidade em relação a eventuais danos causados no decorrer do exercício de atribuições estatais pelos agentes públicos¹⁵². Ademais, quanto à responsabilidade pessoal dos empregados públicos, nota-se que esta dependia da verificação de sua conduta, apontando seu caráter subjetivista¹⁵³.

Proclamada a República Federativa brasileira, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, colocando fim à monarquia constitucional instituída pela Constituição de 1824. Em relação à responsabilidade civil extracontratual do Estado, a Constituição de 1891 praticamente reproduziu a regra expressa na Constituição antecedente, confirmando, numa primeira leitura, a responsabilidade dos funcionários e a irresponsabilidade do Estado, e mantendo o critério subjetivista para a imputação de responsabilidade ao funcionário público¹⁵⁴.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência tenderam ao reconhecimento da responsabilidade civil subsidiária do Estado¹⁵⁵, afastando a interpretação literal do dispositivo constitucional. Marco Antonio Bazhuni aponta duas razões que justificam a coexistência harmônica entre a responsabilidade civil do funcionário público e a responsabilidade civil do Estado:

A primeira porque os funcionários públicos, no exercício de suas funções, representam a pessoa jurídica de direito público, em plena atividade, praticando os atos não em nome dos agentes, mas em nome do Estado; a segunda porque a mera omissão expressa no texto constitucional da responsabilidade civil do Estado não ofuscará a existência dessa responsabilidade, pois não é incompatível a coexistência da responsabilidade dos funcionários perante a coletividade com a responsabilidade do Estado perante a mesma sociedade¹⁵⁶.

¹⁵¹ Nas palavras de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto: “Não há propriamente a responsabilização do Estado, mas atribuição a servidores públicos (sentido amplo) de responsabilidade em razão da prestação do serviço” (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 56).

¹⁵² Nesse sentido, verifique-se o artigo 99 da Constituição de 1824, *in verbis*: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

¹⁵³ BAZHUNI, Marco Antonio. Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 43-44.

¹⁵⁴ É o que dispõe o artigo 82 da Constituição de 1891: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

¹⁵⁵ A respeito da possibilidade de responsabilização solidária do Estado, conferir DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 791 e CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 184-187.

¹⁵⁶ BAZHUNI, Marco Antonio. Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 49.

Tal entendimento restou confirmado pela edição, ainda na vigência da Constituição de 1891, do Código Civil de 1916, que estabelecia, no artigo 15 de sua parte geral, a responsabilidade civil do Estado¹⁵⁷, consagrando a teoria subjetiva civilista da culpa e inaugurando o direito de regresso a ser exercido pelo Estado contra o agente que, atuando em seu nome, tenha causado, dolosa ou culposamente, danos a terceiros¹⁵⁸.

Com a Revolução de 1930, foi promulgada a Constituição de 1934, que estabeleceu, de maneira expressa, a responsabilidade solidária entre o Estado e os seus agentes, assegurando ao primeiro o direito de regresso contra o segundo¹⁵⁹. A Fazenda e o funcionário público causador do dano seriam litisconsortes passivos necessários na ação de indenização movida pela vítima do dano, que deveria indicar o elemento de culpabilidade na atuação do funcionário, porquanto se matinha a teoria subjetivista da responsabilidade civil¹⁶⁰.

Apenas três anos após a edição da Constituição de 1934, o então Presidente Getúlio Vargas outorgou a Carta Constitucional de 1937, inaugurando o chamado Estado Novo. No que tange à responsabilidade civil extracontratual do Estado, a Carta de 1937 repetiu, em seu artigo 158¹⁶¹, a regra prevista na Constituição anterior, ratificando, assim, “a solidariedade passiva do Estado e do funcionário, a nível de litisconsortes passivos necessários, adotando a responsabilidade decorrente do elemento de culpabilidade”¹⁶².

Encerrando o Estado Novo, a promulgada Constituição de 1946 buscou retomar o sistema democrático. Na esfera da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a Constituição de 1964 inovou ao substituir a responsabilização com base no aspecto

¹⁵⁷ O artigo 15 da Parte Geral do Código Civil de 1916 dispunha que “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

¹⁵⁸ BAZHUNI, Marco Antonio. *Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa*. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 51.

¹⁵⁹ A regra estava prevista no artigo 171 da Constituição de 1934, abaixo transcrito:

“Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado”.

¹⁶⁰ BAZHUNI, Marco Antonio. *Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa*. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 54-55.

¹⁶¹ A Carta de 1937 assim dispunha, em seu artigo 158: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

¹⁶² BAZHUNI, Marco Antonio. *Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa*. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 55.

subjetivo da atuação dos funcionários públicos pela responsabilidade civil direta do Estado, fundada no aspecto objetivo e calcada na teoria do risco administrativo¹⁶³.

Assim, restou consagrada a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público interno, baseada na formação de nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente estatal, independentemente do elemento de culpabilidade¹⁶⁴, que passa a ter relevância somente na hipótese de o Estado propor contra ele ação regressiva¹⁶⁵.

Em março de 1964, com o golpe militar, instaurou-se um regime autoritário e ditatorial, impulsionando a edição da Constituição de 1967. Em 1969, a Emenda Constitucional n. 1/69 reformou amplamente essa Constituição, reforçando o seu caráter de centralização de poder. Não se afastou, contudo, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, mantendo-se, também, o direito de regresso do ente público contra o funcionário que houvesse agido com dolo ou com culpa¹⁶⁶.

Finalmente, encerrando o período militar e consagrando o processo de redemocratização do Brasil, a Constituição Cidadã, promulgada em 5 de outubro de 1988, ampliou os direitos e garantias individuais. No § 6º de seu artigo 37, a Constituição de 1988 não somente manteve a responsabilização objetiva do Estado, como também ampliou essa responsabilidade de modo a abranger as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Preservou, também, o direito de regresso da pessoa jurídica contra o funcionário que, agindo com dolo ou culpa, viesse a causar dano a terceiros.

2.2.2. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988

Confirmando o posicionamento que vinha desde a Constituição de 1946, o constituinte de 1988 optou pela adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo, “posição que mais se coaduna com o modelo ideal de Estado

¹⁶³ É o que estabelecia o artigo 194 da Constituição de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

¹⁶⁴ BAZHUNI, Marco Antonio. Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 56.

¹⁶⁵ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

¹⁶⁶ De acordo com o artigo 105 da Constituição de 1967, reformado pela Emenda nº 1, de 1969: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

Democrático de Direito”¹⁶⁷. Em relação às normas anteriores, entretanto, o atual dispositivo constitucional ampliou o escopo da responsabilização independente de culpa e fundada no risco da atividade desenvolvida, fazendo-a incidir, também, às pessoas jurídicas de direito privado que prestem, em nome do Estado, serviços públicos^{168 - 169}.

O instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, hodiernamente, encontra-se disposto no art. 37, § 6º, da CF/88, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Destaca-se que as pessoas jurídicas de direito público submetidas ao dispositivo constitucional em análise são a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a Administração direta (federal, estadual, distrital e municipal) e as autarquias das esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, elas podem ou não estar inseridas no quadro da Administração indireta. As entidades que integram a Administração indireta – a nível federal, estadual, distrital e municipal –, mas que possuem personalidade jurídica de direito privado são as empresas públicas, as sociedades de economia mista e a maioria das fundações públicas¹⁷⁰. Por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado não inseridas na Administração são, em regra, “empresas privadas sem qualquer vínculo funcional com o ente público, na condição de concessionárias, permissionárias, autorizatárias ou empreiteiras de obras públicas”¹⁷¹.

¹⁶⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 59.

¹⁶⁸ Conforme lição de Hely Lopes Meirelles: “não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado” (Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p.785).

¹⁶⁹ Odete Medauar explica que: “*Serviço público*, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se a *atividade prestacional*, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”. Reconhecendo que, hodiernamente, um serviço público pode ser prestado por pessoas estranhas à estrutura da Administração pública, a autora caracteriza o serviço público da seguinte maneira: “Em essência, *serviço público* significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infraestrutura (arquivo, arrecadação de tributos). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos – água, telefone – e prestações genéricas – iluminação pública, limpeza de ruas” (Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 376-377, grifos da autora).

¹⁷⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 434.

¹⁷¹ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

A responsabilização das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, independentemente de comporem estas a estrutura da Administração Pública, será objetiva. Isso ocorre justamente porque o critério que determina a incidência do art. 37, § 6º, da CF/88, é a natureza – pública – do serviço prestado, e não a personalidade de direito público ou privado da pessoa jurídica realizadora da atividade¹⁷².

Portanto, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, quando prestarem serviço público, serão responsabilizadas, como regra¹⁷³, com base na teoria objetiva da responsabilidade civil. As pessoas jurídicas às quais é atribuída a regra de responsabilidade civil extracontratual preconizada no § 6º, do art. 37, da CF/88, responderão pelos atos danosos de seus agentes, independentemente de estes terem agido com culpa ou dolo.

O termo “agentes”, adotado pela nossa Constituição Federal, deve ser entendido em sentido amplo, conforme leciona Odete Medauar:

O vocábulo *agentes* reveste-se de grande amplitude, para abarcar, quanto às entidades integrantes da Administração, todas as pessoas que, mesmo de modo efêmero, realizem funções públicas. Qualquer tipo de vínculo funcional, o exercício de funções de fato, de funções em substituição, o exercício de funções por agente de outra entidade ou órgão, o exercício de funções por delegação, o exercício de atividades por particulares sem vínculo de trabalho (mesários e apuradores em eleições gerais) ensejam responsabilização¹⁷⁴.

Haverá responsabilização, então, quando sobrevier dano em decorrência da atuação de qualquer agente – político, administrativo ou um particular em colaboração com a Administração – prestador de serviços públicos em nome das pessoas jurídicas referidas no dispositivo constitucional em cotejo. Destaca-se que a imposição, à pessoa jurídica, do dever de indenizar, independerá da análise da conduta do agente: se esta foi dolosa ou culposa.

¹⁷² A respeito da responsabilidade civil das empresas privadas exploradoras de atividade econômica, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto alerta que: “O texto constitucional só tem menção expressa a empresas privadas prestadoras de serviço público. Por exclusão, a empresas privadas exploradoras de atividade econômica não se aplica o regime da responsabilidade objetiva, mas o da responsabilidade subjetiva” (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 61, nota de rodapé).

Com relação às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração indireta, Yussef Said Cahali destaca que: “as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas no tocante às obrigações decorrentes da responsabilidade civil” (Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 98).

¹⁷³ Tarcísio Vieira de Carvalho Neto advoga que: “A leitura sem preconceitos da norma constitucional não força entendimento direto sobre ser sempre objetiva a responsabilidade do Estado. Em alguns casos, é crível sustentar existir responsabilidade estatal subjetiva, como sucede em variadas hipóteses de omissão (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 61).

¹⁷⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 435, grifo da autora.

O § 6º, do art. 37, da CF/88, traz, ainda, a locução “nessa qualidade”, o que significa dizer que o agente deverá ter causado o dano enquanto desempenhava suas atividades, ou, ainda, valendo-se de sua qualidade de agente público¹⁷⁵. O dano será, portanto, consequência do exercício das funções ou qualidades atribuídas àquele agente. E mais: somente haverá responsabilização da pessoa jurídica na hipótese em que, da atividade exercida pelos seus agentes, decorrerem danos a terceiros¹⁷⁶.

Tamanha é a relevância do dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil do Estado que, não havendo lesão a direito alheio, jamais se poderá cogitar a existência do dever de reparar. É por isso que se adota o entendimento segundo o qual é irrelevante a natureza da conduta – se esta foi lícita ou ilícita¹⁷⁷, comissiva ou omissiva¹⁷⁸. Se ocorrer dano, sua reparação é medida que se impõe.

A parte final do dispositivo constitucional ora estudado estabelece que, nos casos em que o agente tenha atuado com dolo ou culpa, o Estado poderá se voltar contra ele por meio de direito de regresso. A análise se divide em duas partes. De um lado, deve-se compreender quem é a pessoa legitimada a ocupar o polo passivo da ação de responsabilidade civil: a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público ou seus agentes, causadores do dano. Do outro lado, a pergunta que se faz é no sentido de quais serem os instrumentos processuais pelos quais se poderá exercer o direito de regresso.

A respeito da legitimidade passiva, Lucas Rocha Furtado aponta ser mais adequada ao texto constitucional a interpretação segundo a qual a pessoa lesada deverá ajuizar a ação indenizatória contra a pessoa jurídica. Isso porque, como a responsabilidade do agente, consoante o texto constitucional, é regressiva, ao particular somente seria assegurado

¹⁷⁵ Hely Lopes Meirelles entende que: “O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público, e não como pessoa comum” (Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p.785-786).

¹⁷⁶ Interessante mencionar que, no caso das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, o STF, no julgamento do RE nº 591.874 – *leading case* em que houve a deliberação do tema de repercussão geral nº 130 – fixou a seguinte tese: “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros, usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal”.

¹⁷⁷ Gilmar Ferreira Mendes explica que: “a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida” (Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 859).

¹⁷⁸ Conforme explana Sergio Cavalieri Filho: “Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade *comissiva* do Estado; pelo contrário, a ação a que alude *engloba tanto a conduta comissiva quanto a omissiva*” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336, grifos do autor).

demandar diretamente contra as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviços públicos¹⁷⁹.

O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que deve ocupar o polo passivo da ação de responsabilidade civil a pessoa jurídica, e não o agente público que tenha causado o dano. Ao julgar o RE nº 327.904/SP, a Primeira Turma do STF, sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, entendeu que o art. 37, § 6º, da CF/88, estabelece uma dupla garantia. Assim, garante-se não somente à vítima o direito de cobrar a indenização diretamente da pessoa jurídica enquanto ente com maior probabilidade de solvência, como também se assegura que o agente só possa ser demandado pela pessoa jurídica à qual se vincula por meio de direito de regresso¹⁸⁰.

Esse posicionamento, contudo, não é unânime entre os doutrinadores¹⁸¹. Celso Antônio Bandeira de Mello, alicerçado na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, defende que pretende a norma constitucional oferecer proteção ora em relação à pessoa lesada, ora em relação ao Estado; jamais em relação ao agente causador do dano. Assim, defende que incumbirá ao particular escolher contra quem irá mover sua pretensão indenizatória em juízo: contra a pessoa pública ou privada prestadora de serviço público, contra o agente causador do dano, ou contra ambos, enquanto responsáveis solidários, nas hipóteses de atuação culposa ou dolosa do agente¹⁸².

Segundo o autor, a Constituição quer proteger o administrado quando acolhe a teoria da responsabilidade objetiva e quando permite a responsabilização direta da pessoa jurídica enquanto uma possibilidade, uma facilidade, colocada à disposição daquele que sofreu o dano. À sua vez, a pessoa jurídica fica protegida porquanto lhe é garantido o direito de regresso contra o agente que tenha agido com dolo ou culpa, instrumento de preservação do patrimônio da pessoa jurídica¹⁸³.

Nas hipóteses em que o responsável pelo dano não for demandado diretamente pelo lesado, a Constituição assegura ao Estado a possibilidade de exercer seu direito de

¹⁷⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 825.

¹⁸⁰ RE nº 327.904/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006.

¹⁸¹ Sergio Cavalieri Filho afirma que: “Corrente minoritária sustenta ser exclusivamente do Estado a legitimação passiva da ação indenizatória ao argumento de ser o agente público, como vimos, órgão do Estado, parte dele, e não representante do Poder Público, o que levava Pontes de Miranda a afirmar que ele **presenta** e não **representa** o Estado. Serve também de argumento o fato do § 6º do art. 37 da Constituição só assegurar ao Estado o direito de regresso contra o responsável (agente ou servidor) nos casos de dolo ou culpa” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333, grifos do autor).

¹⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 988-989.

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 988-989.

regresso contra o agente que houver atuado com dolo ou culpa. Sendo assim, quais seriam os instrumentos processuais de que se pode valer a pessoa jurídica no exercício de seu direito de regresso contra o causador do dano?

Consoante lição de Lucas Rocha Furtado, o direito de regresso do Estado pode ser exercido ou por meio da denunciação da lide ou pela propositura de uma ação regressiva. Sendo a responsabilidade civil do agente subjetiva, e não objetiva, o autor alerta que “admitir a denunciação pelo poder público resulta em percalços desnecessários à solução da lide”¹⁸⁴, justamente porque tornaria fundamental a comprovação de culpa ou dolo do agente atraído à ação de indenização para que se julgasse a pretensão punitiva do terceiro lesado.

A ação regressiva, a seu turno, ocorre em momento posterior à condenação do Estado. Ou seja, haverá o direito de buscar o ressarcimento do valor despendido para arcar com a indenização quando, cumulativamente, houver: (i) sentença que julgue procedente o pleito indenizatório da vítima do dano e (ii) atuação culposa ou dolosa do agente, que tenha sido determinante para a ocorrência do dano¹⁸⁵.

2.3. Alcance da responsabilidade

A adoção do modelo do Estado de Direito contemporâneo implica na configuração de um Estado responsável, que se submete ao dever de reparar certas categorias de dano, respondendo pelos atos que pratica independentemente da função desempenhada. Sendo assim, “o Estado pode causar prejuízos merecedores de tutela reparatória no exercício de qualquer das funções soberanas: legislação, administração e jurisdição”¹⁸⁶, o que se coaduna com a noção de que “a responsabilidade do Estado Democrático de Direito é o mais ampla possível, sendo o Estado condenável por atos administrativos e atos jurisdicionais e legislativos”¹⁸⁷.

2.3.1. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais

¹⁸⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 826.

¹⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p.792.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 144.

¹⁸⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 163.

A respeito da atuação do Poder Judiciário, Sergio Cavalieri Filho aponta distinguirem-se a atividade jurisdicional e a atividade judiciária, e, conseqüentemente, a maneira como incide a responsabilidade civil sobre estes atos. A atividade jurisdicional seria aquela revestida de caráter decisório, sendo “realizada exclusivamente pelos juízes, através de atos judiciais típicos, como decisões, sentenças, liminares, acórdão, específicos da função de julgar”¹⁸⁸. Por sua vez, a atividade judiciária, exercida não somente pelos magistrados, mas também pelos demais serventuários da Justiça, apresentaria natureza essencialmente administrativa, correspondendo, por exemplo, ao preparo e andamento processuais e ao cumprimento de determinações do juiz¹⁸⁹.

Em relação à atividade judiciária, o autor entende incidir de maneira ampla o art. 37, § 6º, da CF/88, por se tratar de atividade administrativa exercida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho aponta como exemplos da atuação judiciária defeituosa “os casos de denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial”^{190 - 191}.

Yussef Said Cahali indica que, na atividade jurisdicional do Estado, repousa hoje “o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado”¹⁹². Aponta que, salvo a previsão de responsabilização pelos danos decorrentes de erro judiciário, os atos judiciais danosos não ensejam ao Estado a obrigação de reparar eventuais danos causados. Todavia, esclarece o autor que a doutrina e jurisprudência caminham em direção à imposição, ao Estado, da obrigação de reparar erros e omissões na prestação jurisdicional.

¹⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361.

¹⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361.

¹⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 365.

¹⁹¹ O autor aponta dois julgados do TJRJ que diferenciam a atividade judiciária da atividade jurisdicional:

“TJRJ. Ap. cível 23.325/2001 (2ª Câmara Cível, Rel. Des. Elisabete Filizzolla)

Responsabilidade civil do Estado – Atividade judiciária – Prisão indevida – Dano moral caracterizado – Indenização – Quantificação dotada de razoabilidade – Honorários Advocatícios.

A prova do dano está no próprio fato que o ensejou, ou seja, a prisão do autor quando a autoridade judiciária já tinha determinado o recolhimento do mandado anteriormente expedido. É cabível a responsabilidade do Estado, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, quando se tratar de danos causados pela atividade judiciária realizada pelo Poder Judiciário [...].

TJRJ. Ap. cível 5.428/96 (9ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Motta)

Responsabilidade civil do Estado – Risco administrativo – *Atos do Poder Judiciário* – O princípio estatuído pelo § 6º do art. 37 da Carta Política no tocante à atividade jurisdicional sofre temperamento advindo da regra do art. 5º, nº LXXV, que restringe a responsabilidade estatal aos casos de erro judiciário ou prisão ilegal. A prisão preventiva, regularmente decretada, tem respaldo constitucional – art. 5º, nº LXI – e a superveniente absolvição do preso, fundada em insuficiência de provas, não fazendo coisa julgada no campo civil, não tem o condão de transmutá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória. O dever do Estado, de manter a tranquilidade e a ordem públicas, não se compadece com a leniência no trato com delinquentes” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 366, grifos do autor).

¹⁹² CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 469.

Na esfera doutrinária, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza que os argumentos comumente utilizados para sustentar a irresponsabilidade são: a soberania do Poder Judiciário; a necessidade de se garantir independência aos juízes, para que possam exercer suas funções “sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado”; o fato de não ser o juiz funcionário público; e a preservação da imutabilidade conferida à coisa julgada¹⁹³.

Quanto à soberania do Judiciário e a independência do magistrado, a autora contesta a força desses argumentos, apontando que a soberania é atributo inerente do Estado, e que não se confunde com a noção de irresponsabilidade. Ademais, destaca que todos os Poderes estatais exercem suas funções com independência, o que não significa que não devam ser responsabilizados por seus atos, sem que essa responsabilização fira sua soberania e sua independência^{194 - 195}.

Em relação à tentativa de afastar a responsabilização a partir da alegação de não ser o magistrado funcionário público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que:

Quanto a não ser o juiz funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entenda ser ele agente político, é abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo *agente* para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestem serviços ao Estado¹⁹⁶.

Por fim, quanto à formação da coisa julgada, que poderia restar prejudicada pela imposição de responsabilidade em face de ato jurisdicional, a autora entende se tratar do argumento mais plausível.

Lucas Rocha Furtado, com relação à imutabilidade das decisões judiciais, afirma que: “Somos forçados a nos render aos argumentos que afastam a responsabilidade civil do Estado em decorrência das decisões judiciais transitadas em julgado, cujo efeito é tornar verdadeira a tese firmada na decisão – ainda que de fato ela não o seja”¹⁹⁷.

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 805.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 805-806.

¹⁹⁵ Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho explica que: “soberano é o Estado como um todo, como entidade titular máxima do poder político. Os três Poderes, não obstante exerçam suas atribuições como componentes do Estado, e o façam em seu nome, não são soberanos. Apenas implementam e tornam factível, na medida em que exercem as suas funções, a soberania estatal”. E ressalta: “embora soberano, o Estado de Direito subordina-se à lei, sem abdicar à sua soberania” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 359-360).

¹⁹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 806, grifo da autora.

¹⁹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 853.

O ato judicial típico, portanto, recebe tratamento diferenciado no que tange à incidência da regra da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Nesse sentido, conforme ressalta Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade estatal limitar-se-ia à ocorrência de erro judicial, por encontrar ressalva constitucional com relação à regra da irresponsabilidade¹⁹⁸. Sendo assim, seguiria a disposição preconizada no art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

O erro judicial corresponde ao ato jurisdicional praticado com equívoco quando da atuação do magistrado no exercício de suas funções jurisdicionais, e não se limita aos erros cometidos na esfera criminal, estendendo-se às instâncias cível, trabalhista, militar e eleitoral¹⁹⁹. Para que enseje a responsabilização do ente público, Sergio Cavalieri Filho explica que:

Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, baseada em fatos falsos, irreais, inexistentes, e não em simples erro de perspectiva; falsa percepção ou interpretação dos fatos, como por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé²⁰⁰.

Ainda com relação à atividade judicial típica, o art. 143 do atual Código de Processo Civil²⁰¹ estabelece a responsabilidade, civil e regressiva, do juiz que “no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude” ou, ainda, que “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

Nota-se, portanto, que é possível a responsabilidade subjetiva do magistrado que tenha atuado ilicitamente no exercício de seus atos jurisdicionais e judiciários. Por seu turno, entende-se objetiva a responsabilidade do Estado, pela incidência da regra geral do art. 37, § 6º, da CF.

Sendo assim, na doutrina, passa-se a minimizar a teoria da irresponsabilidade do Poder Judiciário, o que vem sendo também aceito pela jurisprudência pátria, todavia de

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361.

¹⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 362-363.

²⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 362-363.

²⁰¹ A legislação processual civil anterior previa a mesma regra em seu art. 133, sem, contudo, deixar expresso se tratar a responsabilização do magistrado de responsabilidade civil e regressiva. Todavia, conforme aponta Sergio Cavalieri Filho, a jurisprudência assumia posicionamento quanto à natureza regressiva da responsabilidade civil do juiz: “No Recurso Extraordinário 228.977-2, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, Relator o Ministro Néri da Silveira, decidiu que o Estado é o legitimado passivo para responder por eventuais danos causados pela autoridade judicial no exercício de suas atribuições, com direito de regresso contra o magistrado responsável na hipótese de dolo ou culpa” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 367).

maneira muito específica, restrita às situações em que o próprio ordenamento jurídico prevê a responsabilização pelos atos judiciais, marcadamente quando, na situação em concreto, verifica-se a ocorrência de atuação estatal ilícita que enseje erro judiciário danoso.

É o que aponta Lucas Rocha Furtado: “O fato é que, não obstante os esforços da grande maioria da doutrina pátria, que defende a ampliação da responsabilidade civil do Estado em razão do ato judicial, a jurisprudência tem avançado muito pouco no tema”. E, em posição pouco otimista, conclui: “não há qualquer indicativo de que os tribunais arredem de suas posições corporativas e admitam de forma mais ampla a responsabilidade do Estado”²⁰².

2.3.2. Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos

Também em relação ao Poder Legislativo encontra-se resistência à imposição de responsabilidade civil extracontratual ao Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que, dentre os argumentos utilizados para sustentar a irresponsabilidade, estão os seguintes:

1. o Poder Legislativo atua no exercício da **soberania**, podendo alterar revogar, criar ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não decorra da própria Constituição;
2. o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigidas a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, não quebrando o princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais;
3. os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos²⁰³.

Em contraposição, a autora defende que o Poder Legislativo deve exercer a parcela de soberania a ele designado em observância ao texto constitucional, devendo, por isso, ser responsabilizado quando editar leis inconstitucionais. Ainda, explica que nem sempre o exercício da função legislativa resultará na criação de uma lei de efeitos gerais e abstratos, o que permite que o Estado responda pelas leis que, embora constitucionais, produzam efeitos concretos e específicos, atingindo a pessoas determinadas. Por fim, alerta que a escolha, pelos cidadãos, de seus parlamentares, não os autoriza a atuar de maneira ilegítima. Portanto, a atuação inconstitucional do legislador deverá ensejar a sua responsabilização²⁰⁴.

²⁰² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 854-855.

²⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 800-801, grifo da autora.

²⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 801.

A respeito das leis inconstitucionais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta ser requisito para o pleito indenizatório que, além de causar dano indenizável, a lei tenha sido previamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sergio Cavalieri Filho, em posicionamento sobre o tema, leciona que:

No que diz respeito à lei inconstitucional, entendemos que ela também, por si só, não pode causar dano a ninguém enquanto permanecer no plano da abstração. Lei nula que é, por não encontrar na Constituição a sua base de validade, não atinge direitos subjetivos de quem quer que seja, nem produz efeitos concretos, enquanto não for aplicada. Passível de reparação será, então, o ato administrativo que deu aplicação à lei, uma vez reconhecida pelo Judiciário a sua inconstitucionalidade. Quando a Justiça reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, está, *ipso facto*, proclamando que o legislador agiu de forma errônea. E, se os efeitos da lei inconstitucional provocarem prejuízo ao administrado, deve a pessoa federativa responsável pela promulgação (União, Estado ou Município) ser civilmente responsabilizada pelo ressarcimento do dano daí decorrente²⁰⁵.

Com relação aos atos normativos, o autor aponta que eles “são, na realidade, atos administrativos de natureza genérica”. Sendo assim, conclui que: “Desde que contrários à lei ou à própria Constituição, uma vez aplicados e causadores de prejuízos a terceiros, sujeitam o Poder Público a reparar o dano, da mesma forma que os atos administrativos em geral”²⁰⁶.

Quanto às leis de efeito concreto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que, embora sejam editadas pelo Poder Legislativo, são dotadas de conteúdo de ato administrativo. Isso porque, diferentemente dos demais atos normativos, as leis de efeitos concretos atingem pessoas determinadas, que podem, em razão dessa especialidade, ser submetidas a restrições desiguais e desproporcionais em relação aos demais membros da coletividade. Sendo assim, eventual prejuízo sofrido poderá revestir-se de injustiça, ensejando, por isso, a responsabilização do Estado pelo dano causado²⁰⁷.

Também se visualiza a incidência da responsabilidade civil nos casos de omissão legislativa inconstitucional, situação que, nas palavras de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto: “se manifesta a partir do momento em que não há edição de uma lei com previsão constitucional, com ou sem prazo, ou quando, simplesmente, um direito subjetivo deixa de se concretizar pela carência de norma que o discipline”²⁰⁸.

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 369.

²⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 369.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 803.

²⁰⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 88.

Defende o autor que a inação legislativa inconstitucional, para que gere ao Estado a obrigação de indenizar, além de causar prejuízo indenizável, deverá caracterizar atividade estatal “abaixo do padrão ideal de comportamento, um sistema estruturado em normas e princípios de aceitação social”²⁰⁹.

Com relação ao tratamento jurisprudencial da matéria, Odete Medauar aponta que a responsabilidade estatal por leis inconstitucionais vem sendo reconhecida, indicando decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no RE 153.464, julgado em setembro de 1992, com a seguinte ementa: “O Estado responde civilmente por danos causados aos particulares pelo desempenho inconstitucional da função de legislar”²¹⁰.

Em cenário diverso, Sergio Cavalieri Filho aponta julgado do Superior Tribunal de Justiça em que foi afastado o dever de indenizar por se tratar de edição de norma genérica, abstrata e impessoal, e, por conseguinte, não causadora de dano indenizável. Cuida-se do REsp 1.319.047, julgado pela Segunda Turma do STJ, em apreciação de pleito indenizatório movido por uma empresa que, em virtude de dispositivo do Código de Trânsito Brasileiro que estabelecia a obrigatoriedade de estojo de primeiros socorros nos veículos, adquiriu grande quantidade dos itens necessários, com o intuito de comercializá-los. Ocorre que foi editada, em seguida, a Lei nº 4.792/1999, que revogava a norma em questão, desobrigando o uso do estojo de primeiros socorros.

Não obstante a empresa tenha despendido verbas para a compra dos materiais, o Tribunal reconheceu a inexistência de responsabilidade civil do Estado na hipótese justamente por se tratar de atividade legislativa que produziu norma geral e abstrata, que não causou dano passível de indenização²¹¹.

Ainda assim, deve-se reconhecer avanço no tratamento despedido à matéria, de modo que, à semelhança do que ocorre com a imputação de responsabilidade civil aos atos praticados pelo Poder Judiciário, também se vem admitindo, ainda que com ressalvas, a responsabilização estatal nos casos de danos causados pela atuação do Poder Legislativo.

2.3.3. Responsabilidade civil do Estado por danos morais

²⁰⁹ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 151-152.

²¹⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 439-440.

²¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 368.

A responsabilidade extracontratual do Estado alcança, também, eventuais danos de ordem moral suportados por particulares em decorrência do desempenho das atividades estatais. Sendo assim, a regra constitucional acerca da responsabilidade estatal deve atender ao disposto no art. 5º, X, da CF/88²¹², englobando a ofensa às esferas material e moral do indivíduo lesado. É nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O dano juridicamente reparável nem sempre pressupõe um dano econômico. Pode ter havido única e exclusivamente um *dano moral*. Um ato lesivo ao patrimônio moral de outrem às vezes acarreta consequências econômicas detrimntosas para o agravado, ao passo que outras vezes não terá esse efeito. Em uma e outra hipóteses, entretanto, é cabível a responsabilização por dano moral. A Constituição de 1988 expressamente prevê (no art. 5º, X) indenização por dano material ou *moral* decorrente de violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas, sem distinguir se o agravo provém de pessoa de Direito Público ou de Direito Privado²¹³.

E não poderia ser diferente, afinal a própria noção de Estado Democrático de Direito, a partir do modelo de Estado contemporâneo, implica que seja priorizada e concretizada a proteção à dignidade dos membros da coletividade. Sendo assim, deverá haver responsabilização civil extracontratual quando a conduta estatal violar direito, ainda que exclusivamente moral, de terceiros²¹⁴.

Todavia, destaca-se que, para que seja indenizável, o dano moral sofrido deverá representar, nas palavras de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:

[...] agressão que atinja o sentimento pessoal de dignidade, que fugindo à normalidade cause sofrimento, vexame e humilhação intensos; alteração do equilíbrio psicológico do indivíduo; duradoura perturbação emocional, tendo-se por paradigma não o homem frio e insensível, tampouco o de extrema sensibilidade, mas sim a sensibilidade ético-social comum²¹⁵.

²¹² O inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 postula que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 976, grifos do autor.

²¹⁴ Nesse sentido, Tarcísio Vieira de Carvalho aponta que a imposição de responsabilidade civil extracontratual ao Estado independe de violação a direito material. Desta forma, mesmo que a conduta estatal somente cause dano à esfera moral do indivíduo, ainda assim haverá o dever de indenizar. O autor indica, ainda, que: “Na matéria, a doutrina e a jurisprudência estão perfeitamente afinadas, encontrando-se, por assim dizer, no mesmo estágio evolutivo, o que não deixa de consubstanciar algo invulgar na ciência jurídica” (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 97-99).

²¹⁵ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 93.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: SÃO INDENIZÁVEIS OS DANOS DECORRENTES DE CONDUTA ESTATAL LÍCITA?

3.1. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado

Sendo certo que o Estado é responsabilizado, nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, pelos atos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, venham a causar danos a terceiros, faz-se necessário compreender quais são os elementos que, no plano fático, precisam estar presentes para que incida a norma constitucional.

A Constituição, ao estabelecer a cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado, adotou a teoria objetiva da responsabilidade com fundamento no risco administrativo. Isso porque, além de não se analisar o aspecto subjetivo da conduta dos agentes – dolo ou culpa –, somente será possível imputar ao Estado o dever de indenizar quando seus agentes houverem atuado na qualidade de agentes. Ou seja, apesar de não ser necessário averiguar se a conduta foi culposa ou dolosa, é imprescindível que exista uma conexão entre a atuação do agente e o dano causado ao administrado²¹⁶.

Além dessa relação de causa e efeito – denominada nexa causal – outros são os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado brasileiro. De acordo com Lucas Rocha Furtado, são requisitos para a responsabilização do Estado: o dano, a oficialidade da conduta geradora do dano, o nexa de causalidade entre este e aquele e a inexistência das excludentes de responsabilidade estatal²¹⁷.

3.1.1. Dano

Há uma dificuldade em se estabelecer um conceito jurídico de dano. Em um primeiro momento, o dano era entendido enquanto uma diminuição do patrimônio de alguém, desconsiderando, portanto, ofensas à esfera não patrimonial do indivíduo que suportou aquela subtração. Com o reconhecimento de que a esfera jurídica é composta tanto por direitos

²¹⁶ É o que explica Sergio Cavalieri Filho: “A expressão *seus agentes, nessa qualidade*, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do *risco administrativo* como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do *risco integral*, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano *decorrente da sua atividade administrativa*, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo objetivamente” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328, grifos do autor).

²¹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 830-831.

patrimoniais quanto por direitos não patrimoniais, o conceito de dano se amplia, e passa a ser entendido como “toda afetação negativa da esfera jurídica alheia”²¹⁸.

Sergio Cavalieri Filho aponta outra dificuldade na tentativa de se conceituar o dano. Segundo o autor, a doutrina e a jurisprudência equivocam-se quando buscam definir o dano a partir das consequências que ele representa ao indivíduo atingido. Como resultado, acaba-se chegando a uma noção extremamente ampla do que é o dano, e que será observada apenas no caso concreto, segundo critérios subjetivos.

Em contrapartida, o autor propõe uma conceituação que se extraia das características do objeto da lesão, explicando, assim, que o dano deve ser compreendido como “sendo **lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado**, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima”²¹⁹. Dessa forma, o dano indenizável será aquele que recai sobre um direito da vítima, assim reconhecido e assegurado pelo ordenamento jurídico²²⁰.

Amaro Cavalcanti, estudando os fundamentos jurídicos da responsabilidade do Estado, identifica como um de seus pressupostos o dano enquanto lesão a um direito individual. Esclarece o autor que: “O objecto da *lesão* deve ser um direito individual, na verdadeira significação desse vocábulo; um simples *interesse*, ou, mesmo, o chamado *direito em expectativa*, embora realmente prejudicado por actos da administração publica, não pode constituir o objecto em questão”²²¹. Assim, para que seja indenizável, o dano deverá representar uma violação a direito reconhecido e protegido pelo sistema jurídico vigente²²².

Esse dano será condição *sine qua non* para que se imponha ao Estado a obrigação de indenizar²²³. Isso significa que, independentemente da ocorrência de atuação ilegítima ou irregular, somente haverá responsabilidade se, desta ação, resultar dano ou prejuízo a terceiro. Caso contrário, inexistindo consequência danosa, somente se poderá

²¹⁸ ANGELIN, Karinne Ansiliero. Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar. 2012. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 64-65.

²¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103, grifos do autor.

²²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 974-975.

²²¹ CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado, [s.1., n/ed.], 1905, p. 278, grifos do autor.

²²² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 859.

²²³ Segundo José Cretella Júnior: “*Dano* ou *prejuízo* é o resultado da lesão. Consistindo a *reparação civil na obrigação de indenizar*, é claro que a responsabilidade não se concretiza quando não há o que reparar” (O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 120, grifos do autor).

cogitar de invalidação do ato, mas jamais de responsabilização de seu agente²²⁴. Isto posto, pode-se afirmar que “não há *responsabilidade sem prejuízo*”²²⁵.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

No caso de comportamentos comissivos, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (ilícita ou lícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Isto é, a juridicidade do comportamento danoso não exclui a obrigação de reparar se o dano consiste em extinção ou agravamento de um direito²²⁶.

Gilmar Ferreira Mendes, estudando o dano enquanto pressuposto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, também conclui que é irrelevante para a imposição do dever de reparar a análise acerca da qualificação da conduta geradora do dano. Segundo o autor, não importa se a conduta foi legítima ou ilegítima, lícita ou ilícita: o que é imprescindível é que, desta atuação, ocorra lesão a direito de outrem²²⁷.

Além de configurar afronta a direito juridicamente reconhecido, o dano deverá apresentar algumas características para que seja objeto de reparação. Em linhas gerais, o dano indenizável é aquele que configura lesão certa sobre um direito, revestindo-se de especialidade, anormalidade e injustiça. Yussef Said Cahali, a partir de lição de Weida Zancaner, aponta que, a depender de ter sido consequência de ato ilícito ou lícito, o dano indenizável apresentará características distintas.

Assim, quando oriundo de atividades ilícitas, por ser sempre antijurídico, o dano somente precisará reunir as seguintes características: ser certo e não eventual, podendo ser atual ou futuro, e, ainda, atingir situações jurídicas legítimas que configurem ou um direito, ou, pelo menos, um interesse legítimo. Por outro lado, o dano decorrente de atos lícitos somente será indenizável se, além das características comuns ao dano proveniente de ato ilícito, apresentar-se como injusto, isto é, anormal e especial²²⁸.

Uma vez praticado o ato danoso, suas consequências deverão ser imediatamente observadas e previstas – o dano deverá ser certo e não eventual. Isso não significa dizer que os efeitos da conduta serão tão somente atuais. A certeza do dano permite,

²²⁴ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

²²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 8, grifos do autor.

²²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 975-976.

²²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 859.

²²⁸ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

portanto, vislumbrar suas consequências futuras, e é por isso que o dano indenizável poderá ser atual ou futuro. Quando atual, será um dano emergente; quando futuro, representará lucro cessante²²⁹.

No caso de lesões decorrentes da atividade lícita do Estado, além desses atributos, o dano deverá ser especial ou singular e, também, anormal. Yussef Said Cahali explica que, nessas hipóteses, como é o interesse público que exige o sacrifício de interesses privados, somente haverá o direito de reparação nos casos em que o dano, sendo anormal, excepcional e individualizado, “ultrapassa, por sua natureza, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse em comum da vida em sociedade”²³⁰.

No Direito português, José Joaquim Gomes Canotilho, também partindo da premissa de que, em hipótese de dano decorrente da atividade ilícita do Estado, não é necessário que o dano seja especial e anormal, explica que o sacrifício de direitos imposto pelo Estado legitimamente, em nome do interesse público, somente poderá ser indenizado quando se configurar grave e desigual. Doutro lado, no caso em que o sacrifício é irrelevante e generalizado, será tão somente um encargo social, suportado em nome de um benefício à coletividade²³¹.

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes indica que: “O dano especial é aquele que onera, de modo particular, o direito do indivíduo, pois um prejuízo genérico, disseminado pela sociedade, não pode ser acobertado pela responsabilidade objetiva do Estado”²³². O dano especial e anormal, portanto, contrapõe-se ao dano geral e ordinário, somente sendo indenizável quando o sacrifício do direito onerar de maneira anômala e desproporcional um indivíduo ou um grupo de indivíduos.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece, ainda, que o dano especial “Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas”²³³.

Por sua vez, o dano será injusto, de acordo com Yussef Said Cahali, porque, apresentando-se como individualizado e excepcional, rompe com o princípio da igualdade dos

²²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 121.

²³⁰ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.

²³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 271-274.

²³² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 859.

²³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 977.

ônus e encargos sociais. É por isso que a indenização, segundo o autor, funciona como mecanismo de redistribuição do encargo que fora desigualmente suportado²³⁴.

Ora, é certo que a manutenção da vida em sociedade impõe à coletividade certos ônus a serem suportados igualmente por seus membros, sem que isso lhes gere direito a qualquer tipo de indenização. Todavia, é possível imputar ao Estado o dever de indenizar quando sua conduta lícita, a pretexto de repartir encargos sociais, acaba por onerar, de forma anormal, indivíduos específicos. Nesse caso, a responsabilização decorre da situação de desigualdade entre os ônus e encargos suportados por alguns dos membros da coletividade²³⁵.

A anormalidade do dano seria, de acordo com lição de José Joaquim Gomes Canotilho, requisito imposto com a finalidade de se delimitar a responsabilidade do Estado por sua atuação lícita, evitando sobrecarregar o erário. Dessa forma, restringe-se o dever indenizatório às situações em que o ônus suportado por uma pessoa em virtude da imposição de encargos públicos apresenta-se como relevante, isto é, sua gravidade é tamanha que configura verdadeiro sacrifício suportado pelo particular. Cumulativamente à anormalidade, a responsabilidade civil do Estado somente incide se este mesmo particular sofrer o sacrifício em condição de desigualdade²³⁶.

Percebe-se, portanto, que essa diferenciação entre as características dos danos decorrentes da atividade ilícita e dos danos decorrentes da atividade lícita do Estado pode refletir uma diferença na própria fundamentação do dever de indenizar. De acordo com Elcio Trujillo, “quando discorremos sobre a responsabilidade decorrente de ato ilícito, o dever de reparar é a contrapartida da violação da legalidade”; por outro lado, “no caso da responsabilidade motivada pelo ato lícito danoso, temos que o fundamento é a ideia da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”²³⁷.

Não obstante essa distinção, deve-se observar que o dano resultante de atos lícitos, tal qual o dano resultante de atos ilícitos, merece reparação justa e integral, observando aos princípios gerais da responsabilidade civil extracontratual. Deverá a responsabilização do ente público atender ao princípio da igualdade, haja vista não ser razoável que um particular, sofrendo prejuízo especial, anormal e injusto em virtude da atuação estatal, receba

²³⁴ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 977.

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 281-283.

²³⁷ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 105.

indenização inferior ao sacrifício suportado²³⁸. Portanto, haverá o direito a receber uma justa indenização, sobre a qual incidem correção monetária e juros²³⁹.

Por outro lado, no que tange à natureza do dano a ser ressarcido, algumas considerações devem ser colocadas com relação à responsabilidade por ato ilícito e por conduta estatal lícita. Quanto à atividade estatal ilícita, os danos dela decorrentes, sejam de natureza material, sejam de natureza moral, deverão ser ressarcidos. Isso porque a Constituição Federal de 1988 dispõe, expressamente, no inciso X de seu art. 5º, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Além de ser garantido, pelo texto constitucional, o direito fundamental ao ressarcimento tanto pelo dano material quanto pelo dano moral, ao tratar do tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, o § 6º, do art. 37, da CF/88, não fez distinção com relação à natureza do dano sofrido pelo particular.

Sendo assim, os danos material e moral, enquanto direitos protegidos pelo ordenamento jurídico, sendo certos e não eventuais, quando violados por ato ilícito atribuível ao Estado, ensejam responsabilidade civil de seu causador.

Em relação aos prejuízos decorrentes de ato lícito, José Joaquim Gomes Canotilho aponta, com base em entendimentos doutrinários, algumas ressalvas a respeito da possibilidade de indenização por dano moral. Confira-se:

No que respeita, porém, ao problema da indemnização por actos lícitos, a opinião jurídica dominante considera insuficiente a dor moral para preencher o requisito da gravidade necessário à aceitação de um dever indemnizatório estadual. Os danos imateriais não devem ser tomados em consideração para efeitos da pretensão de sacrifício (FORSTHOFF) ou, quando muito, só são relevantes para efeitos da avaliação de indemnização (H. J. WOLFF). ALESSI, embora defendendo a reparabilidade de direitos pessoais, parece restringir também a indemnização aos casos em que o direito sacrificado tem um valor económico objectivo. MARCELLO CAETANO, depois de referir que o prejuízo deve ser especial, afirma que “esse prejuízo pode afectar o património do cidadão ou os seus direitos pessoais, originando o *dano moral*, mas em qualquer dos casos há-de consistir na ofensa de um bem susceptível de tradução material, economicamente mensurável ou avaliável em dinheiro”²⁴⁰.

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 321-326.

²³⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 831-833.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 290.

O autor, não obstante o posicionamento acima apresentado, conclui que “Teoricamente, porém, não é de afastar a possibilidade de sofrimentos físicos e psíquicos excepcionais originadores de perturbações de extraordinária gravidade”²⁴¹. Desta forma, em situações extraordinárias, a depender das peculiaridades observadas no caso concreto, seria possível que o ato lícito estatal resultasse em lesão especial, anormal e injusta em relação à esfera moral do indivíduo, sem que, necessariamente, decorresse da perda de um valor pecuniário.

Parece-nos que a reparação integral do dano – inclusive o de natureza moral – eventualmente suportado é o entendimento que melhor se compatibiliza com a noção de Estado responsabilizado no contexto da pós-modernidade. Isso porque é intrínseco ao modelo de Estado atualmente vivenciado que o ente público responda pelas lesões causadas a terceiros, com o intuito de se garantir a observância aos princípios e às regras pertinentes ao ordenamento jurídico, dentre as quais se destaca a proteção à dignidade dos administrados. Sendo assim, além de estar reconhecida no texto constitucional, a proteção à esfera não patrimonial do indivíduo é pressuposto do próprio Estado Democrático de Direito.

3.1.2. Conduta

A responsabilidade civil extracontratual do Estado existirá independentemente de a conduta danosa ter sido lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva. Todavia, deverá existir um traço em comum para que essa diversidade de condutas crie para o Estado a obrigação de reparar o dano causado. Segundo Lucas Rocha Furtado, o que importa, para fins de responsabilidade civil do Estado, é que a conduta esteja revestida de oficialidade²⁴².

3.1.2.1. A oficialidade da conduta

A necessidade de que a conduta causadora do dano se caracterize pela oficialidade encontra sua razão de ser na expressão “nessa qualidade”. Observando que a interpretação atribuída à expressão não encontra posicionamento unânime na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Lucas Rocha Furtado procura estabelecer três situações diferentes nas quais a Corte reconheceu a oficialidade da conduta causadora do dano.

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 291.

²⁴² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 835-836.

A primeira hipótese – a que importa para fins de responsabilidade civil do Estado por ato lícito – é a da conduta praticada pelo agente público no exercício de suas funções públicas. Nesse sentido, o autor aponta o julgamento do RE nº 363.423/SP, que cuidou de dano causado por disparo de arma de fogo pertencente à corporação policial, que fora efetuado por policial militar fora de suas funções públicas, além de motivado por interesses pessoais do agente público^{243 - 244}.

A Primeira Turma do STF, sob a relatoria do Min. Carlos Britto, parece ter adotado entendimento segundo o qual a locução “nessa qualidade”, prevista no dispositivo constitucional que dispõe sobre a responsabilidade civil do Estado, implica em que o causador do dano estivesse exercendo as funções a ele atribuídas. Isso porque restou decidido que o policial militar autor do dano, embora estivesse utilizando arma da corporação, estava em período de folga e, portanto, afastado do exercício de suas funções enquanto agente público.

Assim, afastou-se a incidência do § 6º, do art. 37, da CF/88, em decorrência da interpretação de que o policial militar em período de folga, embora não deixe de ser agente público, deixa de atuar no exercício do conjunto de atividades que lhe são atribuídas. Portanto, por mais que ele tenha usado arma da corporação para causar o dano, ele não o fez no exercício de suas funções públicas, afastando, por conseguinte, a possibilidade de responsabilização do Estado²⁴⁵.

A segunda situação apontada por Lucas Rocha Furtado, que revestiria a conduta danosa de oficialidade, é aquela que, embora não se enquadre no exercício da função pública, seja praticada como se o agente estivesse a exercê-la.

Com relação a essa hipótese, fazem-se algumas ressalvas a respeito da licitude da conduta. Isso porque se a conduta é praticada como se o agente estivesse a exercer sua função pública, presume-se que aquela atribuição não lhe era, verdadeiramente, conferida²⁴⁶.

A atuação do agente público que procede como se estivesse exercendo suas funções parece se aproximar da noção de excesso de poder. Lucas Rocha Furtado, estudando

²⁴³ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 835-836.

²⁴⁴ RE nº 363.423, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 13-03-2008.

²⁴⁵ Adota-se essa interpretação porque, nos casos estudados na terceira hipótese – causador do dano que se vale da sua condição de agente público para agir –, embora o agente estivesse afastado de suas atividades, o simples fato de utilizar arma da corporação militar serviu como justificativa para a incidência da responsabilização do Estado com fulcro no § 6º, do art. 37, da CF/88.

²⁴⁶ Nos termos em que leciona Lucas Rocha Furtado, função pública é o “conjunto de atribuições conferidas ao agente público (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 716). Quanto à oficialidade da conduta que enseja a responsabilidade civil do Estado, o autor admite que ela se caracteriza quando o agente público “ainda que não esteja no exercício da função pública, proceda como se estivesse a exercê-la” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 836).

a função executiva do Estado, aponta que a seus agentes são conferidas prerrogativas públicas, que devem ser utilizadas para a realização de um fim público²⁴⁷. Assim, aos agentes públicos são atribuídas competências, que tangenciam o conceito de função pública e devem ser exercidas em conformidade com o ordenamento jurídico e os limites por ele impostos²⁴⁸.

Quando o agente público atua à margem do exercício de sua função pública, verifica-se que sua conduta ultrapassa os limites legais, caracterizando abuso de poder²⁴⁹ na modalidade excesso de poder. Isso porque o excesso de poder corresponde à extrapolação dos limites de competência, arredando-se o agente do conjunto de atribuições que lhe são conferidas²⁵⁰. Assim, a aproximação com a segunda hipótese caracterizadora da oficialidade da conduta reside justamente no fato de que o agente, quando não se encontra no exercício da função pública, mas procede como se estivesse a exercê-la, atua extrapolando os limites do conjunto de atribuições a ele designadas.

Desta forma, apesar de não se discordar que o Estado possa ser responsabilizado mesmo quando o agente atue além do conjunto de atribuições a ele designadas²⁵¹, compreende-se que a licitude do ato, nesse cenário, fica comprometida. Portanto, a responsabilização do ente público, caso ocorra, partirá da noção de conduta ilícita de seus agentes públicos, admitindo-se o exercício do direito de regresso nos casos em que houver atuação culposa ou dolosa do agente causador do dano.

Também pode ensejar a responsabilidade civil do Estado, nos termos do § 6º, do art. 37, da CF/88, a conduta que o causador do dano pratica valendo-se da sua qualidade de agente público. Nessa hipótese, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, de maneira diversa àquela analisada – RE nº 363.423/SP –, já entendeu pela possibilidade de responsabilização objetiva do ente público nas situações em que militares, agindo fora de seu

²⁴⁷ O autor explica que essas prerrogativas públicas “devem ser utilizadas para a realização do fim público que justificou a outorga da competência administrativa” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 518).

²⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 524.

²⁴⁹ É o que explica Lucas Rocha Furtado: “O exercício das prerrogativas públicas, isto é, o uso do poder público, pressupõe a observância de determinados limites e condições constantes da própria lei que fixa a competência do agente. Se se afastar dos limites ou dos fins legais, o agente incorre em abuso de poder e pratica, em consequência, ato nulo” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 524).

Não obstante seja nulo o ato, caso desta conduta decorram danos a terceiros, o Estado poderá ser responsabilizado independentemente de o agente público ter atuado com dolo ou culpa, sendo-lhe imputado o dever de ressarcir a lesão causada a direito de outrem.

²⁵⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 525.

²⁵¹ Afinal, o critério para se averiguar a oficialidade da conduta é a extrapolação em relação às atribuições designadas ao agente, e não a qualidade da ação. Cuida-se de elemento objetivo de imputação de responsabilidade, e não subjetivo – não prescinde de dolo ou culpa do agente a responsabilização do Estado.

horário de trabalho, ou mesmo sem estar fardados, mas utilizando arma da corporação, causaram danos a terceiros. Para tanto, a justificativa é a de que independe que a conduta danosa seja praticada no exercício das funções de agente público, mas, sim, que o autor do dano tenha atuado valendo-se da sua qualidade de agente público²⁵².

É como se a condição de agente público – ou sua aparência perante terceiros – conferisse-lhe posição privilegiada para causar o dano. Diferencia-se da hipótese anterior porque, naquele caso, o agente público excede o limite de suas funções. Aqui, a violação não corresponde à simples extrapolação das funções designadas ao agente público. O causador do dano age valendo-se da sua condição de agente público para realizar atos que se aproximam de suas vontades pessoais e, portanto, desvinculam-se da persecução do interesse público²⁵³.

É o caso de militar que, embora não esteja em serviço ou fardado, use arma da corporação para causar danos. Nota-se que, de um lado, a posse de arma da corporação militar confere a seu portador qualidade de agente público e, de outro lado, o agente só tem acesso à arma porque integra a Administração Pública. Assim, o causador do dano se aproveita de uma condição que só lhe é acessível por ser agente público – porte de arma –, e, valendo-se dessa qualidade, causa danos motivados por seus interesses pessoais.

Eis as razões pelas quais se compreende que tal conduta também se aproxima ao abuso de poder, mas, agora, na modalidade do desvio de poder ou de finalidade²⁵⁴: o

²⁵² Nesse sentido, conferir: RE 163.203/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 28/04/1995, DJ 15-09-1995; RE 160.401/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 20/04/1999, DJ 04-06-1999; ARE 644.395/GO AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJ 19-10-2011.

Verifica-se que nesses julgados houve a responsabilização civil do Estado por condutas ilícitas – crimes – praticadas por militares (respectivamente: latrocínio praticado por policial militar fardado e ostensivamente armado contra condutor de caminhão a quem lhe concedeu carona; agressão praticada por soldado, fora do serviço, mas utilizando arma da corporação militar; assalto praticado por policial fardado, fora do horário de expediente). Assim, reforça-se o entendimento de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato lícito pressupõe que seus agentes estejam atuando conforme o exercício de suas funções.

²⁵³ O interesse público, segundo a concepção adotada por Lucas Rocha Furtado, leva em consideração não o interesse da maioria da população, mas está relacionado ao princípio da legalidade material. Confira-se: “É no ordenamento jurídico, considerado em sua perspectiva axiológica, que incorpora os valores constitucionais básicos, especialmente o da dignidade humana, e não apenas na visão formalista ou legalista do ordenamento jurídico, que devem ser identificados o interesse público, as potestades necessárias à satisfação do interesse público e os titulares legitimados ao exercício dessas potestades” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 518).

²⁵⁴ O abuso de poder, conforme lição de Lucas Rocha Furtado, comporta duas modalidades básicas: o excesso de poder e o desvio de finalidade. Enquanto aquele está relacionado com a violação à competência atribuída ao agente, este representa afronta ao interesse público. Assim, no desvio de finalidade, apesar de o agente estar dentro de sua competência, ele contraria a finalidade do ato administrativo, visando a um fim incompatível ou excludente do interesse público (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 525). Ora, nos julgados listados em nota de rodapé supra, nota-se que aos integrantes da Polícia Militar e das Forças Armadas é assegurado o direito de porte de arma (conferir art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 10.826/2003). Essa prerrogativa, conferida com base na qualidade do agente público, deverá ser exercida dentro dos limites do ordenamento jurídico, visando a cumprir as funções atribuídas a esses agentes de modo a atender ao interesse público. Todavia, a jurisprudência colacionada indica que os agentes, embora em legítimo porte de

militar tem acesso à arma da corporação por ser agente público, sobretudo porque as funções públicas a ele atribuídas requerem e autorizam o porte de arma; sendo uma qualidade que o caracteriza como agente militar, ele se aproveita desse acesso à arma para, por motivos pessoais, causar dano a outrem. Portanto, a conduta também se afasta da esfera de licitude.

Entende-se, pelo exposto, que a responsabilidade civil extracontratual do Estado poderá ser imputada com base na conduta que se reveste de oficialidade, o que pode se caracterizar em quaisquer das três situações explanadas alhures: exercício das funções públicas; atuação que extrapola as funções do agente, mas que é desempenhada como se o agente as exercesse; e conduta praticada pelo agente que se vale desta condição para agir.

Todavia, a responsabilização, quando decorre de conduta lícita, requer que a expressão “nessa qualidade” (CF, art. 37, § 6º) seja entendida enquanto caracterizadora do exercício das funções públicas atribuídas ao agente causador do dano. Sendo assim, entende-se ser necessário que o agente público esteja desempenhando suas funções, compreendidas como o “conjunto de atribuições conferidas ao agente público”²⁵⁵. Caso contrário, se o dano não decorrer do exercício das funções atribuídas àquele agente, a conduta danosa ultrapassa a barreira do ato lícito estatal, e a responsabilidade civil do Estado estará fundada em ato ilícito.

3.1.2.2. A natureza da conduta

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “A existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Logo, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não em seu lado ativo”²⁵⁶.

Com efeito, o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, “deixou de esboçar qualquer nota acerca da natureza da ação causadora do dano, se (apenas) ilícita ou (também) lícita, dando relevo apenas ao resultado: o prejuízo ao patrimônio alheio”^{257 - 258}. Daniel

arma da corporação militar, agiram motivados pela persecução de interesses pessoais, caracterizando, portanto, o desvio de finalidade do ato.

²⁵⁵ A respeito da noção de “função pública”, conferir FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 715-718.

²⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 859.

²⁵⁷ FERREIRA, Daniel, “Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 54.

²⁵⁸ O Código Civil de 2002, tratando de regra geral de responsabilidade civil, qualificou expressamente, em seu art. 927, a natureza da conduta ao dispor que: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por outro lado, quando, em seu art. 43, previu a responsabilidade civil das pessoas de direito público

Ferreira indica que, apesar do silêncio constitucional, a larga tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira vem admitindo que o Estado pode ser responsabilizado não só quando o dano é causado por conduta contrária aos comandos jurídicos, mas também quando, da atuação conforme o Direito, for causado um dano certo, especial e anormal²⁵⁹.

Esse entendimento, todavia, não é unânime. Marçal Justen Filho, de maneira diversa, compreende que somente uma conduta antijurídica do Estado enseja sua responsabilidade civil extracontratual. Por outro lado, quando houvesse dano causado pela prática de ato lícito, somente poderia se imputar ao Estado responsabilização caso existisse uma lei que, de modo expresso e específico, previsse a obrigação do ente público de reparar o prejuízo causado²⁶⁰.

Ainda com relação à conduta antijurídica, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ela se caracteriza pela existência de resultado danoso. Assim, contrapondo-se à lição de Marçal Justen Filho, entende que conduta antijurídica não é antônimo de ato lícito. Por conseguinte, tanto os atos ilícitos, quanto os atos lícitos, desde que causem dano anormal e específico, dão ensejo à imputação, ao Estado, do dever de reparar a lesão sofrida segundo as regras de responsabilidade civil extracontratual^{261 - 262}.

Além de não se limitar ao campo da ilicitude, a conduta geradora da responsabilidade civil do Estado poderá ser positiva ou negativa. Nesse sentido, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto explica que: “Comportamento humano qualificado pelo direito, conduta pode significar a ação propriamente dita ou a omissão”²⁶³. Assim, da mesma maneira que o dispositivo constitucional não distingue a conduta entre lícita e ilícita, para fins de responsabilidade civil extracontratual do Estado não importa se o agente praticou um ato ou

interno, não especificou a natureza do ato causador do dano. Observe-se, ainda, que é o dispositivo constitucional, e não o legal, que regula a responsabilidade civil do Estado (norma especial e hierarquicamente superior). E, nos termos da CF/88, a conduta não ficou expressamente restrita ao campo da ilicitude.

²⁵⁹ FERREIRA, Daniel, “Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 54.

²⁶⁰ Para o autor: “É necessário diferenciar os conceitos de responsabilidade objetiva e de responsabilidade por ato lícito. A responsabilidade objetiva pressupõe uma conduta estatal que se configura como violadora da norma jurídica. A responsabilidade estatal por ato lícito ocorre quando é imposta ao Estado a obrigação de indenizar efeitos danosos consumados sem que o Estado tenha atuado de modo a infringir a ordem jurídica” (Curso de direito administrativo. 3. ed. e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, tópico 17.5.2.1).

²⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 795-796.

²⁶² Entende-se que a autora busca defender que a antijuridicidade da conduta, enquanto pressuposto de responsabilidade civil, está vinculada à violação a direito de outrem, e não à qualidade da ação que deu origem a este dano.

²⁶³ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 35.

deixou de praticar um ato que lhe era devido: haverá o dever de reparar o dano causado independentemente da qualidade da conduta que lhe deu causa.

3.1.2.2.1. Omissão

No campo da responsabilidade civil extracontratual do Estado, tanto aquilo que o Estado faz quanto aquilo que deixa de fazer podem causar danos a terceiros, e, em qualquer uma dessas situações, o prejuízo deverá ser reparado pelo erário. O tema da responsabilização por omissão, entretanto, deve ser tratado com especial cuidado²⁶⁴. Isso porque se observam abordagens diferenciadas e controvertidas tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, ensejando inclusive a responsabilização com base na teoria subjetiva²⁶⁵. Ademais, devem ser apontadas algumas peculiaridades em relação à responsabilidade por omissão estatal lícita²⁶⁶.

Como decorrência do Estado contemporâneo, ao Poder Público foram designadas inúmeras e variadas tarefas, sendo cada vez mais intenso o fluxo de serviços que devem ser prestados para que se atenda às crescentes demandas sociais. É nesse contexto que Tarcísio Vieira de Carvalho Neto busca enquadrar a relevância da responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas. Observando, sobretudo, a ampliação no rol de funções estatais e na demanda populacional – especialmente de camadas economicamente frágeis –, o autor aponta como consequências o aumento da possibilidade de infrações omissivas e a ampliação da variedade e da intensidade dos danos a serem reparados pelo Estado²⁶⁷.

A primeira pergunta que se faz é: qual é a omissão estatal que, diante dessa ampla gama de prestações conferidas ao Estado, poderá dar ensejo à obrigação de reparar eventuais danos causados aos administrados? Primeiro, a sua caracterização, para fins de responsabilidade civil extracontratual, deve partir de um aspecto normativo, e não meramente

²⁶⁴ Não obstante se reconheça as peculiaridades do tratamento conferido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência ao tema da omissão estatal indenizável, o presente trabalho não tem por objetivo esgotar o assunto. Busca-se apresentar uma visão geral, apontando algumas das questões que geram controvérsia.

²⁶⁵ A respeito da coexistência das duas espécies de responsabilidade civil extracontratual do Estado no sistema jurídico brasileiro, Jacintho de Arruda Câmara sustenta que, apesar de, em regra, incidir a responsabilização independente de culpa, o texto constitucional não excluiu por completo a aplicação da teoria subjetiva para responsabilizar o Estado. Nas palavras do autor: “a prescrição do § 6º do art. 37 da Constituição Federal não faz qualquer vedação ao convívio de uma aferição subjetiva da responsabilidade do Estado para alguns casos e subjetiva para outros” (“A Relevância da Culpa na Responsabilidade Extracontratual do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 85).

²⁶⁶ A conduta omissiva também poderá ser lícita ou ilícita. Entretanto, para fins de responsabilidade civil extracontratual estatal, entende-se que a omissão lícita não configura elemento para a imposição, ao Estado, do dever de reparar eventuais danos causados a terceiros.

²⁶⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 5-7.

fático²⁶⁸. Desta forma, somente apresentará relevância jurídica a omissão que representa a não realização de um comando legal, quando, no contexto em que a conduta deveria ter sido realizada, era possível ao destinatário da norma sua execução²⁶⁹.

A omissão juridicamente relevante é, então, definida a partir de seu elemento normativo: há uma norma impositiva, que determina que seja realizada a ação. Se o destinatário da norma não pratica a conduta preconizada, ele incorre em omissão. Assim, é dizer que a conduta omissiva pressupõe a referência normativa para que seja configurada a responsabilidade civil do Estado. Caracterizando, portanto, o comportamento humano que não cumpre a ação imposta pela lei²⁷⁰ quando lhe era possível agir²⁷¹, pode-se concluir que somente a omissão ilícita (aquela que descumpra o comando normativo) poderá ensejar a responsabilização do ente público^{272 - 273}.

²⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 856.

²⁶⁹ Nesse sentido: CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 35-40; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.798; FERREIRA, Daniel, “Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 968; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 856.

²⁷⁰ Daniel Ferreira explica que: “a omissão juridicamente relevante neste ensaio somente assim se manifesta enquanto (total ou parcial) negação de uma obrigação normativamente prevista, porque sem isto tudo a cogitada falta não passará, quem sabe, de uma expectativa cidadã desatendida, no entanto, nada mais nada menos que um indiferente jurídico” (“Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59).

²⁷¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tratando da possibilidade de agir para evitar o dano, alerta que: “A dificuldade da teoria diz respeito à *possibilidade de agir*; tem que se tratar de uma conduta que seja *exigível* da Administração e que seja *possível*. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o *princípio da reserva do possível*, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano” (Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 798, grifos da autora).

Criticando a arguição do princípio da reserva do possível como tentativa de eximir o Poder Público de responsabilização, Daniel Ferreira aduz que “Não se mostra idôneo, pois, aceitar uma invocada “falta de recursos públicos” para o fim de afastar a nota de reprobabilidade *normativa* – apenas observada *in concreto*, repute-se – de uma omissão do Estado na realização dos direitos fundamentais dos administrados e que redunde em dano”. Para o autor, esse argumento somente serve para mensurar o grau de reprobabilidade da omissão estatal (“Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 74-75, grifos do autor).

²⁷² Nesse sentido: CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 38; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 798; FERREIRA, Daniel, “Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 58; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p.

Por outro lado, não encontra posicionamento consolidado nem na doutrina e nem na jurisprudência a questão da natureza jurídica da responsabilidade por atos omissivos²⁷⁴. Certo é, contudo, que se vem admitindo a responsabilização do próprio Estado – e não somente em sede de direito de regresso – com base na averiguação de dolo ou culpa do agente²⁷⁵.

Partindo da constatação de que a conduta omissiva do Estado sempre será ilícita, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a responsabilidade civil sempre será subjetiva²⁷⁶: a ilicitude, que representa o descumprimento de um dever legal de evitar a ocorrência do dano e consubstancia-se no funcionamento atrasado, ineficiente ou inexistente do serviço público, somente poderá ser “proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)”²⁷⁷. Assim, para que se configure, a omissão estatal que enseja a responsabilidade civil extracontratual pressupõe que o dano seja causado com a “intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo”²⁷⁸.

Caso se entenda mais adequada a interpretação dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, não se poderá cogitar a responsabilização do Estado quando ele se omitir

967; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 858.

²⁷³ Sobre a omissão estatal indenizável conferir CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 126-146; FERREIRA, Daniel, “Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 58-63.

²⁷⁴ A respeito das divergências teóricas e jurisprudenciais acerca da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva ou subjetiva nos casos de dano proveniente de omissão estatal, conferir CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 106-126. E ainda CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335-340.

²⁷⁵ Tem-se, portanto, outra especialidade com relação à responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos lícitos: nesse caso, não há que se discutir o elemento subjetivo da responsabilização, nem mesmo em ação regressiva ou denúncia da lide contra o agente público.

²⁷⁶ Discordando da conclusão firmada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Sergio Cavalieri Filho explica que o fato de a omissão juridicamente relevante para fins de responsabilidade civil do Estado ser sempre ilícita não implica na constatação de que essa responsabilidade será, necessariamente, subjetiva. Isso porque, segundo o autor: “o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do Código Civil. Há, também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336).

Sobre o duplo aspecto da ilicitude, conferir: CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22-28;

²⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 967.

²⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 967.

licitamente, ou seja, quando deixa de agir quando não lhe era obrigado agir. Inexistindo ilicitude, e sendo necessária a averiguação do aspecto subjetivo do comportamento (culpa em sentido amplo), é descabida a responsabilização por omissão lícita.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, explica que, nos casos de omissão estatal, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva calcada na presunção de culpa do Poder Público. Propondo uma inversão do ônus da prova²⁷⁹, a autora sustenta que:

O lesado não precisa fazer a prova de que existiu culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe 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 responsabilidade²⁸⁰.

Em sentido oposto, Deborah Pierri sustenta que a responsabilidade civil do Estado, inclusive nos casos de omissão, será sempre independente da existência de culpa (seja ela anônima ou subjetiva)^{281 - 282}. Segundo seu entendimento, o significado da culpa nas omissões estatais precisa ser reavaliado. Isso porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência estariam adotando a teoria da *faute du service* de maneira equivocada, atribuindo a ela a noção de atrasos, deficiências ou má prestação de serviços públicos, quando, na verdade, seu significado é de falha ou culpa:

²⁷⁹ No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, reconhecendo que, ao lesado, a comprovação de má realização do serviço mostra-se dificultosa, defende que a culpa do Poder Público é presumida nos casos em que ocorrer a “falta de serviço”. Segundo o autor: “O administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para estar ajustado às possibilidades econômico-administrativas do Estado”. E continua: “Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público. [...] Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra a inversão do ônus da prova” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 969-970).

Ressalte-se, ainda, que a proposta do autor, nos casos em que será presumida a culpa do Poder Público, é a manutenção da aplicação da responsabilidade subjetiva, apenas invertendo o ônus da prova para fazer com que o Estado comprove a não ocorrência de conduta omissiva culposa ou dolosa.

²⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 799.

²⁸¹ Para a autora: “Sob qualquer ângulo que se observe, hodiernamente, o estudo das omissões, especialmente com o comando constitucional do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, não se coaduna com a exigência feita por alguns julgados sobre a necessidade na comprovação da culpa. Isso é insustentável” (“As Omissões dos Agentes Públicos. *Faute du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 189).

²⁸² Também no sentido de incidir a teoria da responsabilidade objetiva tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p.784-787; MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 431-436.

A “*faute du service*” não é propriamente omissão, mas falha ou culpa. Já as omissões configuram-se em comportamentos de inércia, falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas ou de operações materiais, a ausência de atuação adequada em situação de risco, ou descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico²⁸³.

Segundo a autora, a conduta omissiva traduz-se pela não observância ou pela observância insatisfatória de um dever de agir, e não na ideia de culpa ou falha do serviço. É por isso que a noção de falta no serviço não poderia se confundir com a ideia culpa em sua prestação; e a responsabilidade baseada nessa falta, ou omissão, do serviço, conseqüentemente, prescinde de análise do elemento subjetivo. Para a imposição do dever de reparar, basta que exista o descumprimento de um dever jurídico, consubstanciado na inércia, falta ou insuficiência na prestação do serviço que era previamente previsto pelo ordenamento jurídico²⁸⁴.

Por mais que a orientação seguida por Deborah Pierri afaste a incidência da teoria subjetiva, abraçando, em contrapartida, a responsabilização independente de culpa, ainda assim não se pode acolher a possibilidade de se responsabilizar o Estado por sua omissão lícita. Isso porque a noção de omissão trazida pela autora pressupõe o descumprimento total ou parcial de um dever de agir. Essa violação, apesar de independer de vontade consciente de desacatar a norma, reveste o ato de ilicitude²⁸⁵.

Existem, ainda, orientações doutrinárias que, de modo não extremista, admitem a convivência harmônica das duas teorias em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos omissivos.

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, partindo da constatação de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que, incumbidos da relatoria de variados casos de danos causados por omissão estatal, acabam adotando posições divergentes acerca da aplicação, ora

²⁸³ PIERRI, Deborah, “As Omissões dos Agentes Públicos. *Faute du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 192.

²⁸⁴ A fim de reforçar seu posicionamento, a autora aponta que o PL n° 5.480/2009, que busca regulamentar a responsabilidade civil do Estado, em seu art. 4º, não prevê dentre os pressupostos da responsabilidade o elemento subjetivo. Ademais, aponta que o inciso II de seu art. 3º, ao definir o conceito de omissão, confirmou que este não se confunde com a noção de falta do serviço, conceituada no inciso III do mesmo dispositivo (“As Omissões dos Agentes Públicos. *Faute du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 189-190).

²⁸⁵ A ilicitude, aqui, é tratada em seu sentido objetivo. É uma conduta reprovável não porque foi dolosa ou culposa, mas porque violou – por descumprimento – um dever legal previamente imposto.

da teoria subjetiva, ora da sua vertente objetiva – e, ainda, partindo de critérios diferentes para subsidiar a aplicação de cada uma delas –, chega a duas propostas que se destacam.

A primeira, com o intuito de minimizar a contradição teórica observada na jurisprudência do STF, seria no sentido de se alterar a concepção de dois elementos centrais da teoria geral da responsabilidade civil, harmonizando-os: a culpa, para a teoria subjetiva, e o nexa causal, que assume destaque na teoria objetiva. Quanto ao conceito de culpa, o autor aponta a necessidade de que sua tradição civilista seja acomodada às contribuições trazidas pelo direito administrativo, sobretudo no que diz respeito à noção de culpa anônima do serviço público. A estrutura do nexa de causalidade, por sua vez, deveria atrair a noção de razoabilidade, no sentido de se verificar o que era possível, ao Estado, realizar para evitar a ocorrência do evento danoso²⁸⁶.

Em segundo, não obstante indique a necessidade de reavaliação dos conceitos aplicados para a decisão de cada caso em concreto, o autor pretende afastar a possibilidade de ser definir, *a priori*, qual é a natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por omissão²⁸⁷. Assim, deve ser averiguado, caso a caso, e com base nos conceitos reformulados de culpa e nexa de causalidade, “se determinado comportamento passivo está além ou aquém do que se espera do Estado, daquela faixa imaginária de eficiência estatal representativa do anseio social”²⁸⁸. Considerando, então, que haverá um grau esperado de eficiência na prestação das obrigações ao Estado conferidas, o autor defende que:

Quando o comportamento estatal estiver muito abaixo do mínimo esperado, objetiva será a responsabilidade. Quanto mais próximo do mínimo, será subjetiva. Dentro das fronteiras do padrão (entre o mínimo e o máximo, ou acima delas) e surgirem danos, o Estado será verdadeiramente irresponsável, porque tendo adotado os procedimentos que estavam ao seu alcance e tomando as cautelas de rigor, atuou com a diligência esperada. Não pode merecer censura e não se será justa qualquer indenização de sua parte²⁸⁹.

A recomendação, conforme indica o autor, aproxima-se da teoria de Sergio Cavalieri Filho, que professa que o critério para decidir pela aplicação da teoria objetiva ou

²⁸⁶ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 118-121.

²⁸⁷ *In verbis*: “Do exame das lições doutrinárias e jurisprudenciais pesquisadas, depreende-se que não há nem pode haver hermética posição sobre a natureza jurídica específica da responsabilidade estatal decorrente da respectiva omissão. Instável estabelecer *a priori*, à míngua da análise das características dos casos concretos, se objetiva ou subjetiva a responsabilidade do Estado” (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 125).

²⁸⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 125.

²⁸⁹ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 125.

subjetiva deve partir da distinção entre a omissão genérica e a omissão específica. Em linhas gerais, 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”. Assim, continua o autor, “faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, [porquanto] pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda”²⁹⁰.

A omissão genérica, por seu turno, ocorre quando não é exigível do Estado uma atuação específica. Nesses casos, não obstante exista um dever legal amplo atribuído ao Estado – o de evitar a ocorrência do dano –, a sua omissão não implica em descumprimento de dever legal de agir, servindo, por isso, tão somente, como concausa²⁹¹ para a produção do resultado danoso. Como a omissão do Estado não se configura como causa direta e imediata do dano, mas apenas concorre para a sua consumação, incide a teoria da responsabilidade subjetiva, gerando, para o lesado, o dever de “provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido”²⁹².

Encontrando um ponto em comum entre os critérios de definição da natureza jurídica da responsabilidade do Estado por ato omissivo, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto conclui: “Se o Estado ignora deveres específicos e de sua inação derivam danos a terceiros, comporta-se muito abaixo do padrão mínimo de eficiência. Se incide em omissão genérica, embora fora do padrão do rendimento ideal, está mais próximo do mínimo tolerado”²⁹³.

Em qualquer uma das hipóteses, não se admite a incidência de responsabilização quando a omissão estatal for lícita: na omissão específica, descumprindo o Estado dever especial de agir e, assim, situando-se abaixo do mínimo padrão de eficiência, mesmo que a responsabilização independa de culpa – sendo, portanto, objetiva –, a ausência do agir configura afronta ao ordenamento jurídico; se for genérica a omissão, mesmo que o Estado se aproxime da mínima eficiência tolerada, para que haja responsabilidade, deverá haver culpa na atuação. E, em sede de responsabilidade subjetiva, a conduta culposa reveste-se de ilicitude.

²⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 337.

²⁹¹ A concausa representa evento que, embora não possa ocasionar por si só o dano, contribui para a medida de sua intensidade. Ou seja, é uma circunstância que, caso ocorresse isolada, não seria suficiente para causar o dano, mas, em ocorrendo, serve para agravar o resultado. Assim, como a mera concausa não inicia e nem interrompe o processo causal, mas apenas o reforça, ela não forma, de modo independente, nexos de causalidade entre a conduta e o resultado. Por esse motivo, jamais poderá ser objeto de responsabilização civil de seu agente.

²⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 338.

²⁹³ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 125-126.

3.1.2.3. Excludentes de ilicitude

Existem situações que, em ocorrendo, afastam a ilicitude da conduta, a partir da autorização legal de que o agente atue daquela forma. Em outras palavras, o ato que, a princípio, seria considerado contrário ao direito, passa a ser considerado lícito. São as chamadas causas excludentes de ilicitude: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal²⁹⁴.

No âmbito do Direito Civil, o tema encontra fundamento legal no art. 188 do Código Civil, que estabelece, *in verbis*:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

A legítima defesa encontra definição no art. 25 do Código Penal: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Nesse caso, a ilicitude da conduta é afastada porque o agente atua com a intenção de se defender de dano injusto que lhe pode ser causado por outra pessoa. Assim, ainda que deste ato em legítima defesa sobrevenha dano à pessoa que oferecia a ameaça, ele não será considerado contrário ao direito²⁹⁵.

O estado de necessidade, explica Sergio Cavalieri Filho, “ocorre quando alguém deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão em pessoa, a fim de remover perigo iminente”²⁹⁶. Nesse caso, afasta-se a ilicitude da conduta em virtude da necessidade de supressão da situação de perigo causada por pessoa diversa, e desde que a medida adotada seja necessária e indispensável para afastar o perigo²⁹⁷.

²⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenthal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 586.

²⁹⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

²⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

²⁹⁷ Também encontra definição no Código Penal o estado de necessidade:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

O exercício regular de direito, contrapondo-se ao exercício abusivo de direito, configura cenário em que o ato será lícito por encontrar respaldo no direito. Isso significa que a conduta deve ser praticada regularmente, “segundo os padrões de razoabilidade social, à luz das legítimas expectativas sociais”²⁹⁸.

O estrito cumprimento de dever legal, ainda que não contemplado expressamente pelo art. 188 do CC, também afasta a ilicitude da conduta. Cristiano Chaves de Farias explica que, se o ordenamento jurídico atribui a determinada pessoa algum dever, a atuação pautada e limitada por tal comando não poderá ser considerada ilícita. Para que mantenha a licitude, entretanto, é fundamental que, além de decorrer de imposição jurídica, o ato seja praticado em conformidade com a própria lei, com os direitos fundamentais e com as garantias individuais, em respeito ao Estado Democrático de Direito²⁹⁹.

Ocorre que a existência de uma causa excludente da ilicitude da conduta não implica, necessariamente, em exclusão do dever de reparar eventual dano resultante desta conduta. Ou seja, excludente de ilicitude não é sinônimo de excludente de responsabilidade. Assim, mesmo que um ato seja praticado em conformidade com o direito, poderá resultar em imposição, ao seu agente, de responsabilização³⁰⁰.

A prática de um ato em legítima defesa, não obstante configure comportamento lícito de seu agente, poderá causar, por exemplo, dano a uma terceira pessoa, diferente daquela que gerou a situação justificadora da legítima defesa. Nesse caso, por mais que a conduta tenha sido lícita, o seu resultado atingiu pessoa diversa, a quem se assegura o direito à indenização. O mesmo se aplica em cenário de estado de necessidade³⁰¹.

Ao abordar o exercício regular de direito como causa excludente de ilicitude da conduta, Cristiano Chaves de Farias indica que:

Em se tratando da responsabilidade civil do Estado, a excludente em questão é excludente de ilicitude, não de responsabilidade civil. Mesmo ações lícitas do

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

²⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 155.

²⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 156.

³⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 586.

³⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 586-587.

Estado podem fazer surgir dever de reparar. Em outras palavras: o exercício regular de direito não é excludente de responsabilidade civil do Estado³⁰².

Por fim, em relação ao estrito cumprimento de dever legal, situação que pressupõe a atuação de agente público em sentido amplo, Cristiano Chaves de Farias defende, também, a possibilidade de se imputar ao Estado responsabilidade por danos que decorram dessa atuação lícita de seus agentes. Novamente, socorre-se do argumento de que a existência de causa excludente de ilicitude da conduta não implica, necessariamente, em exclusão de responsabilidade estatal^{303 - 304}.

3.1.3. Nexo de causalidade

A responsabilidade civil do Estado, tal como prevista na Constituição Federal de 1988, acolhe a teoria objetiva baseada no risco, devendo o Estado indenizar a pessoa que sofreu o dano independentemente da comprovação de culpa de seus agentes³⁰⁵. Entretanto, entre o dano e a conduta que o causou deverá existir um terceiro pressuposto da responsabilidade civil: o nexo de causalidade. Nas hipóteses em que o dano advém de uma conduta lícita – e, portanto, comissiva – do Estado, não poderia ser diferente: o liame de causalidade será essencial para que se impute ao Poder Público responsabilidade civil.

Nos casos de omissão estatal, o liame de conexão entre a ação negativa e o resultado, ainda que sob uma roupagem especial e diferenciada³⁰⁶, configura-se como

³⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 587.

³⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 587-588.

³⁰⁴ O autor ressalta, ainda, que o argumento do estrito cumprimento de dever legal é muitas vezes utilizado pelo Estado como forma de se eximir da responsabilidade civil. Confirma-se: “Como o estrito cumprimento de dever legal pressupõe um agente público (no sentido amplo), é preciso bem separar as responsabilidades. Se, digamos, um policial, durante troca de tiros com assaltante, no estrito cumprimento do dever legal, fere alguém que passava pelo local, o Estado responde objetivamente pelo dano (art. 37, § 6º, da CF/88). Para, em ação regressiva, ser ressarcido, o Estado precisará provar a culpa do policial, pois a alegação de estrito cumprimento do dever legal o eximirá da reparação” (Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 156-157).

³⁰⁵ Yussef Said Cahali aponta que: “No plano da responsabilidade objetiva, o dano sofrido pelo administrado tem como *causa o fato objetivo* da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular, incomponível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste”. O autor continua: “A questão desloca-se, portanto, para a investigação da *causa* do evento danoso, objetivamente considerada [...]” (Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35, grifos do autor).

³⁰⁶ Fernando Menezes, nesse sentido, entende que: “o “nexo de causalidade” a ser estabelecido entre uma omissão e o dano não é um nexos factual, detectável no mundo sensível; é antes um nexos abstrata e ficticiamente

elemento indispensável ao surgimento da obrigação de reparar os danos sofridos pelos administrados.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que, quando o Estado deixa de agir, omitindo-se, ele não é, concretamente, o causador ativo daquele dano. Isso porque a causa de um evento danoso sucederia, sempre, de um comportamento comissivo. Por outro lado, nas hipóteses em que existe uma omissão estatal, esta conduta negativa somente poderia servir como mera condição para a consumação do resultado danoso³⁰⁷. Por esse motivo, o autor entende que seria desarrazoado que a responsabilização do Estado pelo dano que ele não causou efetivamente impusesse-se independentemente da avaliação da qualidade da omissão³⁰⁸. Assim, advoga o autor pela incidência da teoria da responsabilidade civil subjetiva.

De toda forma, independentemente de se tratar de ação ou omissão, de aplicação da teoria objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil, o nexo causal assume sempre um papel central. Sergio Cavalieri Filho, observando sua importância, explica que “A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil”³⁰⁹. Isso porque, mesmo nos casos de responsabilidade subjetiva, ainda que se verifique a existência de uma atuação – positiva ou negativa – culposa, somente haverá a obrigação de reparar o dano se ele foi causado pela conduta do agente. Assim, recomenda o

atribuído pelo direito, ao associar uma sanção ao resultado, tornando a omissão o descumprimento do dever de agir. Supor, ao pé da letra, que a omissão – no caso, omissão estatal – seja naturalmente (e não por força do estabelecimento do dever de agir) uma “causa”, no limite, acarretaria a responsabilidade do Estado por qualquer dano. Isso porque qualquer dano seria potencialmente imputável a alguma omissão do Estado; dito de outro modo, sempre seria possível supor que se o Estado (quase onipotente) houvesse adotado determinada medida, teria evitado o dano” (Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 8/2014, p. 147, maio/2014, DTR\2014\2145, p. 17).

Em postura ainda mais radical com relação à formação de nexo causal nos casos em que a conduta estatal é omissiva, Ricardo Marcondes Martins defende que: “não há que se falar em nexo causal na responsabilidade omissiva, há apenas imputação: primeiro, do dever de evitar o dano; depois, conexo ao primeiro, do dever de reparar o dano”. Assim, imputa-se o dever de reparar o dano em decorrência do descumprimento do dever de evitar a sua ocorrência (omissão), e não pela atuação estatal que causa dano (“Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 369).

³⁰⁷ O autor explica que: “De fato, na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido *condição* do dano, e não *causa*. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvesse ocorrido, teria impedido o resultado” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 968, grifos do autor).

³⁰⁸ Aproximando-se da doutrina defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, Jacintho de Arruda Câmara sustenta que, nos casos de omissão estatal, faz-se necessário averiguar a culpa na atuação gravosa: “Aplicar objetivamente a responsabilidade para tais situações implicaria eleger o Estado um segurador universal; e isto, positivamente, não se fez” (“A Relevância da Culpa na Responsabilidade Extracontratual do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 86).

³⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65.

autor que primeiro seja averiguada a formação do nexos de causalidade para que depois se analise se a conduta causadora do dano foi ou não foi culposa^{310 - 311}.

Além dessa relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado – o elemento naturalístico do nexos causal –, é necessário que exista também um elo jurídico, normativo, para que se verifique se haverá o dever de reparar o dano causado. Assim, o evento deverá ser analisado segundo um processo técnico de probabilidade e que segue parâmetros criados pelo sistema de direito, com o objetivo de verificar qual foi a conduta apta e indispensável à produção do resultado danoso. É por isso que se compreende o nexos causal enquanto um conceito jurídico-normativo, e não puramente naturalístico³¹².

O processo técnico de probabilidade ao qual se refere Sergio Cavaliere Filho, visando à averiguação de qual comportamento foi idôneo a causar o dano e, portanto, a formar o nexos de causalidade, não é tão simples quanto parece ser. O autor aponta que nem sempre se poderá estabelecer uma ligação direta entre a conduta e o resultado. Por vezes, haverá uma multiplicidade de condições, em que diversas circunstâncias contribuem, em menor ou maior intensidade, para a formação do evento danoso³¹³. Nesses casos, em que há uma “causalidade múltipla”, tanto a doutrina quanto a jurisprudência oscilam entre a adoção de algumas teorias formuladas para que se possa chegar ao comportamento que, de fato, causou o dano.

As teorias do nexos causal, desenvolvidas com o intuito de oferecer um “mecanismo de aferição de quais das condutas que antecederam ao evento danoso devem ser levadas em conta no exame da responsabilidade civil do agente”³¹⁴, podem ser divididas em três correntes principais: i) teoria da equivalência dos antecedentes causais; ii) teoria da causalidade adequada; e iii) teoria da causalidade direta e imediata.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non* foi desenvolvida em 1860 por Maximilian von Buri³¹⁵. A partir dessa teoria, considera-se como causa do resultado danoso a conduta que, se fosse hipoteticamente eliminada, faria com

³¹⁰ Nos casos de responsabilidade objetiva, por outro lado, o nexos de causalidade assume papel ainda mais relevante. Isso porque não se passaria à etapa seguinte – a de verificação da culpabilidade da conduta –, bastando a configuração do nexos causal para que se impute ao agente causador do dano a obrigação de repará-lo.

³¹¹ No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 365-368.

³¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66-67.

³¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67.

³¹⁴ AHUALLI, Tânia Mara, “Ensaio sobre o Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 353.

³¹⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes, “Responsabilidade Civil do Estado, Nexos Causal e Imputação Objetiva”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 367.

que o dano deixasse de existir³¹⁶. Como a todos os eventos que antecedem o resultado se aplica o mesmo valor e a mesma relevância para a sua produção, a aplicação prática da teoria da equivalência dos antecedentes causais mostra-se dificultosa. Isso porque, apegando-se à noção simplesmente naturalística do nexo de causalidade, ela abre espaço para o regresso infinito^{317 - 318}. A teoria *sine qua non*, portanto, é insuficiente para a qualificação do nexo causal enquanto conceito jurídico-normativo.

Formulada por Johannes v. Kries³¹⁹, a teoria da causalidade adequada propõe uma análise jurídica, e não meramente naturalística, da conduta que será considerada como causa do dano³²⁰. Assim, num exercício hipotético e de caráter retrospectivo, que procura valorar, de maneira diferenciada, os eventos que ocorreram no processo de formação do resultado, busca-se analisar qual é o evento mais adequado à produção do dano. Para a teoria da causalidade adequada, o nexo causal é formado a partir da conduta que, além de necessária à produção do resultado, era, a partir de um juízo objetivo de previsibilidade e probabilidade³²¹, a mais apropriada à sua realização³²².

³¹⁶ Na esfera do Direito Penal, disciplina que também se dedica ao estudo das relações de causalidade entre uma conduta e um resultado, Damásio de Jesus explica que: “É o denominado *procedimento hipotético de eliminação* de Thyren, segundo o qual a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber o segundo fenômeno” (Direito penal, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 288, grifos do autor).

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, a teoria da equivalência dos antecedentes causais segue o mesmo procedimento eliminatório. Ricardo Marcondes Martins, a esse respeito, aponta que: “com a supressão mental do evento o resultado deve desaparecer; se não desaparece, é porque há relação causal entre eles” (“Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 367).

³¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 372-373.

³¹⁸ A parte final do *caput* do art. 13 do Código Penal preceitua que: “Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Destacado o fato de que a responsabilidade penal distingue-se da responsabilidade civil, e não sendo objeto de nosso estudo uma profunda comparação entre os seus elementos diferenciadores, tampouco a análise das peculiaridades e pressupostos do fato penalmente típico, é interessante apontar que nosso Direito Penal adotou a teoria da equivalência dos antecedentes (JESUS, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287). Buscando frear o regresso *ad infinitum*, Rogério Greco defende que: “devemos interromper a cadeia causal no instante em que não houver dolo ou culpa por parte daquelas pessoas que tiveram alguma importância na produção do resultado” (Curso de Direito Penal: Parte Geral. 14. ed. rev. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 218).

Por outro lado, a responsabilidade civil do Estado, aos moldes de nossa Constituição Federal, adotou a teoria objetiva, afastando a averiguação do liame subjetivo na conduta do agente estatal (salvo nos casos de exercício do direito de regresso). Aqui, por óbvio, a sugestão apresentada por Rogério Greco não poderia ser aplicada.

³¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes, “Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 367.

³²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 373.

³²¹ Assim como a teoria *sine qua non*, a teoria da causalidade também é alvo de críticas: “Assusta crer que uma pessoa seja responsabilizada civilmente com base na probabilidade de normalidade de um comportamento e não

José Joaquim Gomes Canotilho, estudando a questão do nexo de causalidade nas hipóteses em que o dano resulta de uma conduta lícita do Estado, aponta a teoria da causalidade adequada como a mais adaptável, via de regra, às hipóteses em que o ente público é obrigado a indenizar um dano causado em virtude da atividade lícita de seus agentes. O autor explica que, pela teoria da causalidade adequada, “existe uma intervenção geradora de um dever indenizatório estadual quando a medida soberana, segundo a sua espécie, era adequada a provocar o dano”³²³. Sendo assim, somente seria razoável a condenação do Estado quando sua atuação lícita constituísse, em abstrato, a condição que, de maneira adequada e apropriada, levou o particular a suportar um dano suscetível de indenização³²⁴.

Por fim, a partir da teoria da causalidade direta e imediata, também denominada teoria da interrupção do nexo causal, “só será considerada causa eficiente para o dano aquela que com ele tiver um liame direto e imediato. Todos os danos que se ligarem ao fato do agente de forma indireta e mediata serão excluídos da causalidade”³²⁵.

Quanto à noção de interrupção do nexo causal, Tânia Mara Ahualli aponta que, segundo esta teoria, para que seja considerada causa, a conduta deverá anteceder cronologicamente ao resultado³²⁶.

Verifica-se que, ao contrário da teoria da causalidade adequada, em que se faz um juízo de probabilidade, a teoria da causalidade direta e imediata busca fixar um critério objetivo para a determinação do evento que será apto à construção do nexo de causalidade. Posição adotada pelo nosso Código Civil³²⁷, a teoria da causalidade direta e imediata demanda, para fins de melhor exame do caso concreto, uma interpretação menos rígida. Nesse sentido, aponta a doutrina para o desenvolvimento da subteoria da necessidade, segundo a

da certeza de dano” (FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 375).

³²² AHUALLI, Tânia Mara, “Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 354.

³²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 313.

³²⁴ Conferir CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 309-320.

³²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 375.

³²⁶ AHUALLI, Tânia Mara, “Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 355.

³²⁷ É o que dispõe o art. 403 do CC/2002: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual” (grifos nossos).

qual mesmo que o evento não esteja temporalmente mais próximo do resultado, ele será considerado como causa quando o dano for dele necessariamente decorrente^{328 - 329}.

3.1.3.1. Excludentes de causalidade

A responsabilidade objetiva costuma fundamentar-se na noção de risco³³⁰. Na seara da responsabilização estatal, acompanha-se aqueles que defendem que o Direito brasileiro adotou, como regra, a teoria do risco administrativo, que se distingue da modalidade do risco integral³³¹. Todavia, há casos excepcionais em que incide a teoria do risco integral, como ocorre, por exemplo, em cenário de dano causado por acidente nuclear (CF/88, art. 21, XXIII, *d*).

A distinção entre o risco administrativo e o risco integral reside justamente na configuração do nexo causal, e nas possibilidades de se afastar o dever de indenizar em decorrência da existência de uma causa excludente de causalidade³³². Quando se adota a teoria do risco administrativo, apesar de a responsabilidade civil extracontratual prescindir de culpa, é fundamental que o resultado danoso se ligue à conduta pelo liame de causalidade. Em outras palavras, verifica-se indispensável a formação do nexo causal, admitindo, portanto, que o Estado se exima da obrigação de reparar o dano nas hipóteses em que ocorrer algum evento que prejudique a construção desse vínculo jurídico-normativo.

³²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 376-377.

³²⁹ A subteoria da necessariedade também não escapa às críticas: “A perplexidade que daí emerge diz respeito ao “retorno ao ponto de origem”. Com efeito, a subteoria da necessariedade elimina a rigidez e minimalismo da teoria da causalidade direta e imediata. Todavia, ao abrir as portas para a reparação de danos mediatos culmina por se aproximar da teoria da causalidade adequada, no que tange à abertura e à imprecisão de conceitos” (FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 378).

³³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, estudando a evolução da responsabilidade do Estado, ao alcançar a objetivação das teorias da responsabilidade, afirma que: “ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente *objetiva*, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, *responsabilidade pelo risco* administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 960, grifos do autor).

³³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 324; PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 790-791; FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 821; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 781-782.

³³² FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 821.

Já para a teoria do risco integral, modalidade extremada da doutrina do risco, a responsabilidade civil existirá mesmo quando o dano não for decorrência (adequada, direta, imediata, necessária, a depender da teoria adotada) da conduta do agente estatal. Assim, dada a excepcionalidade do evento que motiva a sua aplicação, ainda que ocorra um fator excludente do nexo causal, haverá o dever de reparar o dano causado³³³.

Quais são, então, as causas excludentes de causalidade, aplicáveis para eximir o Estado de responsabilidade quando incide a teoria do risco administrativo, mas não admitidas nas hipóteses de aplicação da teoria do risco integral?

Em geral, a doutrina aponta como causas que afastam a configuração do nexo causal a interferência de terceiros, da própria vítima do dano, ou, ainda, a ocorrência de evento resultante de caso fortuito ou força maior.

O fato³³⁴ exclusivo da vítima ocorre nas situações em que o dano suportado pela vítima decorre, exclusivamente, de uma conduta a ela atribuída. Assim, rompe-se o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal, afastando-se a responsabilização do ente público justamente pela ausência de vínculo entre a sua atuação e o prejuízo sofrido. Também poderá ocorrer situação em que a conduta da vítima concorre com a conduta do Estado para a produção do resultado. Nesse caso, uma vez que há a formação de nexo de causalidade entre a

³³³ Exemplificando uma situação em que se acolhe a teoria do risco integral, Lucas Rocha Furtado afirma que: “Na hipótese de ocorrer dano a particular em decorrência da exploração, pela União, da energia nuclear (CF, art. 21, XXIII, “c”), situação em que é adotada a teoria do risco integral, o poder público será obrigado a ressarcir os danos ainda que o culpado seja o próprio particular. Suponha que visitante da Usina de Angra I, por absurda imprudência, sofra dano. Não obstante o particular seja o culpado pelo dano por ele próprio sofrido, não será afastada a responsabilidade civil da União” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 821).

³³⁴ Prefere-se a adoção do termo “fato” ao invés de tratar como “culpa”. Entende-se que esta é a terminologia que melhor se ajusta à análise das hipóteses de exclusão do nexo de causalidade, porquanto o estudo gira em torno de um pressuposto a ser verificado objetivamente, independentemente da esfera subjetiva da conduta da vítima ou do terceiro. Assim, como se analisa o nexo causal e não a ocorrência de ato ilícito em sentido subjetivo, sendo irrelevante para o afastamento de sua formação a qualidade do comportamento da vítima ou do terceiro, mostra-se mais adequada a adoção da expressão “fato”.

No mesmo sentido, Odete Medauar explica que: “Outro fator [que isenta o Estado de responsabilidade] situa-se na chamada *culpa da vítima*. A expressão é usual, embora imprópria, porque nem sempre a vítima atua com dolo ou culpa. Mais apropriada se apresenta a expressão *conduta da vítima*. Neste caso, a conduta da vítima, exclusiva ou concorrente, contribuiu para o dano que sofreu: se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente; se o dano decorreu, ao mesmo tempo, de conduta da vítima e da Administração, esta responde em parte” (Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 438, grifos da autora).

Lucas Rocha Furtado, de maneira diversa, entende que: “A existência da primeira excludente de responsabilidade, a *culpa exclusiva da vítima ou de terceiro*, leva-nos à conclusão de que a culpa não é totalmente irrelevante na teoria objetiva do risco administrativo. Ela não precisa ser demonstrada por aquele que pede indenização. Todavia, se aquele contra quem se demanda demonstra que houve culpa (em sentido amplo) por parte do particular que pleiteia indenização ou por parte de terceiro, ele se exime da responsabilidade. Verifica-se, na teoria do risco administrativo, efetiva inversão do ônus da prova da culpa: o particular que pede indenização contra o poder público não precisa demonstrá-la, mas se o poder público provar a culpa do particular, se exime de responsabilidade” (Curso de Direito Administrativo. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 821, grifos do autor).

atuação estatal e o dano, a responsabilização do ente público se dará na medida de sua participação para o evento danoso³³⁵, cuidando-se não de hipótese excludente de causalidade, mas, sim, de adequação do *quantum* indenizatório³³⁶.

Com relação ao fato exclusivo de terceiro, existe uma situação em que o dano é causado por pessoa que não se enquadra na descrição do art. 37, § 6º, da CF/88. Desta forma, não há que se falar em nexo causal entre o prejuízo sofrido e a atuação das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. O dano, tendo sido causado por pessoa diversa, não poderá ser ressarcido pelo Estado.

As hipóteses de caso fortuito e força maior não encontram tratamento uniforme na doutrina. Há quem entenda se tratar de termos sinônimos. Por outro lado, existe quem distinga os institutos, atribuindo-lhes características distintas. Ainda, dentre aqueles que distinguem os conceitos, também se encontram disparidades: o que uns entendem se tratar de caso fortuito, outros denominam de força maior, e vice-versa³³⁷.

De maneira geral, costuma-se atribuir à força maior os eventos que independem da vontade humana. Seriam os fenômenos da natureza, situações que, por mais que possam ser previstas, não podem ser evitadas. A força maior, portanto, caracteriza-se pela irresistibilidade. A seu turno, o caso fortuito seria evento que, decorrente de um acontecimento humano, não pode ser previsto. Desta forma, marcado pela imprevisibilidade, as consequências danosas que advêm do caso fortuito são também inevitáveis³³⁸.

Odete Medauar resume que a força maior estaria “expressa em irresistíveis fatos da natureza; por exemplo: inundação de rio, ressaca de mar na praia, queda de raio, tremor de terra, chuva de granizo”³³⁹. Por sua vez, “O caso fortuito diz respeito a um acidente ou falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo”³⁴⁰.

³³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 795-796.

³³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 583.

³³⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 43.

³³⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 43-49.

³³⁹ Com relação às omissões estatais, a autora prossegue, alertando que: “Se, nesse caso, houver também omissão do Estado na adoção de medidas que poderiam ter atenuado ou impedido os danos, caberá sua responsabilização” (Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 438).

³⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 438, grifos da autora.

Independentemente da posição adotada para conceituar os institutos da força maior e do caso fortuito, sustenta-se a exclusão do nexo de causalidade pela impossibilidade de se evitar o resultado danoso.

Para que o Estado se exima do dever de indenizar o dano, incumbe-lhe o ônus de comprovar a ocorrência de hipótese de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro. É o que explica Cristiano Chaves de Farias:

No aspecto probatório, é o ofendido que provará o nexo causal entre a conduta do agente e o dano. Contudo, caberá ao suposto ofensor excluir a relação de causalidade pela via da interrupção do nexo causal, demonstrando a substituição da primeira série causal pela segunda³⁴¹.

3.2. Fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado

A responsabilidade civil extracontratual do Estado, além de encontrar previsão constitucional, decorre, primordialmente, da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito. Seu fundamento jurídico, portanto, pode ser extraído do próprio texto constitucional, não somente por se encontrar expresso no § 6º, do art. 37, da CF/88, mas também porque é uma consequência lógica do modelo estatal adotado em nossa Constituição.

Essa constatação não é observada somente no ordenamento jurídico brasileiro. Julio I. Altamira Gigena, ao estudar a responsabilidade do Estado argentino, observa que: “*El principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de derecho democrático*”³⁴². Também José Luis Palazzo indica que: “*En realidad, el fundamento de la responsabilidad del Estado emerge del conjunto de caracteres del Estado de Derecho mismo*”³⁴³.

Ainda, sendo certo que a responsabilidade civil extracontratual do Estado deixou de se basear na culpa, apegando-se, em contrapartida, ao risco inerente às atividades desenvolvidas, com a consequente objetivação da imposição do dever de reparar os danos causados, torna-se essencial a compreensão acerca dos atuais fundamentos doutrinários desta responsabilidade³⁴⁴. Esse estudo deve se vincular à percepção da ampliação das atividades

³⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3 / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 375.

³⁴² GIGENA, Julio I. Altamira. *Responsabilidad Del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 89.

³⁴³ PALAZZO, José Luis. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 26.

³⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, buscando diferenciar os elementos que precisam estar presentes para que incida a responsabilidade do Estado – ou seja, seus pressupostos – dos fundamentos que ensejam essa responsabilização, explica que: “Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, a dizer, jadores da obrigação de reparar o dano. Ou,

atribuídas ao Estado contemporâneo, o qual, incumbido de prestar incontáveis serviços aos seus administrados, acaba por ampliar ainda mais o potencial lesivo de sua atuação, podendo produzir, inclusive quando atuando de maneira lícita, os mais diversos danos.

Observando a evolução da responsabilidade do Estado, Elcio Trujillo indica que, no caminho percorrido entre a completa irresponsabilidade estatal, a responsabilização fundamentada na culpa e, finalmente, a responsabilidade calcada no risco, ocorre um distanciamento com relação à análise das qualidades da conduta do agente, passando-se a adotar, como ponto de partida para a imposição do dever legal de ressarcir o prejuízo, o dano suportado pela vítima, como forma de “restaurar o equilíbrio econômico-jurídico rompido pelo dano”^{345 - 346}.

Também em atenção às transformações sofridas pelo instituto da responsabilidade civil extracontratual, com relação à transição das teorias subjetivas para as teorias objetivas, José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que:

Ao aproximar-se o final do século XIX, as ideias do princípio da igualdade e do risco, que tinham permanecido ocultas num mundo preocupado com o livre desenvolvimento do indivíduo e alheio à distribuição dos danos fortuitamente causados ou derivados de actividades isentas de culpa, passam a ganhar a atenção dos filósofos, sociólogos e juristas, concordantes no facto de o acréscimo incessante da possibilidade de causação de danos pelo Estado não poder ser satisfatoriamente resolvido nos limites dos quadros da responsabilidade subjectiva. As novas ideias do risco e dano anormal, começam a ser invocadas como possíveis fundamentos das prestações ressarcitórias dos entes públicos. Os autores publicistas vão mais longe e aproveitam a ocasião para apresentar construções dogmáticas da responsabilidade puramente objectivas³⁴⁷.

Destacado o carácter objetivo, enquanto aquele que se afasta da noção de culpa para impor ao Estado o dever de reparar os danos causados a particulares, José Joaquim Gomes Canotilho menciona algumas teorias elaboradas por diversos doutrinadores. Em cada uma delas, o autor busca evidenciar que o critério adotado para fundamentar a incidência de responsabilidade civil do Estado não se baseia na distinção entre ato lícito ou ilícito,

dizendo com maior rigor: consiste naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 960).

³⁴⁵ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 56.

³⁴⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, no mesmo sentido, aponta que: “Tendo o instituto da responsabilidade civil como função primordial a transferência de um sujeito para outro da incidência do dano, essa função não será realizada considerando as modalidades de conduta do lesante, mas dando preliminarmente relevo à situação da vítima” (O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 98).

³⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 56.

preocupando-se, no lugar da qualidade da conduta geradora do dano, com a existência de uma lesão suportada pelo particular, merecedora de reparação. Confira-se³⁴⁸:

a) Teoria do sacrifício, de Otto Mayer

Segundo esta teoria, surgida no direito alemão, bastaria a imposição de um sacrifício que onerasse desigualmente a um ou a vários cidadãos para que existisse a imposição de ressarcimento do dano. Assim, bastaria o nexo de causalidade entre o sacrifício especial e a conduta do ente público, independentemente de esta última ter sido lícita ou ilícita, e desde que tenha sido praticada no exercício de quaisquer das funções do Estado.

b) Ideia de segurança social, desenvolvida por Duguit

Duguit, em posição vanguardista com relação ao modelo francês, ainda fundamentado na noção da *faute de service* – que, apesar de abandonar a culpa pessoal, ainda exigia a configuração da culpa anônima do serviço –, apresenta a ideia de segurança social como forma de sustentar a responsabilidade do Estado ainda quando o serviço prestado tenha funcionado bem. Assim, o fundamento da obrigação de indenizar estaria calcado na ideia de segurança social, que imporia a responsabilidade do Estado nos casos em que a prestação – boa ou má – dos serviços públicos viesse a causar danos aos cidadãos.

c) Ideia de lesão, de Orlando

No direito italiano, José Joaquim Gomes Canotilho aponta que Orlando, buscando afastar a análise acerca da culpa ou da ilicitude da ação causadora de dano, propunha como pressuposto da responsabilidade do Estado apenas a ocorrência de lesão a um direito. O fundamento da responsabilidade seria tão somente o dano sofrido pelo lesado.

d) Ideia de risco, a partir de Cunha Gonçalves

Apresentando, por fim, uma referência do direito português, José Joaquim Gomes Canotilho aponta na doutrina de Cunha Gonçalves a adoção do critério do risco para substituir a noção de culpa enquanto fundamento da responsabilização do Estado. Segundo este autor, independentemente de decorrer de um ato legal ou ilegal, o dano sofrido mereceria reparação com base no risco criado por aquele que exerce determinada atividade.

3.2.1. Princípio da legalidade

Não é unânime na doutrina, todavia, a opção pelo estudo unitário do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello, no direito

³⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 56-59.

brasileiro, adota entendimento segundo o qual o fundamento da responsabilidade do Estado seria bipartido, apresentando justificativas distintas atribuíveis ao dever de reparar o dano proveniente de ato ilícito e à obrigação de indenizar o dano oriundo de sua atividade lícita.

Em linhas gerais, a partir da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento que justificaria a responsabilidade do Estado por atos ilícitos decorreria do princípio da legalidade, ao passo que, nos casos em que é o comportamento lícito estatal que causa dano a terceiros, a responsabilização do Estado encontraria seu fundamento no princípio da igualdade, no intuito de restabelecer a repartição equânime dos ônus e encargos públicos:

A nosso ver, o fundamento se biparte.

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 Direito³⁴⁹.

A responsabilidade do Estado por ato ilícito, nesse sentido, ocorreria “quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, em obediência à legislação, não o faz ou ainda, atua de modo ineficiente”³⁵⁰. Tal conduta, portanto, representaria infração ao princípio da legalidade, porquanto violada a imposição de que o Estado se submeta às normas jurídicas e cumpra os deveres legislados³⁵¹.

Com relação ao princípio da legalidade, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto destaca que: “De ordinário, a responsabilidade extracontratual junte-se à quebra da legalidade”³⁵². Ora, se está em voga a quebra da legalidade, avaliada tão somente com

³⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 961, grifos do autor.

³⁵⁰ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 60.

³⁵¹ Elcio Trujillo conclui que: “O ato praticado pela Administração, sem atender aos limites impostos pela lei, deflagra responsabilidades junto ao agente público” (Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 61).

Destaque-se que, com relação à postura assumida pelo autor, presume-se adotada a legalidade em sentido restrito, sem levar em consideração os aspectos da legitimidade e da juridicidade. Sendo assim, levando em consideração que a própria legalidade, no contexto do atual Estado Democrático de Direito, amplia-se a partir das noções de legitimidade e de juridicidade, o princípio da legalidade (em sentido amplo) poderia servir como fundamento, também, para a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos. Isso porque se faz necessária a avaliação não somente da conduta – legal ou ilegal – do agente público, como também da juridicidade de seu resultado – se ele causou ou não causou danos a terceiros.

³⁵² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 64.

relação à conduta, presume-se ilícito o ato causador do dano. Com efeito, não se desconhece que a regra é que o Estado seja responsabilizado civilmente por seus atos ilícitos causadores de dano. Todavia, é necessário apontar que, também quando atua licitamente, o Estado pode causar danos a terceiros, e a violação a determinados direitos pode vir a ensejar a necessidade de reparação. Um dos pontos de partida, portanto, para sustentar que o Estado responda por suas condutas lícitas, reside no fundamento adotado para justificar essa modalidade de responsabilidade a ele imposta.

3.2.2. Princípio da igualdade perante os ônus e encargos públicos

Diante da constatação do paradigma do Estado contemporâneo, ainda que alguns dos fundamentos utilizados para justificar a existência da responsabilidade civil – tal como o princípio da legalidade – tenham funcionado de maneira satisfatória, faz-se necessário ampliar e revisar o espectro de fundamentações, de modo a promover a compatibilização do instituto da responsabilidade do Estado com o modelo estatal adotado: o Estado Democrático de Direito³⁵³. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, nesse sentido, explica que:

Correto dizer que a variedade e a complexidade de condutas ativas e passivas da Administração, ligadas à expectativa social de atuação do Estado à mira do interesse público prevalecente, propiciam que responsabilidades estatais não encontrem um fundamento jurídico único. Conseqüência da evolução doutrinária e jurisprudencial da matéria, considere-se que o princípio da legalidade – mesmo interpretado em sentido demasiadamente amplo – não demonstra aptidão para fundamentar as modalidades de responsabilidade extracontratual civil impostas ao Estado Moderno. Cite-se a responsabilidade estatal decorrente de comportamentos lícitos. Como sustentar, no particular, que inexoravelmente provém da quebra da legalidade?³⁵⁴

Outro fundamento apresentado para sustentar a responsabilização do Estado reside na teoria da igualdade dos encargos públicos, que parte da premissa de que o Estado, no exercício de suas atividades, pode impor aos administrados alguns encargos em nome do interesse público. Ocorre que, em determinadas situações, um indivíduo acaba por suportar um ônus maior do que aquele suportado pela coletividade. Nessa hipótese, sendo injusta a

³⁵³ Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, estudando a responsabilidade do Estado por atos omissivos no contexto de um Estado ao qual são atribuídas diversas funções de prestação de serviços aos seus administrados, aponta que: “À medida que o Estado aprimora instituições democráticas, concretiza aspirações de administrados e reforça seu papel de fomentador do bem-estar social, aumenta sua responsabilidade. Via lógica de consequência, o Estado Moderno busca superar as ilhas de imunidade estatal, para que se lhe impinja – como ao cidadão – a responsabilidade derivada de seus atos e omissões” (Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 64-65).

³⁵⁴ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 65.

distribuição dos ônus e encargos públicos, a pessoa que for submetida ao encargo em condições de desigualdade fará jus à indenização por parte do Estado. Há, portanto violação aos princípios da equidade e da igualdade³⁵⁵.

Julio I. Altamira Gigena aponta que a teoria da proporcionalidade dos encargos públicos surgiu na doutrina francesa, quando formulada por Jorge Teissier. Todavia, tece críticas em relação à maneira como Jorge Teissier concebeu a responsabilização do Estado, porquanto o autor admitia que o direito à indenização somente existiria caso o ato estatal houvesse sido realizado em desconformidade com seus poderes legais. É a opinião adotada por Julio I. Altamira Gigena:

*Decimos que esta teoría es incompleta, porque muchas veces el servicio público se realiza en forma permanente, regular y continua, y sin embargo se daña a un tercero. Según Teissier, en este supuesto no corresponde indemnización, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario. Creemos que si hay daño, debe repararse, y esta reparación estará a cargo de quien lo produjo: la Administración*³⁵⁶.

Observa-se, portanto, que o Estado, no exercício de suas funções públicas, e em busca de concretizar o interesse da coletividade, poderá impor aos membros da sociedade determinados ônus e encargos, sem que isso enseje, a princípio, direito a indenização. Todavia, caso, por algum motivo, algum particular em especial venha a sofrer este encargo de maneira injusta, sendo-lhe atribuído um dano que rompa com o caráter de igualdade e equidade na distribuição desses ônus públicos, a indenização poderá surgir enquanto forma de restabelecer a igualdade na repartição das imposições estatais.

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, com relação à adoção deste princípio, alerta que: “Potencializado ao máximo, o princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos poderá fundamentar todas as hipóteses de responsabilidade. Cria-se uma inconveniência doutrinária, na medida em que persiste certa fluidez”³⁵⁷. Isso porque, independentemente de se tratar de um comportamento lícito ou ilícito do Estado, o só fato de um indivíduo sofrer um prejuízo anormal seria condição suficiente para demonstrar injustiça na medida estatal que fora adotada em nome do interesse coletivo.

A proposta sugerida pelo autor, diante da constatação da existência de diversos fundamentos que podem justificar cada tipo de responsabilidade do Estado – por ato lícito,

³⁵⁵ GIGENA, Julio I. Altamira. *Responsabilidad Del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 77.

³⁵⁶ GIGENA, Julio I. Altamira. *Responsabilidad Del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 78.

³⁵⁷ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 67.

ilícito, comissivo ou omissivo –, é a de que: “Diante de peculiaridades de casos concretos de sinistros submetidos a apreciação de exegeta – e somente assim – aquilata-se a razão de ser da responsabilidade estatal e a justiça da indenização à vítima”³⁵⁸.

Também em tom conclusivo, Elcio Trujillo observa que:

As posições aqui indicadas demonstram o quanto a matéria necessita de estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo para se chegar a uma formulação uniforme. Apura-se, contudo, em tempos atuais, a tendência preponderante de considerar como fundamento da responsabilidade do Estado os princípios da legalidade e da igualdade, o primeiro, relativo aos atos ilícitos e o segundo, característico das atividades lícitas³⁵⁹.

Nota-se que não assume relevância prática a bipartição entre os fundamentos da responsabilidade civil. O princípio da legalidade, se amplamente considerado, levando em consideração as noções de legitimidade e de juridicidade, não se restringe à simples criação e aplicação da lei, mas pressupõe o controle acerca do resultado gerado pela conduta: atribuída maior densidade à legalidade, permite-se que o Estado seja responsabilizado, ainda quando atue em observância à lei. Sendo assim, a partir da conformação do Estado pós-moderno, assume-se um modelo de Estado Democrático de Direito cuja centralidade encontra-se nos direitos fundamentais e na proteção à dignidade humana.

3.3. Responsabilidade civil extracontratual por ato lícito do Estado

3.3.1. Sentido da licitude

A incidência do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado é adequada para que se impute ao Poder Público o dever de indenizar os danos causados a particulares a partir de sua atividade lícita. Para tanto, parte-se da lição de José Joaquim Gomes Canotilho, no sentido de que a responsabilidade civil extracontratual não deve se limitar aos danos decorrentes de condutas manifestamente ilegais³⁶⁰.

A depender de se tratar de ato lícito ou ato ilícito danoso, verificou-se que os seus pressupostos e fundamentos podem encontrar características e definições diferentes e, inclusive, que, no campo de omissões estatais, somente poderá incidir a responsabilidade do

³⁵⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 75.

³⁵⁹ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 59.

³⁶⁰ Em estudo sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho indica que: “o instituto da responsabilidade surge-nos como materialmente unitário, não havendo também motivo decisivo para uma bipartição radical entre actos lícitos e ilícitos” (O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 11).

Estado quando for ilícita a omissão. No caso de condutas ativas do Poder Público, observou-se que a conduta ilícita não configura requisito da responsabilidade.

Sendo assim, não obstante possam ser estabelecidos parâmetros peculiares, em quaisquer dos casos, seja a conduta lícita ou ilícita, comissiva ou omissiva, são preenchidos os elementos que justificam a aplicação do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Não é unânime, todavia, o entendimento de que o dano decorrente da atuação lícita do Estado deva ser reparado por meio da aplicação do instituto da responsabilidade civil. Conforme lição de Marçal Justen Filho, somente seria possível admitir a incidência da responsabilidade objetiva do Estado quando o dano sofrido decorresse de atividade estatal praticada ilicitamente. Por sua vez, nos casos em que a conduta lícita do Estado gerasse dano, somente seria possível indenizar o particular se houvesse lei disciplinando o tema. Assim, o ato ilícito resultaria em responsabilidade civil objetiva, ao passo que o ato lícito geraria tão somente o dever à indenização, se a lei assim o previsse³⁶¹.

Fernando Menezes, apesar de reconhecer que a evolução do instituto ocorra em direção à proteção da vítima, apegando-se à formação do nexo de causalidade a despeito da avaliação acerca da conduta do agente causador do dano, entende que “é da essência da responsabilidade haver o ilícito, como pressuposto de sanção”³⁶².

O ilícito, tal como entendido pelo autor, poderá estar ou na conduta ou no resultado, ou em ambos. Parte-se, portanto, da noção de que a conduta e o resultado são elementos que integram o ato. Sendo assim, independentemente de a conduta ter sido lícita, se o seu resultado gerou dano, esse resultado será ilícito, e, conseqüentemente, tornará ilícito o ato³⁶³. Por esse motivo, Fernando Menezes defende não existir responsabilidade do Estado por ato lícito: se o ato é lícito, tanto a conduta quanto o resultado são lícitos. Por conseguinte, não havendo dano a ser reparado – porque a conduta não resultou em dano –, não existe sentido em se responsabilizar civilmente o autor da conduta³⁶⁴.

Entende-se que a posição assumida pelo autor coaduna-se com a pretensão ora adotada: caso o Estado, agindo em conformidade com o direito (conduta lícita), ocasione dano

³⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 3. ed. e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, tópico 17.5.2.1.

³⁶² MENEZES, Fernando. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 8/2014, p. 147, maio/2014, DTR\2014\2145, p. 14.

³⁶³ No presente trabalho, não se buscou fazer distinção entre “conduta” e “ato”, sendo os termos utilizados como sinônimos, e ambos em referência à atuação do Estado. Portanto, tendo por base a conceituação utilizada por Fernando Menezes, o uso das expressões foi feito com enfoque no elemento da conduta estatal.

³⁶⁴ MENEZES, Fernando. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 8/2014, p. 147, maio/2014, DTR\2014\2145, p. 15.

a terceiros (resultado ilícito), deverá indenizar o prejuízo causado. Para tanto, a razão de ser da imposição da obrigação de reparar o dano encontra-se calcada no instituto da responsabilidade civil extracontratual, pouco importando se a conduta que deu origem ao resultado danoso foi lícita ou ilícita³⁶⁵.

A conduta estatal lícita que causa o dano, ensejando a responsabilidade civil do Estado diferencia-se, por exemplo, das hipóteses de intervenção do Estado na propriedade privada³⁶⁶. Nesses casos, não há, propriamente, responsabilidade civil extracontratual do Estado, afinal é da essência do próprio ato limitar ou extinguir a propriedade do particular. Sendo assim, ao mesmo tempo em que a lei confere ao Poder Público o poder de, em nome do interesse social, intervir em direito juridicamente reconhecido, o próprio ordenamento jurídico assegura ao particular que suportou o dano o direito à indenização.

Tratando sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que: “Parece-nos que só desassisteste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder – consoante já se disse – cujo conteúdo reside *especificamente* em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial”³⁶⁷.

Ocorre que os agentes públicos, atuando regularmente, praticando atos autorizados e limitados pela lei, podem vir a causar um dano inesperado. Nessa situação, a conduta é lícita e não deve, a princípio, lesionar direito dos administrados³⁶⁸.

Em tais hipóteses, quando o ordenamento jurídico autoriza que o Poder Público pratique certo ato e esta conduta, exercida nos limites da lei, acaba por resultar, fortuitamente, em danos a particulares, deverá o lesado simplesmente tolerar a ofensa a seu direito? Ou deve ser o ente público responsabilizado? Nesse caso, se não há previsão em lei que garanta ao lesado o direito à indenização, como se pode justificar que o Estado responda pela conduta praticada de maneira lícita?

Ora, se a conduta lícita, praticada pelas pessoas às quais se refere o art. 37, § 6º, da CF/88, guardar relação de causalidade com o dano certo, especial, anormal e injusto

³⁶⁵ É também a interpretação que se compatibiliza com o estudo acerca da juridicidade, no contexto do atual modelo de Estado Democrático de Direito. Sendo assim, a partir da produção de dano indenizável, ainda que lícita a conduta que o ensejou, é possível imputar, ao Estado, responsabilidade civil extracontratual.

³⁶⁶ É o caso das intervenções supressivas – desapropriação – e restritivas – limitação administrativa, servidão administrativa, tombamento, requisição administrativa e ocupação temporária.

³⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 949, grifo do autor.

³⁶⁸ É essa a conduta lícita que será capaz de atrair a incidência do instituto da responsabilidade civil, como forma de assegurar ao particular lesado a indenização pelo dano sofrido. Recorra-se, novamente, à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “*cabera falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como finalidade própria –, a lesão a um direito alheio*” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 949, grifos do autor).

causado a interesse juridicamente protegido, preenchendo os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, não será razoável que se sustente a irresponsabilidade estatal. Será, ainda, possível fundamentar a incidência do instituto a partir da ruptura da divisão equânime dos ônus e encargos sociais, pela produção de resultado que se contrapõe aos princípios da igualdade e da isonomia³⁶⁹.

A própria noção de Estado Democrático de Direito implica, necessariamente, na consolidação de um Estado responsável por seus atos. A submissão estatal ao Direito, no contexto da pós modernidade, não se limita a uma visão meramente formal acerca do princípio da legalidade, mas precisa assumir, também, as noções de legitimidade e de juridicidade. Assim, amplia-se o princípio da legalidade, conferindo-lhe maior densidade e assegurando que a responsabilidade do Estado seja tratada enquanto “instrumento de legalidade material”³⁷⁰.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho aponta para a necessidade de se atribuir dignidade constitucional ao instituto da responsabilidade, de modo que se adeque a atividade do Estado, qualquer que seja a função a ser desempenhada – administrativa, judicial ou legislativa –, à concretização e efetivação da justiça material. Nas palavras do autor:

Como conquista lenta mas decisiva do Estado de direito, a *responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade*. E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar 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*³⁷¹.

Ademais, o próprio instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado desenvolveu-se em direção à reparação do prejuízo sofrido pela vítima do dano. Portanto, a própria objetivação da responsabilidade oportuniza conclusão no sentido de que o enfoque adotado pelo instituto se desloca da análise acerca da natureza da conduta causadora do dano – se esta foi culposa ou dolosa, lícita ou ilícita – para se preocupar com a qualidade do dano sofrido, com a violação a interesse juridicamente tutelado.

³⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, nesse sentido, aponta que “Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 965).

³⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 14.

³⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 13, grifos do autor.

3.3.2. Responsabilidade privada ou responsabilidade pública?

A natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado situa-se, conforme lição de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, no âmbito do direito público. Nesse sentido, o autor pontua que:

À luz dos artigos 37, § 6º, da Constituição Federal, e 43, do Código Civil atual, verifica-se que a responsabilidade estatal transcende a esfera de responsabilização puramente privada e assume contornos próprios, em razão das próprias atividades desempenhadas pelo poder público (teoria do risco administrativo)³⁷².

O tratamento constitucional acerca da matéria não lhe atribui, por si só, natureza jurídica de direito público³⁷³. Com efeito, a construção e o desenvolvimento histórico da responsabilização do Estado pelos danos causados aos seus administrados caminharam em direção ao estabelecimento de requisitos e fundamentos próprios, afastando-se da concepção da culpa civilista, em que se buscava a imputação de responsabilidade com base na natureza da conduta de seus agentes pessoalmente considerados, migrando para a noção de uma culpa anônima, publicista, do serviço – afinal, os agentes públicos atuam em nome do Estado, não possuindo vontade própria –, e, finalmente, assumindo a teoria objetiva da responsabilidade, calcada no risco administrativo.

Com relação à possibilidade de se atribuir responsabilidade civil diante de conduta lícita estatal, em que se impõe o dever de indenizar danos injustamente causados a particulares, assume destaque ainda maior a natureza especial da responsabilidade civil do Estado, informada por princípios e fundamentos de natureza predominantemente pública.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente de sua atuação lícita reforça a completa desvinculação da análise da conduta do agente público causador do dano, justificando-se, especialmente, a partir da inserção no contexto do Estado pós-moderno, e dos contornos assumidos pelo hodierno Estado de Direito³⁷⁴. Sendo assim, assume feição

³⁷² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 101.

³⁷³ É que destaca Yussef Said Cahali: “Sem nenhuma valia para a deslocação do instituto o fato de a garantia de ressarcimento inserir-se, agora, em texto constitucional, eis que também as condições de dissolubilidade do vínculo matrimonial, de uso e garantia do direito de propriedade, são igualmente previstas na Constituição, e nem por isso transformam-se o casamento e a propriedade em institutos de direito público” (Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 29).

³⁷⁴ De acordo com Elcio Trujillo: “A responsabilidade do Estado é, portanto, pública, regida por princípios de Direito Público e, como tal, vai além do conceito de “meio técnico-jurídico para composição patrimonial do conflito de interesses entre ofendido e ofensor, configurando uma forma de autolimitação jurídica do poder público, consequente da progressiva juridicização da atividade estatal, corolário do Estado de Direito atual” (Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 36).

especial e fundamentos próprios, extraídos da relação estabelecida entre a máquina estatal e seus administrados, à qual incidem as regras e os princípios orientadores da atividade pública³⁷⁵.

3.3.3. Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva?

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto aponta que a responsabilidade civil do Estado não seguirá, em qualquer situação, viés objetivo, em que se imputa o dever de reparar independentemente da averiguação de culpa na conduta causadora do dano. Sustenta, nesse sentido, que o próprio art. 37, § 6º, da CF/88, interpretado a *contrario sensu*, permite que sejam consideradas subjetivas as seguintes responsabilidades públicas:

- a) Responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado exploradora de atividade econômica (o texto só trata de prestadoras de serviços públicos);
- b) Responsabilidade do agente público identificado, causador do dano (para fins de direito de regresso);
- c) Responsabilidade por danos causados a outros órgãos do Estado (o texto só se aplica a danos causados a terceiros)³⁷⁶.

Não obstante seja reconhecida a possibilidade de que, no próprio contexto de Estado de Direito, convivam harmonicamente as responsabilidades estatais subjetiva e objetiva, com relação aos danos provenientes da conduta lícita estatal, algumas peculiaridades merecem ser destacadas.

O regime de responsabilidade ao qual se vincula o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, quando se considera a imposição do dever de indenizar o dano gerado a partir da conduta estatal lícita, seguirá sempre a vertente objetiva, ou seja, dentre os pressupostos necessários para a configuração do instituto não se perquire o dolo ou culpa na atuação do agente causador do dano³⁷⁷.

³⁷⁵ Conforme lição de Carlos Ari Sundfeld: “O Estado é obrigado a reparar os danos que cause, quer tenha agido contra o Direito, quer tenha observado rigorosamente as normas jurídicas; em outras palavras: responde por atos lícitos e ilícitos. A responsabilidade por atos ilícitos deriva de seu dever de submissão à ordem jurídica. Já a responsabilidade por comportamentos lícitos decorre do princípio da igualdade. Pouco importa que o Estado tenha agido rigorosamente dentro dos parâmetros constitucionais e legais. Se causa um prejuízo a alguém, ao aplicar o direito, é porque este é indispensável ao atendimento de certo interesse público; seria contrário à isonomia um indivíduo suportar sozinho o prejuízo gerado no interesse de todos” (Fundamentos de Direito Público. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 181).

³⁷⁶ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 106.

³⁷⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que “a conduta *legítima* produtora de dano enseja responsabilidade objetiva”, defendendo que: “Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. *Relevante é a perda da situação juridicamente protegida*. Este só fato já é bastante para postular a

Com efeito, se a conduta à qual se liga o dano foi desempenhada em observância aos mandamentos legais, por incoerência lógica, torna-se impossível sustentar outra modalidade de responsabilização que não seja a objetiva. Sendo assim, bastará, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a comprovação de que houve um dano injusto, anormal e especial, e a demonstração de que este prejuízo liga-se à conduta estatal a partir da formação de nexo de causalidade.

3.3.3.1. Denúnciação da lide e direito de regresso

Em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado, não obstante a responsabilização da pessoa jurídica possa independer da análise de culpa, somente se admite a responsabilização do agente público quando restar comprovado que agiu com dolo ou culpa. É o que se depreende da parte final do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal vigente: a imputação de responsabilidade em face do agente público somente ocorrerá nos casos de dolo ou culpa, sendo, portanto, subjetiva.

Ocorre que a atuação dolosa ou culposa eivaria de vício o ato praticado, afastando, por conseguinte, a caracterização da conduta como lícita. Desta forma, sendo a comprovação de culpa *lato sensu* indispensável para a imputação, em direito de regresso, de responsabilidade ao agente público causador do dano, os institutos da denúnciação da lide e do direito de regresso mostram-se, por conclusão lógica, incompatíveis com a responsabilidade do Estado por sua conduta lícita.

3.4. Conduta estatal lícita passível de responsabilização

A conduta estatal lícita que enseja responsabilidade civil do Estado deverá ter sido praticada pelo agente público no exercício regular de suas funções, configurando uma atuação comissiva, não sendo, portanto, indenizável a omissão estatal lícita.

A partir da noção de juridicidade, qualifica-se a conduta estatal lícita passível de responsabilização como aquela que, embora desempenhada com observância aos preceitos normativos, muito embora praticada sem a intenção de lesionar direitos, acaba provocando dano certo, não eventual, especial, anormal, e, portanto, injusto, a um ou mais indivíduos.

reparação patrimonial” (Curso de direito administrativo. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 965, grifos do autor).

Sendo assim, o controle é feito a partir de seu resultado, ensejando responsabilização justamente pelo fato de ter provocado uma distribuição anômala dos encargos públicos.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, imputa-se ampla responsabilidade à máquina estatal, de modo a vincular todos os Poderes estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário. Todavia, encontra-se expressiva dificuldade em se vislumbrar, doutrinária e jurisprudencialmente, a imposição do dever de reparar danos decorrentes do exercício das funções legislativa e jurisdicional.

Isso porque, caso venha a ser causado dano em tais hipóteses, ele não aparenta se revestir das características necessárias à proteção contra a lesão da esfera jurídica do particular. O dano não será, portanto, considerado antijurídico³⁷⁸. Desta forma, a responsabilização do Estado por sua conduta lícita concentra-se nos atos praticados pelo Poder Executivo no exercício de sua função administrativa.

3.4.1. Atividade jurisdicional danosa

Com relação à atividade jurisdicional desempenhada pelo Poder Legislativo, ou seja, aquela realizada pelos juízes e revestida de caráter decisório, as situações de responsabilização por eventuais danos causados encontram maior concentração, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, no Direito Penal. O que não significa, todavia, que não deva ocorrer nas demais searas processuais.

O erro judiciário e o excesso de prisão, previstos como hipóteses em que se impõe ao Estado o dever de indenizar (CF, art. 5º, LXXV), afastam a licitude da conduta estatal³⁷⁹. Sendo assim, com relação à ocorrência de erro judiciário indenizável, somente o erro inescusável do magistrado justificaria a responsabilização do Estado. De outro lado, como forma de remediar erros escusáveis, o ordenamento jurídico garante aos litigantes que se sintam prejudicados, no lugar de uma pretensão indenizatória, o direito a recorrer das decisões que lhes pareçam equivocadas ou injustas³⁸⁰.

³⁷⁸ Em tom conclusivo, Elcio Trujillo explica que: “O elemento caracterizador da responsabilidade é a ocorrência de um prejuízo a alguém. Portanto, os danos que o Estado deve ressarcir são aqueles denominados de antijurídicos. Dano antijurídico é todo e qualquer dano que motiva uma injusta redução do patrimônio do administrado e que pode resultar tanto de uma atividade ilícita ou lícita desde que em decorrência de anormalidade e especialidade” (Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 122).

³⁷⁹ Para a configuração do erro judiciário, é o que defende Sergio Cavalieri Filho: “Será preciso uma decisão contrária à lei ou à realidade fática, baseada em fatos falsos, irreais, inexistentes, e não em simples erro de perspectiva; falsa percepção ou interpretação dos fatos, como por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 363).

³⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361-363.

Na doutrina portuguesa, apresentando ponto de vista divergente sobre o erro judiciário, José Joaquim Gomes Canotilho classifica-o como situação de responsabilidade civil do Estado por ato lícito. Nesse sentido, explana o autor:

Ora, se o particular inocentemente condenado foi sacrificado em consideração a este primordial interesse público [combater as actividades penalmente proibidas], fica preenchido o requisito essencial da imposição de sacrifício: a existência dum interesse público superior ao do particular com ele colidente. A inocência, posteriormente demonstrada, virá revelar, sim, um sacrifício individual e grave, absolutamente inexigível sem compensação. A culpa do condenado torna legítimo o exercício do *jus puniendi* e isentará o Estado do dever de qualquer prestação ressarcitória; a sua inocência não perturba a legitimidade do acto jurisdicional, mas torna obrigatória a atribuição ao lesado ou herdeiros de uma justa indemnização³⁸¹.

A atividade jurisdicional, ressalta Sergio Cavalieri Filho, pode ser também cautelar. É o caso, por exemplo, da decretação de prisão preventiva no curso da instrução criminal. Nessas hipóteses, o autor aponta que somente será possível a responsabilização do Estado quando a atuação do Judiciário apresentar irregularidades, sendo incabível cogitar a imposição do dever de reparar eventual lesão sofrida se a conduta estatal houver sido lícita³⁸².

Carlos Ari Sundfeld, por outro lado, entende ser obrigação do Estado indenizar o particular que tenha sofrido danos decorrentes de prisão preventiva seguida de sentença penal absolutória, ainda que a privação cautelar de liberdade tenha sido determinada em estrita observância ao ordenamento jurídico³⁸³. Nesse caso, observa-se entendimento doutrinário tendente a acolher a responsabilidade civil extracontratual do Estado por atividade jurisdicional lícita.

A jurisprudência brasileira, todavia, direciona-se no sentido de não responsabilizar o Poder Público quando, após prisão preventiva regularmente decretada, o réu em ação criminal venha a ser absolvido. Ademais, com relação às hipóteses de erro judiciário e de tempo de prisão além da pena fixada na sentença, verifica-se que o elemento da ilicitude deve estar presente para que se impute responsabilidade civil ao Estado.

³⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 212.

³⁸² O autor explica que: “Também aqui, por se tratar de ato judicial típico, efetivo exercício da função jurisdicional, entendemos que o Estado só poderá ser responsabilizado se ficar provado o erro judicial, o abuso de autoridade, a ilegalidade do ato, não bastando a absolvição por mera falta de prova. Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato” (Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 364).

³⁸³ É o posicionamento adotado pelo autor: “há responsabilidade estatal quando o juiz, presentes as condições previstas em lei, decreta a prisão preventiva do acusado de crime mas, na sentença, vem a reconhecer sua inocência; a responsabilização não deriva da ilegalidade da prisão, que estava autorizada por lei, mas de ato jurisdicional lícito” (Fundamentos de Direito Público. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 184).

Assim, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que:

salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença, previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos judiciais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico³⁸⁴.

Com relação aos casos de prisão preventiva, a Suprema Corte também afasta a responsabilidade civil do Estado a partir da caracterização da licitude na atuação estatal. Confira-se a ementa do seguinte julgado:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes. 1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 3. Agravo regimental não provido.

(ARE 770931 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014)

Portanto, com relação à atividade jurisdicional lícita do Estado, verifica-se predominar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, tendência em não se imputar ao ente público responsabilidade civil extracontratual quando a atuação judicial tenha ocorrido dentro dos parâmetros de legalidade. Desta forma, sendo lícita a conduta, por mais que sobrevenha dano aos administrados, ainda existe dificuldade em se sustentar eventual pretensão indenizatória.

³⁸⁴ AI 803.831 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013, DJ 15-05-2013. A mesma orientação é verificada nos seguintes julgados: AI 599.501 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJ 25-11-2013; ARE 770.931 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, DJ 10-10-2014.

3.4.2. Atividade legislativa danosa

No plano da licitude, verifica-se que, quando atua o Poder Legislativo, a responsabilização civil extracontratual do Estado poderá ocorrer nos casos em que a lei, ainda que regularmente editada, produza efeitos concretos, causando danos individualizados.

Ocorre que a edição de leis de efeitos concretos, não obstante promulgada pelo Legislativo, a partir de processo legislativo regular, é dotada de conteúdo materialmente administrativo³⁸⁵. Sendo assim, a doutrina entende se tratar de ato administrativo a lei de efeito concreto, motivo pelo qual enseja a responsabilidade civil com base no princípio da isonomia³⁸⁶, em busca de restabelecer a igual repartição dos ônus e encargos públicos.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado por sua atividade tipicamente legislativa, portanto, a partir da doutrina e da jurisprudência pátrias, parece ser admitida apenas em sede de leis inconstitucionais e de inação legislativa inconstitucional, casos em que, de imediato, afasta-se a licitude da conduta.

3.4.3. Atividade administrativa danosa

São os atos administrativos que ensejam, conforme indicam a doutrina e a jurisprudência pátrias, a ampla responsabilidade do Estado, com fulcro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Em relação à atividade lícita, implicam responsabilização civil extracontratual atos de caráter administrativo exercidos pela Administração Pública que, praticados em nome do interesse público, embora não almejem ou não vislumbrem lesionar direitos de terceiros, ocasionam danos anormais e injustos a indivíduos específicos.

Analisando a jurisprudência acerca da matéria, Elcio Trujillo destaca que a responsabilização do Estado por ato lícito costuma ser aceita nos casos em que os entes estatais, realizando obras públicas devidamente autorizadas, acarretam, ao direito de

³⁸⁵ Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que: “Com relação às **leis de efeitos concretos** (também chamadas de leis materialmente administrativas), que atingem pessoas determinadas, incide a responsabilidade do Estado, porque, como elas fogem às características da generalidade e abstração inerentes aos atos normativos, acabam por acarretar ônus não suportado pelos demais membros da coletividade. A lei de efeito concreto, embora promulgada pelo Legislativo, com obediência ao processo de elaboração das leis, constitui quanto ao conteúdo, verdadeiro ato administrativo, gerando, portanto, os mesmos efeitos que este quando cause prejuízo ao administrado, independentemente de considerações sobre a sua constitucionalidade ou não. Incide, nesse caso, o princípio da repartição dos encargos sociais, como fundamento da responsabilidade civil do Estado” (Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 803, grifos da autora).

³⁸⁶ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 88.

propriedade do particular, limitações de índole permanente, desproporcional, injusta e individualizada³⁸⁷.

Em julgado recente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença de piso e reconheceu possuir direito à indenização, inclusive por danos morais, indivíduo que sofreu prejuízos em seu imóvel em virtude da realização de obras pelo Município de Patrocínio Paulista, sem que houvesse qualquer indício de irregularidade na referida atividade estatal. Confira-se a ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. Pretensão da autora de ver o município réu condenado a providenciar reparos em sua residência, em decorrência de rachaduras, recalque e trincas, ocasionadas por obras em imóvel lindeiro executadas pelo réu, bem como a reparar os danos morais sofridos em decorrência do evento. Sentença de improcedência na origem. Inconformismo da autora. Cabimento. Responsabilidade objetiva do ente estatal, na modalidade de risco administrativo, nos termos do disposto no art. 37, § 6º, da CF, e que independe de perquirição de culpa. Perito nomeado pelo juízo que atestou o liame etiológico entre a ação estatal e o evento danoso. Obra realizada pelo município, para construção do muro de arrimo, com aterro do terreno e corte de talude, que desestruturou o imóvel da autora. Descabida a alegação do apelante no sentido de existência de irregularidades na construção do imóvel perante o ordenamento municipal. Poder-dever do Município em fiscalizar e ordenar a ocupação do solo. Edificação do imóvel da autora aprovada e acompanhada por servidor do município, conforme constatado pela perícia. Imóvel, ademais, que estava em perfeitas condições até o início da obra realizada pela Prefeitura, o que reforça a convicção a respeito donexo causal. Ausência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Reparação do dano material ocasionado ao imóvel que se impõe, com as obras necessárias apuradas em perícia. Dano moral também evidenciado, pois os fatos acarretaram sofrimento para a autora e seus familiares. Arbitramento do valor com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença reformada para julgar procedente a ação. Recurso provido.

(Apelação n. 0002634-35.2012.8.26.0426; Relator(a): Djalma Lofrano Filho; Comarca: Patrocínio Paulista; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/02/2017; Data de registro: 02/02/2017)

Lamentavelmente, a decisão não apreciou minuciosamente a questão no que tange à responsabilização do ente municipal com base em sua conduta lícita, e, também, não se aprofundou a respeito das características do dano sofrido que justificassem sua reparação. Por outro lado, a decisão fundamentou-se a partir da teoria objetiva da responsabilidade civil, adotada pelo art. 37, § 6º, da CF. Sendo assim, perquiriu-se a formação de nexode causalidade entre a conduta estatal – lícita – e o dano suportado pela administrada, o que, por si só, justificou a imposição de responsabilidade civil ao Município apelado.

³⁸⁷ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por ato lícito. São Paulo: LED, 1996, p. 106-116.

Verifica-se, ainda, na seara doutrinária, entendimento no sentido de que o particular poderá pleitear, com base na responsabilidade objetiva por ato lícito do Estado, indenização por dano decorrente de vacinações obrigatórias oferecidas pelo Poder Público. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho explica que:

É evidente que o resultado final pretendido pela entidade estadual não é verdadeiramente danificar a saúde do cidadão mas, bem ao contrário, proteger a colectividade mediante a prevenção de epidemias. Ora, se um cidadão, obrigatoriamente sujeito a uma medida decretada no interesse público, sofrer, como consequência da mesma, uma lesão corporal grave, esta lesão será ainda, e apesar de tudo, um encargo imposto em benefício da colectividade. Não há, pois, qualquer especificidade em relação aos danos provocados por actividades materiais lícitas da administração³⁸⁸.

O Estado brasileiro, a partir da atuação de suas autoridades de vigilância epidemiológica e sanitária, junto ao Ministério da Saúde, estabelece, como forma de garantir o direito à saúde a nível individual e difuso, a obrigatoriedade de determinadas vacinas, inclusive as fornecendo gratuitamente³⁸⁹. Cuida-se de direito fundamental dos administrados o acesso aos programas de imunização, que são desenvolvidos a partir do exercício legítimo das atribuições estatais.

A imputação de responsabilidade civil ao Estado em caso de dano decorrente de vacinação obrigatória lícitamente imposta pelo Poder Público encontra precedente em nossa jurisprudência, conforme acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em decisão assim ementada:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO E PENSIONAMENTO. LESÃO NEUROLÓGICA CAUSADA POR VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA. DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 1. Não obstante a descentralização das ações e serviços públicos de saúde, prevista no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, a União é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a pretensão da autora está fundada no direito fundamental à saúde e a promoção da saúde pública, especialmente no que tange à definição e coordenação dos sistemas de vigilância epidemiológica e sanitária, que da responsabilidade da União. 2. A responsabilidade civil do Estado por ato comissivo é objetiva e independe de culpa, bastando tão só a prova do ato lesivo e injusto imputável à Administração Pública. 3. A União, por meio do Ministério da Saúde, é a responsável pela coordenação do Programa Nacional de Imunizações. Com efeito, ao estabelecer um programa de obrigatoriedade de vacinação, assume a responsabilidade pelos danos emergentes de previsíveis reações adversas, ainda que em ínfima parcela dos vacinados, afastada a

³⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos. Coimbra: Almedina, 1974, p. 251-252.

³⁸⁹ É o caso, por exemplo, das seguintes vacinas: BCG – ID (contra formas graves de tuberculose), hepatite B, pentavalente (contra difteria, tétano, coqueluche, meningite, dentre outras infecções), VIP (contra poliometelite – paralisia infantil), febre amarela, dentre outras.

hipótese de caso fortuito. 4. Demonstrado o nexo causal entre o fato lesivo imputável à ré e o dano sofrido pela autora, exsurge o dever daquele de indenizar, mediante compensação pecuniária compatível. 5. A fixação de pensão mensal vitalícia deve incorporar as despesas com o tratamento das graves sequelas neurológicas sofridas pela autora, englobando o custeio de fraldas, medicamentos, consultas médicas com diferentes especialidades, gastos com fisioterapia, despesas com transporte, assistência permanente de terceiro, dentre outras, subsistindo o pensionamento até a data do óbito. 6. No arbitramento do valor da indenização de danos morais, o julgador deve-se valer do bom senso e da razoabilidade, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Na hipótese dos autos, cuida-se do sofrimento imposto à criança de poucos meses de idade que, após reação adversa à vacina tríplice DTP, que lhe provocou severos danos neurológicos, sobreviveu vegetativamente até os oito anos de idade, quando veio a falecer, bem como a seus pais, cuja maternidade e paternidade, com todas suas maravilhosas expectativas, ficaram reduzidas aos cuidados dedicados à pequena inválida, até sua morte. Essas circunstâncias, extremamente graves, justificam a fixação da indenização em patamar superior à média das indenizações concedidas por dano moral resultante de morte de ente familiar.

(TRF4, APELREEX 5001362-32.2013.404.7215, QUARTA TURMA, Relator para Acórdão CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 27/03/2014)

No julgado supramencionado, reconheceu-se a obrigação da União de reparar danos sofridos em virtude de reação adversa à vacina tríplice DTP, que é obrigatória para crianças de tenra idade, como forma de prevenção a difteria, tétano e coqueluche. O colegiado entendeu que, ao estabelecer programas de imunização obrigatória, o Estado assume o risco, ainda que ínfimo, de que alguns dos vacinados sofram reações adversas. Nesses casos, defenderam os desembargadores a impossibilidade de alegação de hipótese de caso fortuito para afastar o dever indenizatório, justamente por se tratar de risco inerente à própria atividade, ainda que lícitamente desenvolvida.

A responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de vacinação obrigatória, portanto, encontra respaldo no § 6º, do artigo 37, de nossa Constituição Federal, situação em que o Poder Público deve arcar com os danos produzidos inclusive quando desempenha suas atividades lícitamente. Responde, então, objetivamente, em virtude do risco criado pela prestação de seus serviços, sendo que essa atuação positiva, em virtude da própria conformação do Estado contemporâneo, implica cada vez mais em que o Estado, ao invés de se abster, assumira a garantia de uma ampla gama de serviços, inclusive como forma de realizar a efetivação de direitos sociais, visando à dignificação da vida em sociedade.

CONCLUSÃO

Inserido no paradigma da pós-modernidade, o Estado brasileiro passa a assumir as mais diversas atividades, encarregando-se de viabilizar a efetivação de uma ampla gama de direitos positivados. Nota-se, portanto, a configuração de um Estado social, que deve promover o acesso e o exercício de direitos, em busca da realização da dignidade de seus membros. Ao mesmo tempo, observa-se a formação do modelo de Estado subsidiário e cooperativo, que intervém, junto de atores privados, em atividades econômicas.

De um lado, a sociedade contemporânea demanda do aparato estatal a atuação em variados setores; de outro lado, são atingidos níveis crescentes de tecnologia, utilizada para o desempenho daquelas atividades. Quando somados, ampliam o risco na prestação de serviços estatais e a imprevisibilidade da ocorrência de danos a partir dessa atuação. Sendo assim, inclusive quando a conduta estatal é lícita, vislumbra-se a possibilidade de serem lesados interesses juridicamente protegidos, ocasionando danos passíveis de indenização.

Os reflexos da pós-modernidade são observados também na estruturação política e jurídica do Estado, que passou a incorporar o modelo do Estado Democrático de Direito, opção assumida, inclusive, pela Constituição Federal pátria.

Nesse sentido, a atuação estatal passa a se subordinar ao ordenamento jurídico amplamente considerado, sendo que os resultados das atividades desenvolvidas pelo Estado – e não somente as condutas estatais – ficam condicionados a um amplo controle. Observa-se, então, a necessidade de que sejam assegurados mecanismos de responsabilização do Estado tanto por sua atuação contrária ao Direito quanto por suas condutas lícitas causadoras de dano.

Ainda, para que se afirme enquanto Estado Democrático de Direito, não é suficiente que o Poder Público, em nome da legalidade, esteja atento ao ordenamento jurídico no momento em que realiza as inúmeras atividades que lhe são impostas. É fundamental que o exercício dessas funções seja legítimo, ou seja, garanta a concretização e a proteção aos valores e aos direitos de seus indivíduos. Ademais, o resultado alcançado a partir da conduta estatal deve ser aquele que não viole esta esfera de interesses juridicamente protegidos.

É que não basta a observância ao princípio da legalidade formalmente considerado. É preciso que, no intuito de se alinhar o estudo com o paradigma da pós-modernidade, sejam levadas em consideração as noções de legitimidade e de juridicidade. Destarte, para que seja concretizado o Estado Democrático de Direito, é indispensável que se conceba a figura de um Estado responsável não somente por seus atos ilícitos, como também pelos resultados obtidos a partir do regular desempenho de suas funções.

Ademais, o Estado, em todas as esferas da federação, atuando através de quaisquer de seus Poderes, no desempenho das funções administrativas, jurisdicionais e legislativas, deve se submeter a um controle democrático, que viabilize a averiguação acerca da concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos que compõem a sociedade.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado, conclui-se, é fundamental para a efetivação do contemporâneo modelo de Estado Democrático de Direito. A maneira como foi desenvolvido o instituto, no mesmo sentido, indica um distanciamento da análise da conduta estatal e, em contrapartida, uma preocupação cada vez maior em se reparar o dano suportado pela vítima.

A teoria objetiva da responsabilidade, fundada no risco administrativo, é acolhida em nosso ordenamento jurídico, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da CF/88. Além de não condicionar a responsabilização direta do ente público à conduta culposa ou dolosa do agente público, afirmando a opção pela vertente objetiva da responsabilidade, o dispositivo constitucional não limitou sua aplicação apenas aos atos estatais ilícitos, mas demonstrou orientação no sentido de garantir um mecanismo de reparação de danos, como forma de compensar, em pecúnia, lesões suportadas por terceiros. O Estado, assumindo o risco das atividades que desenvolve, deve responder por eventual resultado lesivo causado.

Sendo assim, é a partir da conformação do Estado Democrático de Direito e da própria evolução histórica do instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado que se vislumbra a possibilidade de que os danos decorrentes de conduta estatal lícita se enquadrem como objeto de reparação compatível com os pressupostos e fundamentos do dever de indenizar imposto ao Estado com espeque na regra de responsabilidade civil extracontratual.

A escolha por não se distinguir ato de conduta viabilizou a realização do estudo àquilo a que se propôs: pesquisar se a atuação do Estado, quando pautada por limites legais, pode ser objeto de imposição de responsabilidade civil extracontratual. Sendo assim, não obstante se tenha defendido a necessidade de que a atuação estatal e o controle dessa atividade garantam a juridicidade do resultado, não se considerou que a ocorrência de dano, por si só, reveste de ilicitude a conduta estatal. Do contrário, a própria verificação do resultado lesivo caracterizaria a conduta como ilícita, e não mais seria possível pesquisar a responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato lícito (afinal, considerar-se-ia que o ato lícito é aquele do qual não decorrem resultados danosos).

A conduta lícita que impõe sacrifício de direitos, para que gere ao particular lesado o direito à indenização, não pode se limitar às hipóteses em que a própria lei assim o

prevê. Se a responsabilidade ora estudada é extracontratual, busca-se justamente a proteção de situações em que o Poder Público atua causando um dano não desejado a terceiros, sem que exista prévia e específica imposição do dever de indenizar.

Em tais circunstâncias, ainda que desempenhe suas funções em conformidade com o ordenamento jurídico, não objetivando tolher direito de outrem, o Estado poderá causar lesões injustas e anormais, atraindo o instituto da responsabilidade civil extracontratual como mecanismo idôneo a garantir a reparação do dano sofrido pelo particular.

Não significa que inexistam limites à imposição de responsabilidade ao Estado. O ente público pode se eximir da obrigação de indenizar o particular lesado, por exemplo, nos casos em que puder comprovar que o resultado danoso não guarda relação de causalidade com a conduta estatal. Ou seja, o Estado não assume, salvo em situações excepcionais, o risco integral pelas funções que desempenha.

Ademais, a conduta lícita, quando omissiva, não enseja responsabilidade civil extracontratual do Estado. Isso porque somente se admite como indenizável a omissão estatal ilícita, ou seja, aquela que se caracteriza pela ausência de comportamento estatal quando lhe era atribuído, por lei, um dever de agir. Sendo assim, se o Estado descumpre um comando normativo, quando lhe era possível atuar para concretizar este dever normativo, reveste-se de ilicitude sua omissão.

Também foi possível notar que a conduta estatal lícita passível de responsabilização, consoante doutrina e jurisprudência pátrias, tende a se limitar ao exercício das funções administrativas do Estado. Isso porque, quando são desempenhadas as funções legislativa e jurisdicional, observa-se que eventual lesão à esfera jurídica dos administrados não se reveste de características que lhe qualifiquem como dano indenizável.

Delimitar os contornos do dano indenizável parece demonstrar maior dificuldade para fins de operacionalização prática do estudo. Com efeito, para que enseje reparação, a doutrina analisada aponta que a lesão deve se referir a um direito reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico. Quando se trata de conduta estatal lícita, o dano causado, para que gere pretensão indenizatória ao lesado, deverá ser certo, não eventual, anormal e especial.

Isso porque a conduta estatal que ensejou este dano, além de ser autorizada pela lei, é exercida em nome do interesse público. Portanto, para que se viabilize o direito à indenização, o particular lesado deve ter suportado de maneira anômala e desproporcional os encargos oriundos da vida em sociedade. Ou seja, não obstante a coletividade precise suportar determinados ônus para que seja alcançado o interesse público, isso não exonera o Estado de

indenizar o particular quando a distribuição desse ônus venha a ser injusta, configurando verdadeiro sacrifício de direito a determinado administrado.

É por isso que se costuma fundamentar a responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato lícito a partir do princípio da igualdade perante os ônus e encargos sociais. A responsabilização do ente público, nesse sentido, operaria como instrumento de redistribuição do encargo injustamente suportado.

Portanto, o pressuposto que se destaca na análise da possibilidade de imputação, ao Estado, do dever de reparação encontra-se na caracterização do dano sofrido pelo particular. Confirma-se, assim, que o estudo se concentra na qualificação do resultado, e não na qualidade – lícita ou ilícita – da conduta estatal.

Por outro lado, conferida maior densidade ao princípio da legalidade, uma das conclusões a que se pode chegar é que, considerado em sentido material, abarcando a juridicidade do resultado, o princípio da legalidade poderia funcionar como fundamento para a imposição de responsabilidade civil extracontratual fundada na conduta estatal lícita. Da mesma maneira, o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais justifica tanto a responsabilidade decorrente de ato lícito quanto aquela oriunda de condutas ilícitas do Poder Público.

Certo é que os pressupostos e os fundamentos da responsabilidade civil extracontratual, embora possam encontrar peculiaridades a depender de se tratar de conduta estatal lícita ou ilícita, estão presentes em ambos os casos. Sendo assim, justifica-se a conclusão de que são indenizáveis, com esteio no instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, os danos que decorrem de condutas estatais lícitas.

Sendo objetiva a responsabilidade preconizada no art. 37, § 6º, da CF/88, a ilicitude da conduta não pode configurar um de seus pressupostos. Responde o Estado independentemente de ter agido ilegalmente, ou de ter o agente público atuado com dolo ou culpa. Aliás, em sede de responsabilidade por ato lícito, não é possível o exercício do direito de regresso contra o agente causador do dano, uma vez que a denúncia da lide e a ação de regresso dependem da comprovação de que o dano decorrerá de atuação dolosa ou culposa e, portanto, ilícita do agente público.

Ainda que existam diferenças na configuração dos pressupostos, elas não são aptas a justificar uma análise apartada acerca da imposição do dever de reparar o dano sofrido. Ora, não mudam os elementos da responsabilidade, quando objetivamente considerados. Em ambos os casos, faz-se necessária a existência de três pressupostos elementares: conduta estatal revestida de oficialidade, a ocorrência de dano e a formação de

um liame de causalidade entre este e aquele. O que ocorre, portanto, é uma variação na qualificação desses elementos.

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência brasileiras não costumam tratar o tema com a importância e profundidade que lhes são merecidas. Foi observado que, não obstante se reconheça que pode ser pressuposto da responsabilidade civil do Estado tanto seus atos ilícitos quanto sua conduta lícita, tal afirmação não costuma vir acompanhada de justificativas, tampouco destaca a imputação, no caso concreto, de responsabilização por ato estatal lícito.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado, não somente no que tange à conduta estatal lícita, demanda construções doutrinárias e jurisprudenciais que viabilizem sua aplicação prática. Sendo assim, é de suma relevância que se desenvolvam estudos nesse sentido, buscando suas bases teóricas e aplicações práticas. Espera-se, pois, que o presente trabalho possa contribuir para a comunidade acadêmica e para a sociedade, haja vista reconheça o dever indenizatório do Estado nas situações em que o dano que se pretende ressarcir decorre de conduta estatal lícita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHUALLI, Tânia Mara, “**Ensaio sobre o Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil do Estado**”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**. 2012. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAZHUNI, Marco Antonio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrencia de sua Atividade Administrativa**. 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CÂMARA, Jacintho de Arruda, “**A Relevância da Culpa na Responsabilidade Extracontratual do Estado**”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 24-27.

_____. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**, [s.1., n/ed.], 1905. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000138.pdf>>. Acesso em: 04 de abril de 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: responsabilidade civil, volume 3** / Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald; Felipe Peixoto Braga Netto. 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Daniel, “**Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias**”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GIGENA, Julio I. Altamira. **Responsabilidad Del Estado**. Buenos Aires: Astrea, 1973.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. rev. ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes, “**Responsabilidade Civil do Estado, Nexo Causal e Imputação Objetiva**”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.15. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Fernando. **Responsabilidade civil do Estado**. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 8/2014, p. 147, maio/2014, DTR\2014\2145.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PALAZZO, José Luis. **Responsabilidad extracontractual del Estado.** Buenos Aires: Depalma, 1995.

PIERRI, Deborah, “**As Omissões dos Agentes Públicos. *Faute du Service* e Outros Esclarecimentos sobre a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado**”. In GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito.** São Paulo: LED, 1996.