



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO ALMEIDA DE ALENCAR NETO

Entre a Irresponsabilidade e a Seguridade Universal: uma análise tópico-retórica da argumentação constitucional em casos de responsabilidade civil do Estado por omissão

BRASÍLIA

2025

João Almeida de Alencar Neto

Entre a Irresponsabilidade e a Seguridade Universal: uma análise tópico-retórica da argumentação constitucional em casos de responsabilidade civil do Estado por omissão

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr.^ª Claudia Rosane Roesler

Coorientador: Dr. Paulo Alves Santos

Brasília

2025

João Almeida de Alencar Neto

Entre a Irresponsabilidade e a Seguridade Universal: uma análise tópico-retórica da argumentação constitucional em casos de responsabilidade civil do Estado por omissão

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: 28/11/2025

Claudia Rosane Roesler — Orientadora
Doutora em Teoria Geral e Filosofia do Direito
Professora da Faculdade de Direito (UnB)

Paulo Alves Santos — Coorientador
Doutor em Direito, Estado e Constituição
Professor Voluntário da Faculdade de Direito (UnB)

Celso Rodrigo Lima Santos — Membro da Banca
Mestre em Constituição e Sociedade
Professor Voluntário e Doutorando da Faculdade de Direito (UnB)

RESUMO

Este estudo analisa a argumentação constitucional empregada em casos de responsabilidade civil do Estado, buscando identificar as estratégias retóricas que justificam a imputação de omissões estatais ante a violação de direitos fundamentais. Considerando a particular tensão entre a busca por efetividade dos direitos fundamentais e os ônus decorrentes da vinculação do Estado à sua garantia, sugere-se, como hipótese de pesquisa, que a imputação das omissões assume uma estrutura tópica no discurso judicial, exercendo uma regulação flexível dos requisitos da obrigação de indenizar. Assumindo os pressupostos teóricos da Tópica Jurídica (Theodor Viehweg), bem como da sua confluência ao modelo investigativo da Retórica Analítica, a pesquisa utiliza metodologia empírica e qualitativa de análise dos discursos judiciais para catalogar os mais recorrentes esquemas argumentativos (*topoi*) a partir dos quais se constroem os fundamentos para a (não-)responsabilização. A monografia é dividida da seguinte maneira: no primeiro capítulo, são apresentados o estado da arte dos estudos doutrinários e acadêmicos sobre o tema e as suas insuficiências cognoscitivas; no segundo, as premissas teóricas, metodológicas e o desenho de pesquisa; no terceiro e último capítulo, são apresentados os achados de pesquisa, consistentes na identificação da base argumentativa dialógica da imputação e do correspondente catálogo dos *topoi* que a desenvolvem nos discursos judiciais. Espera-se contribuir para a academia e prática jurídicas oferecendo uma descrição realista da responsabilidade do Estado, o que qualifica a reflexão crítica e possibilita uma atuação forense autoconsciente acerca das estratégias persuasivas subjacentes a este relevante tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado por omissão. Condutas omissivas. Tópica. Nexos de imputação. Análise da argumentação. Retórica jurídica. Lugares-comuns (*topoi*).

RESUMEN

Este estudio analiza la argumentación constitucional empleada en casos de responsabilidad civil estatal, buscando identificar las estrategias retóricas que justifican la imputación de omisiones estatales ante violaciones de derechos fundamentales. Considerando la particular tensión entre la búsqueda de la efectividad de los derechos fundamentales y las cargas derivadas de la obligación del Estado de garantizarlos, se sugiere, como hipótesis de investigación, que la imputación de omisiones asume una estructura tópica en el discurso judicial, ejerciendo una regulación flexible de los requisitos para la obligación de indemnizar. Asumiendo los presupuestos teóricos de la Tópica Jurídica (Theodor Viehweg), así como su confluencia con el modelo investigativo de la Retórica Analítica, la investigación utiliza una metodología empírica y cualitativa para analizar los discursos judiciales con el fin de catalogar los esquemas argumentativos (*topoi*) más recurrentes a partir de los cuales se construyen los fundamentos de la (no) responsabilidad. La monografía se divide de la siguiente manera: el primer capítulo presenta el estado del arte de los estudios doctrinales y académicos sobre el tema y sus insuficiencias cognoscitivas; el segundo presenta las premisas teóricas y metodológicas y el diseño de la investigación; el tercer y último capítulo presenta los hallazgos de la investigación, consistentes en la identificación de la base argumentativa dialógica de la imputación y el correspondiente catálogo de tópicos que la desarrollan en los discursos judiciales. Se espera que esto contribuya a la academia y la práctica jurídicas al ofrecer una descripción realista de la responsabilidad estatal, que fomente la reflexión crítica y facilite un desempeño forense consciente respecto a las estrategias persuasivas que subyacen a este importante tema.

Palabras clave: Responsabilidad civil del Estado por omisión. Conducta omisiva. Tópica. Nexos de imputación. Análisis de la argumentación. Retórica jurídica. Lugares-comunes (*topoi*).

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1. Construção do Problema.....	11
1.1. Responsabilidade Civil do Estado na Constituição de 1988.....	11
1.1.1. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos compreendidos na função administrativa.....	12
1.1.2. Teoria do Risco Administrativo.....	17
1.1.3. As exegeses do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição na responsabilidade por omissão.....	26
1.2. Entre o Estado irresponsável e o Estado garantidor universal.....	31
1.2.1. Tensão entre a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e a possibilidade de cumprimento dos deveres estatais.....	33
1.2.2. A dimensão argumentativa da imputação.....	36
2. Ferramenta de Análise.....	42
2.1. Tópica e Jurisprudência.....	42
2.1.1. Função da Jurisprudência: enfoques zetético e dogmático.....	44
2.1.2. Estrutura da Jurisprudência: pensamentos tópico e sistemático.....	47
2.1.3. Aporia fundamental, topoi e tópica de segundo grau.....	51
2.1.4. Tópica e Responsabilidade Civil do Estado: uma releitura.....	55
2.2. Metodologia de Pesquisa.....	57
2.2.1. A tópica como método e metodologia: o olhar metódico da retórica analítica.....	58
2.2.2. Pesquisa empírica e qualitativa.....	61
2.2.3. Desenho de pesquisa: identificando a tópica da jurisprudência.....	63
2.2.4. Desenho de pesquisa: recortes e critérios de seleção da amostra.....	64
3. Apresentação dos Resultados.....	67
3.1. Composição da amostra e descrição sumária dos casos analisados.....	67
3.2. A aporia fundamental na responsabilização do Estado.....	71
3.3. Catálogo de topoi.....	74
3.3.1. Razoabilidade / Redução ao absurdo.....	74
3.3.2. Risco Administrativo.....	78
3.3.3. Dignidade Humana.....	81
3.3.4. Especificidade do dever de agir.....	83
3.3.5. Causalidade direta e imediata.....	85
3.4. Limites da investigação.....	86
Considerações finais.....	89
Referências bibliográficas.....	93
ANEXO - Fichas de Análise.....	102

Introdução

O estudo da responsabilidade civil exige um olhar, como as faces de Janus, atento ao passado e ao futuro. “Associa o desenvolvimento conceitual da tradição histórica do direito civil, com as exigências de um mundo em transformação” (MIRAGEM, 2021; p. 7). Há uma face voltada à longa tradição dogmática do instituto, cuja origem remonta ao direito romano e, por dois milênios, seu aparato conceitual foi objeto de estudo e sistematização pelos juristas. Mas há também um contínuo olhar futuro: a responsabilidade civil sempre se antecipa na tutela de novas situações jurídicas. Não por outra razão, Josserand já afirmava no século passado que a “responsabilidade civil é a grande sentinela do direito civil mundial; é a primeira entre todas” (1941; p. 548).

Esta característica faz com que seja um “dos temas mais dinâmicos do direito privado contemporâneo” (MIRAGEM, 2021; p. 7). Respondendo às transformações sociais, a responsabilidade civil mantém-se, ela mesma, dinâmica. Em resposta à complexificação das relações sociais, que exige o reconhecimento de novos interesses, ao passo que oferece outras dimensões de risco às vítimas, exige-se do instituto a constante adaptação de seu modo de operar. Também a busca da realização da justiça no caso concreto é estímulo propulsor de novos raciocínios, os quais, para dar conta de soluções satisfatórias exigidas pela realidade social, desafiam as conclusões doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais já estabelecidas.

Com a responsabilidade civil do Estado não é diferente. Pertinente é a lembrança histórica do Arrêt Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos na França, e que marcou o desenvolvimento do Direito Administrativo enquanto disciplina autônoma. No caso, ao indenizar os pais da menina de cinco anos, Agnès Blanco, atropelada por uma locomotiva de do serviço público francês, pela primeira vez reconheceu-se, independente de alteração legislativa, que a responsabilidade estatal deveria ser verificada por meio de um regime publicista, independente da demonstração da culpa civil, bastando o reconhecimento da má prestação do serviço (BROWNE, 2023; p. 165-71).

O caso demonstra, além da importância da responsabilidade estatal como controle da Administração Pública com impactos na proteção dos direitos fundamentais, a flexibilidade e adaptabilidade do instituto, ao ser conduzido pela jurisprudência, como uma forma de oferecer soluções satisfatórias ante as exigências sociais. Neste ponto reside o interesse da pesquisa: para ser flexível, a responsabilidade civil lança mão da indeterminação dos seus conceitos que, somada a um modelo de regulamentação fundado em cláusulas gerais, dependem de um forte componente judicial para serem estabelecidos nos casos concretos.

Ante o risco da insuficiência das teorias dogmáticas para descrever e regular a responsabilização, desconfia-se que esses conceitos progressivamente se afastem da realidade. Surge assim o interesse em conhecer o modo por meio do qual as decisões são justificadas na prática. Mais do que analisar superficialmente a orientação adotada em um conjunto de dispositivos decisórios, busca-se nos julgados o porquê de cada posição adotada, quais estratégias argumentativas foram empregadas para justificá-la e de que modo se relacionam com as circunstâncias específicas do caso *sub judice*.

Guiado por esse interesse, sugere-se a realização de uma pesquisa empírica e qualitativa, cuja análise “se propõe principalmente a dar explicação do como de um fenômeno social, sem pretender captar a sua essência, explicar a sua totalidade” (CARDANO, 2017; p. 50). Conjectura-se uma estrutura argumentativa flexível e sensível à situação discursiva nas fundamentações da responsabilização estatal. Para tanto, é imprescindível a adoção de uma compreensão sobre a racionalidade judicial, compatível com esses pressupostos.

A tópica, resgatada da Antiguidade por Viehweg e desenvolvida por ele e seus sucessores como modelo de estrutura do pensamento jurídico, parece ser uma compreensão adequada sobre o modo de resolução desses casos judiciais. O emprego de lugares-comuns (*topoi*), garantiriam, sem sacrificar a flexibilidade necessária à responsabilidade civil, um padrão de estabilidade suficiente para legitimar as fundamentações da imputação.

Em síntese, pode-se dizer que a hipótese tomada pela investigação como ponto de partida é a estrutura tópica da responsabilização do Estado, principalmente nas argumentações constitucionais, ao discutir se é ou não devida a imputação de uma omissão estatal quando um direito fundamental é violado. Como estratégia metodológica, para confirmá-la, pode ser construído um desenho de pesquisa para a análise argumentativa de uma seleção de julgados considerados relevantes, nos quais a estrutura tópica da imputação e os lugares-comuns mais recorrentes seriam revelados.

Para que se justifique o esforço de realização de uma investigação como essa, é necessário que seus resultados possuam, aos olhos da comunidade produtora de conhecimento, alguma relevância, e esta pode ser teórica ou pragmática. A primeira delas “refere-se à capacidade dos resultados, primeiro esperados, depois obtidos, de oferecer uma contribuição ao conhecimento dos fenômenos sociais” (CARDANO, 2017; p. 50). De outro lado, a “relevância pragmática de uma pergunta refere-se à capacidade da resposta que se espera que oriente a solução ou, também, apenas a mais eficaz representação de um problema social” (CARDANO, 2017; p. 51).

A pesquisa conduzida tem relevância teórica ao descrever, através de novas lentes, a responsabilidade do Estado, oferecendo estímulos para sua renovação dogmática. O tema abordado é clássico; capítulos em todos os grandes manuais de Responsabilidade Civil ou de Direito Administrativo o descrevem e, mesmo nos tempos mais recentes, pesquisadores continuam a dedicar obras monográficas para desenvolvê-lo. Ainda assim, normalmente o enfoque das pesquisas é dogmático, com um olhar superficial, por vezes inexistente, sobre a argumentação judicial e, principalmente, sobre seus mecanismos de atuação.

A investigação é conduzida por uma distinta abordagem, com novos métodos de pesquisa e molduras teóricas em relação às quais o tema foi tradicionalmente analisado. A responsabilidade do Estado recebe uma contribuição teórica ao fornecer uma compreensão retórica através de metodologia empírica, aproveitando seu “potencial de estimular novos *insights* e compreensões úteis ao aperfeiçoamento das teorias e à correção de erros”¹ (GALLIGAN, 2010; p. 980).

Não obstante, é também possível indicar a relevância pragmática da investigação. Mesmo não sendo sua preocupação imediata, ao analisar como um dos principais atores jurídicos, o Supremo Tribunal Federal, lida com a imputação da responsabilidade estatal e reconstrói argumentativamente seus pressupostos, esclarece-se alguns contornos do fenômeno, úteis à construção de argumentos mais persuasivos e da percepção do uso desses argumentos pelas partes em uma atuação forense. Isso porque “os juristas precisam elaborar discursos públicos com base em argumentos capazes de promover persuasão retórica” e esta, como “uma questão de fato”, exige uma pesquisa empírica, como a aqui desenvolvida, para ser determinada (COSTA e FULGÊNCIO, 2024; p. 95).

Na esteira de trabalhos acadêmicos com pressupostos metodológicos e marco teórico compartilhados (TORRES, 2025; SANTOS, 2024; ARCE, 2022), optou-se por dividir a exposição da pesquisa em uma parte “pré-empírica”, que define os pontos de partida da investigação, e outra “empírica”, onde são apresentadas as informações extraídas da análise dos dados produzidos.

Também assumindo a concepção de pesquisa acadêmica como uma forma de argumentação (BOOTH, COLOMB e WILLIAMS, 2008; CARDANO, 2017), os capítulos pretendem representar e justificar o desenvolvimento do argumento da pesquisa. Este tem como ponto de partida a “Construção do Problema” (1.), atravessa o refinamento da hipótese e o delineamento da metodologia, constituindo a adequada “Ferramenta de Análise” (2.), e

¹ Tradução livre: “empirical research has the potential to stimulate new insights and understandings of use in developing legal theories or correcting mistakes”.

finaliza com a “Apresentação dos Resultados” (3.), sendo possível avaliar a confirmação da hipótese e antecipar e, na medida do possível, responder aos possíveis limites identificados na pesquisa.

A primeira parte da pesquisa, dita “pré-empírica”, abrange os dois primeiros capítulos, desenvolvidos a partir de revisão bibliográfica, estabelecendo os fundamentos conceituais e metodológicos para o desenvolvimento da pesquisa. O primeiro capítulo (re)constrói a problemática de pesquisa. Para tanto, parte da descrição do estado da arte, na doutrina e jurisprudência, (1.1.) e explora as tensões que condicionam a estrutura argumentativa da responsabilização (1.2.).

Definida a questão de pesquisa, é necessário formular uma resposta provisória (hipótese), bem como indicar os meios adequados para a sua comprovação e os fundamentos teóricos que validam as correspondentes inferências. Assim, no segundo capítulo, há a exposição do marco teórico e da metodologia de pesquisa que guiam a análise empírica. A problemática sugerida é então relida à luz da tópica jurídica, a partir da qual se conjectura a estrutura da argumentação judicial (2.1.). Em seguida, o desenho de pesquisa é projetado, tendo em vista o contexto empírico e os parâmetros para a segmentação e qualificação dos dados (2.2.).

O terceiro e último capítulo constitui a parte “empírica” da pesquisa. Se destina a expor, de maneira ordenada, as informações sugeridas pelos dados produzidos. Analisando diretamente os discursos judiciais em casos relevantes de responsabilidade civil do Estado por omissão, pretende-se compilar catálogo de lugares (*topoi*) recorrentes (3.3.), assim como a sua interação com a aporia fundamental manifestada na responsabilização estatal (3.2.). Desse modo, a apreciação dos resultados da pesquisa permitirá determinar se houve, e em que medida, a confirmação da hipótese de pesquisa, e, não obstante, reconhecer os limites da pesquisa, estabelecendo o alcance das possíveis inferências (3.4.).

1. Construção do Problema

A pesquisa acadêmica parte de hipóteses que oferecem, até que sejam testadas, soluções provisórias para problemas que interessam a uma comunidade. Frequentemente, estes não se encontram à disposição do pesquisador, mas devem antes ser por ele construídos (BOOTH, COLOMB e WILLIAMS, 2008; p. 53-4). A tarefa de (re)construção do problema de pesquisa será realizada neste primeiro capítulo.

A exposição inicia com a descrição do estado da arte (1.1.). A partir de uma revisão bibliográfica abrangente do material doutrinário disponível, será dogmaticamente delimitada a responsabilidade civil do Estado, explorando ainda as controvérsias que circunscrevem a responsabilidade por condutas omissivas. Assumindo este recorte, segue-se à problematização do tema (1.2.), destacando que a responsabilidade civil é construída argumentativamente, indo além do modelo sistemático-conceitual proposto pela dogmática jurídica.

1.1. Responsabilidade Civil do Estado na Constituição de 1988

No ordenamento jurídico brasileiro, a pedra de toque que orienta a responsabilidade civil do Estado é estabelecida na Constituição da República no parágrafo 6º do seu artigo 37, o qual dispõe que “[a]s 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” (BRASIL, 1988).

O dispositivo estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, ressalvando a ação regressiva contra o agente público, subjetivamente responsável. Embora a inserção da responsabilidade objetiva não seja uma inovação de 1988, posto já ter sido inicialmente determinada pela Constituição de 1946 ao derrogar o artigo 15 do Código Civil de 1916, a nova disposição amplia a abrangência do regime objetivo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, além de substituir por “agente” o tido por inadequado termo “funcionário”, constante na disposição anterior (SILVA, 2016; p. 685-6).

Salvo o artigo 43 do Código Civil, que no essencial reproduz sua disposição, a norma constitucional estrutura sozinha a grande maioria das hipóteses de responsabilização do Estado por danos a particulares. Sua exegese comporta diversos aspectos e, por essa razão, são variadas as discussões no plano doutrinário. Normalmente são tematizadas pelos manuais

e periódicos jurídicos questões como: a possibilidade de responsabilização direta de agentes públicos, considerando a teoria da dupla garantia; a possibilidade de denúncia da lide ao agente público no curso da ação contra o Estado, e seus eventuais prejuízos à economia processual; a abrangência do conceito de serviço público para fins de responsabilização; e se a Administração Direita responde solidária ou subsidiariamente pelos atos das concessionárias prestadoras de serviço público.

Dentre a amplitude temática do assunto, o que interessa à presente investigação é a determinação do nexo de imputação, isto é, o fundamento que justifica a atribuição de um dano, sofrido pelo cidadão, ao Estado. Mais precisamente, investiga-se quais são as circunstâncias constitutivas da obrigação estatal de reparar ou compensar danos. A exposição inicial do tema pretende, a partir desse questionamento, situar dogmaticamente o regime jurídico aplicável à Responsabilidade do Estado (1.1.2.), não sem antes proceder às delimitações conceituais e precisões terminológicas (1.1.1). Afunilando o escopo da investigação, dar-se-á destaque às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que circunscrevem a responsabilidade do Estado por omissão (1.1.3.).

1.1.1. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos compreendidos na função administrativa

Como definição inicial do tema de investigação, pode-se afirmar que “responsabilidade civil do Estado significa o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva” (OLIVEIRA, 2025; p. 785). Esta designação, contudo, é excessivamente ampla e pode compreender distintas espécies de responsabilização.

Ao Estado podem ser atribuídos diferentes deveres jurídicos, decorrentes, igualmente, de uma pluralidade de normas. E é à luz desses deveres que se estabelece a correspondente responsabilidade. “O fato gerador da responsabilidade varia de acordo com a natureza da norma jurídica que o contempla. Essa variação é que propicia tipos diversos de responsabilidade ou, em outras palavras, a diversidade da norma corresponde à diversidade dos tipos de responsabilidade” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 459).

Cada um desses tipos possui regulação jurídica específica, dando conta das particularidades da correspondente atividade desempenhada pelo Estado. Por conseguinte, é existente “uma pluralidade de regimes jurídicos de responsabilidade civil do Estado” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 877). Ante a exigência de que se compreenda cada modalidade de responsabilização a partir de seus pressupostos e fundamentos específicos, deve-se restringir o

foco de investigação. Assim, serão abordadas nesta subseção algumas distinções para evitar imprecisões conceituais e esclarecer que modalidade de a modalidade de responsabilidade estatal será investigada.

Em primeiro lugar, é preciso delimitar de que modo interagem as condutas da Administração, apresentada pelos agentes públicos, e sua consequente responsabilização. Isso leva à distinção entre a responsabilidade civil do Estado por condutas praticadas por agentes públicos em oposição à responsabilidade administrativa, a que eventualmente os agentes públicos, por suas condutas, estarão submetidos.

Como já conceituada, a “responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado, tal como os lucros cessantes relacionados” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 876). Nessa modalidade, o principal interessado é o cidadão que, ao buscar a reparação dos danos, imputa à pessoa jurídica do Estado violação de dever jurídico. Se caracterizada, cabe, num primeiro momento, ao Estado, e não ao agente público, suportar a indenização, sem prejuízo da ação de regresso.

Outra situação ocorre na responsabilidade administrativa. Esta “decorre da violação de deveres inerentes à relação entre determinada pessoa e o Estado-Administração. É relação de direito público, embora se considerem, para efeito da aferição de responsabilidade e seus pressupostos, as noções da teoria geral da responsabilidade civil” (MIRAGEM, 2021; p. 52). Aqui, o principal interessado na responsabilização é o Estado, que imputa ao agente uma sanção pela violação do interesse público.

É verdade que uma mesma conduta de um agente público pode acarretar simultaneamente as duas modalidades de responsabilização. Contudo, a sua apreciação e o seu sancionamento ocorrem em instâncias independentes e com pressupostos específicos (CARVALHO FILHO, 2025; p. 459). A vítima buscará em face do Estado a reparação civil e o Estado, a responsabilização administrativa em face do agente público. Para o agente público, as consequências também são distintas: na esfera cível, será condenado a restituir ao erário o valor correspondente à indenização desembolsada, em eventual ação regressiva; na administrativa, poderão ser cominadas outras sanções, como a demissão (DI PIETRO, 2025; p. 696-8).

Além disso, na responsabilidade administrativa, nem sempre o alvo da imputação é o agente público. O será, quando, no exercício do poder disciplinar, a Administração verificar infração funcional do agente público. Mas também o particular, quando praticar um

ilícito administrativo, como uma infração de trânsito, poderá ser alvo da responsabilização administrativa a partir do exercício regular do poder de polícia (MIRAGEM, 2021; p. 52).

Também é necessário diferenciar a “responsabilidade que decorre da violação de deveres estabelecidos em um negócio jurídico e aquelas em que o dever jurídico violado não resulta de um negócio jurídico preexistente, constituído entre as partes” (MIRAGEM, 2021; p. 58). Toma-se como critério distintivo a fonte do dever jurídico, cujo descumprimento, em cada caso, resulta na responsabilidade contratual (negocial) ou na responsabilidade extracontratual (extranegocial), também dita aquiliana, do Estado.

Em linhas gerais, a responsabilidade contratual decorre de um vínculo negocial preexistente e é ocasionada pelo inadimplemento. Por ser fruto da vontade das partes, o regime de responsabilidade pode ser ampliado, reduzido ou até excluído. Na responsabilidade extracontratual, a responsabilidade surge sem que exista qualquer vínculo preexistente; a violação do dever geral de não causar dano (*neminem laedere*), somado ao juízo de imputação, cujo fundamento pode ser encontrado na culpa ou no risco, faz surgir a obrigação de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 25).

Diferentemente da *common law*, onde se concebe uma distinção mais evidente entre o *tort law* (direito dos delitos) e o *contract law* (direito contratual), a tradição do direito continental concebe um sistema mais amplo e geral de responsabilidade (civil), ao qual podem ser reconduzidas tanto a responsabilidade contratual quanto a responsabilidade extracontratual, por vezes nomeada responsabilidade em sentido estrito (MIRAGEM, 2021; p. 23). Assim, “há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual são também aplicadas à responsabilidade extracontratual” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 26).

Mitigando ainda mais a distinção, parte da comunidade jurídica defende uma concepção monista das fontes obrigacionais, cujo impulsionamento encontrou-se na adoção pelo Código de Defesa do Consumidor de um sistema de reparação que prescinde da aferição da relação contratual. Além disso, uma série de institutos, como a responsabilidade pré-negocial, a responsabilidade pela violação da confiança e o dano moral resultante do inadimplemento, faz questionar a consistência da distinção.

Para o direito administrativo, todavia, a distinção conserva sua importância. Sem prejuízo do aproveitamento conceitual do sistema de responsabilidade civil, o que aliás acontece no direito administrativo com diversos institutos desenvolvidos pelo direito privado, a verificação de um vínculo contratual propicia a atração de regime jurídico diferente, e isso repercute na imputação dos danos.

Assim, o artigo 37 da Constituição não se aplica para a regulação da responsabilidade contratual do Estado:

A responsabilidade civil objetiva do Estado e das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, prevista no art. 37, § 6.º, da CRFB, é de índole extracontratual, uma vez que a referida norma menciona danos causados a “terceiros”, ou seja, pessoas que não possuem vínculo específico com o causador do dano. Dessa forma, a regra não se aplica aos danos causados às pessoas que possuem vínculo jurídico especial, contratual (ex.: empresas contratadas pelo Estado) ou institucional (ex.: servidores públicos estatutários), com a Administração Pública (OLIVEIRA, 2025; p. 788).

Deste modo, a “distinção é essencial porque o regime próprio dos contratos administrativos protege o particular contra certos eventos imprevisíveis, gerando garantias que não se verificam no restante das hipóteses” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 878). A investigação aqui conduzida centra seus esforços na análise da responsabilidade extracontratual, deixando de lado “a responsabilidade contratual, que se rege por princípios próprios” e, por sua vez, é matéria pertinente ao estudo dos contratos administrativos (DI PIETRO, 2025; p. 739).

Uma outra distinção pode ser traçada a partir do exercício da função típica atribuída a cada Poder. Tendo em conta a Separação funcional dos Poderes do Estado, a “responsabilidade civil do Estado normalmente é estudada tendo-se em vista as três funções inerentes ao poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa” (TEPEDINO, TERRA e GUEDES, 2025; p. 196). É possível, portanto, conceber uma modalidade de responsabilidade por atos judiciais, uma por atos legislativos e outra por atos administrativos, embora a mais frequente seja esta última (DI PIETRO, 2025; p. 739).

Aprofundando a distinção anterior, embora essas três modalidades façam parte da responsabilidade civil extracontratual do Estado, nem todas elas exigem os mesmos pressupostos. As diferentes funções exercidas pelo Estado se submetem a regimes de responsabilização distintos, muito embora se questione o sentido dessa diferenciação. De toda maneira, independentemente da função exercida, sendo o “dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica” (DI PIETRO, 2025; p. 739).

A responsabilidade por atos legislativos é excepcional. Por ser a edição de lei um ato com efeitos gerais e abstratos, defende-se, por padrão, a irresponsabilidade do Estado (CARVALHO FILHO, 2025; p. 479). A atividade legislativa, além de traduzir o exercício legítimo da Soberania estatal, por uma impossibilidade, não teria aptidão a causar danos.

Como exceções, admite-se a possibilidade de responsabilização do Estado por edição de lei inconstitucional, por omissão legislativa inconstitucional, e quando o ato legislativo, embora seja lei em sentido formal, tenha efeitos concretos (CARVALHO FILHO, 2025; p. 479-81).

Também, no âmbito da função legislativa, é questionável a possibilidade de responsabilidade do Estado e de parlamentares pelos atos praticados à luz da imunidade prevista no artigo 53 da Constituição da República. Se a responsabilidade pessoal do parlamentar é incabível, sobretudo pela abrangência expressa da imunidade civil com a redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001, defende-se a admissibilidade da responsabilidade Estatal quando são causados danos injustos aos atingidos pela manifestação parlamentar (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 727-9).

Apreciando a questão, porém, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 632.115/CE, fixou tese de Repercussão Geral (tema 950), afirmando que a “imunidade material parlamentar (art. 53, caput, c/c art. 27, § 1º, e art. 29, VIII, CF/1988) configura excludente da responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF/1988), afastando qualquer pretensão indenizatória em face do ente público por opiniões, palavras e votos cobertos por essa garantia.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2025; p. 13). Ressalvou apenas a possibilidade de responsabilização direta do parlamentar, exclusiva e subjetivamente, nas hipóteses em que sua manifestação extrapole os limites da imunidade.

Igualmente excepcional é a responsabilidade do Estado por atos judiciais. A defesa da irresponsabilidade por atos judiciais encontra fundamento na Soberania Estatal, na recorribilidade das decisões judiciais e, finalmente, no óbice da indiscutibilidade da coisa julgada (CARVALHO FILHO, 2025; p. 482). Existem, no entanto, ressalvas expressamente positivadas no texto constitucional; responderá civilmente o Estado por atos judiciais, com fundamento no inciso LXXV do art. 5º da Constituição da República, em caso de erro judiciário ou de prisão além do tempo fixado na sentença. Além das exceções constitucionais, admite-se a responsabilidade estatal por demora na prestação jurisdicional (OLIVEIRA, 2025; p. 812), com fundamento no princípio da duração razoável do processo.

Além disso, mesmo nesses casos excepcionais, a responsabilização pessoal dos magistrados, em ação regressiva, pressupõe critérios mais restritos do que os exigidos pela cláusula geral de ilicitude (art. 186 do Código Civil), segundo a qual a simples culpa basta para que surja o dever de indenizar. De outro modo, segundo exige o artigo 143 do Código de Processo Civil, somente será responsabilizado pessoalmente o magistrado se ao conduzir a função jurisdicional proceder mediante dolo ou fraude ou; caso, sem justo motivo, recuse, omita ou retarde providência devida de ofício ou a requerimento da parte.

A derradeira modalidade é a resultante dos fatos administrativos, cujo regime jurídico já foi mencionado no início desta seção (1.1.) e será analisado detidamente na subseção seguinte (1.1.2). Apenas importa mencionar que esta modalidade não se restringe ao Poder Executivo, pois o exercício da função administrativa não é exclusividade sua, embora constitua sua função típica. Desse modo, também poderá o Estado ser responsabilizado se causarem dano os órgãos do Poder Legislativo e Judiciário, no exercício de sua função administrativa atípica, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República. (OLIVEIRA, 2025; p. 812).

Uma última distinção deve ser feita nesta modalidade de responsabilização, tendo em vista o objeto da prestação estatal. A Administração Pública indireta é composta por pessoas jurídicas de direito público (e.g., autarquias e fundações) e de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). Embora a Constituição da República submeta também as pessoas de direito privado ao regime de responsabilidade objetiva, é importante ressaltar que isso somente ocorre quando o objeto da prestação estatal constitui a prestação de serviços públicos.

Deste modo, há uma dualidade de regimes envolvendo a atividade administrativa: há um “regime próprio da responsabilidade civil das pessoas de direito público, subordinado ao direito público. E há aquele pertinente às pessoas de direito privado, não prestadoras de serviço público, mas exploradoras de atividade econômica, que é o regime jurídico da responsabilidade civil privada.” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 878).

Apenas na hipótese de uma pessoa jurídica de direito privado prestar serviços públicos é o que regime de direito público será aplicado. No caso das estatais prestadoras de atividade econômica, a sua atividade se submete a um regime de responsabilidade subjetiva, “pois, além de não ser aplicável o art. 37, § 6º, da CRFB, deve ser observado o mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas em geral (art. 173, § 1º, II, da CRFB).” (OLIVEIRA, 2025; p. 795). Por óbvio, não se obsta a submissão a outros regimes de responsabilidade objetiva decorrentes, v.g., do direito do consumidor ou ambiental, o que ocorre com qualquer outra pessoa jurídica não estatal.

1.1.2. Teoria do Risco Administrativo

Retomando as distinções apresentadas na subseção anterior, afirma-se que o tema da pesquisa é a responsabilidade civil extracontratual do Estado pela prestação de serviços públicos. Essa modalidade de responsabilidade, por força da já mencionada norma

constitucional, é objetiva. Por conseguinte, a culpa, em que tradicionalmente se fundamentava a imputação do dever de indenizar (MIRAGEM, 2021; p. 151), deixa de ser exigida para a responsabilização do Estado.

Essa caracterização, embora não seja falsa, é imprecisa. A responsabilidade “objetiva não consagra uma responsabilidade sem culpa, mas uma responsabilidade independente da existência de culpa”. A responsabilidade se imputa “pelo risco da atividade, equidade, ou qualquer outra fundamentação merecedora de tutela” (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 527). Portanto, para que seja possível definir o regime jurídico da responsabilidade objetiva, não basta afirmar a prescindibilidade da culpa; é preciso também investigar a atribuição da obrigação de indenizar, delineando as circunstâncias em que surge e sobre que fundamentos está justificada.

A teoria que justifica a responsabilidade do Estado é a do risco administrativo e a sua caracterização é o objeto desta subseção. Para compreender os fundamentos da teoria do risco administrativo, é útil desenhar o movimento, da culpa ao risco, sobre o qual se desenvolveram as modernas concepções de responsabilidade objetiva. Estabelecidos os fundamentos do risco administrativo, duas delimitações serão traçadas: uma negativa, apresentando as teorias alternativas vigentes ao longo da história; e outra positiva, a partir dos pressupostos da obrigação de indenizar.

Na responsabilidade subjetiva, a culpa é o fundamento que permite atribuir a alguém obrigação de reparar um dano. Pesquisa-se a “motivação interna do sujeito na realização da conduta que resultava no dano, do modo como se dava a violação de um dever jurídico originário, cuja consequência, resultando em dano, implicava o dever sucessivo de indenizar” (MIRAGEM, 2021; p. 152).

De longa tradição no direito privado, a ideia de culpa foi aprimorada pela escola jusracionalista (MARTINS-COSTA e GIANNOTTI, 2021) e alcançou uma posição central na responsabilidade civil. O destaque dado à culpa era decorrente da hegemonia do pensamento liberal, que preconizava só ter lugar a responsabilização quando o dano “emergisse diante da voluntária (embora não necessariamente intencional) violação a um dever de conduta anteriormente estabelecido” (SCHREIBER, 2013; p. 231).

Sua exigência corresponde a “uma avaliação ético-jurídica do comportamento do causador do dano para imputar-lhe o dever de repará-lo era tida como princípio axiomático, correspondente à idéia de punição pelo ilícito cometido” (MORAES, 2006; p. 248). A prova dessa violação era tarefa de difícil execução, muito embora isso não constituísse obstáculo para a manutenção da sua exigência. “As dificuldades de demonstração da culpa atendiam,

plenamente, ao propósito liberal de ampliar ao máximo o espaço da autonomia privada, sem criar desnecessários desestímulos ao exercício da vontade individual” (SCHREIBER, 2013; p. 232).

No século XIX, com o desenvolvimento da sociedade industrial e massificação das relações contratuais, a responsabilidade subjetiva começa a ser questionada, enquanto modelo único de responsabilidade civil. A tradicional aceção da culpa, sob impulso precursor da doutrina francesa sobre a reparação nos acidentes de trabalho, começa a ser alargada até entrar em crise. “Neste novo contexto, a utilização de um princípio de imputabilidade moral para justificar que o dano fosse transferido da vítima ao agente revelava-se incondizente com as diversas espécies de relações jurídicas próprias da sociedade moderna” (MORAES, 2006; p. 250).

Buscou-se, então, outros fundamentos para justificar a responsabilidade civil; o novo fator de imputação deveria permitir às vítimas, estando em uma posição de vulnerabilidade, a transferência dos danos suportados livres das dificuldades impostas pelo sistema da responsabilidade subjetiva. Surgem teorias que, buscando contornar essas dificuldades, “partilham de uma inspiração comum, capaz de substituir a culpa como fundamento da responsabilidade, que é a noção de risco” (MORAES, 2006; p. 250). E “foi justamente ao identificar-se a insuficiência da culpa como critério de responsabilização que o desenvolvimento da teoria do risco fornece um novo instrumento para tutela do interesse da vítima e mesmo de segurança da coletividade” (MIRAGEM, 2021; p. 169).

O risco converte-se em “conceito fundamental do direito privado. Distingue-se entre os riscos previsíveis e aceitáveis, cujo custo aloca-se por intermédio do sistema de responsabilidade civil ou de seguros e riscos incertos, para o que o Direito gradualmente constrói soluções ainda incompletas, como é o caso do princípio da precaução” (MIRAGEM, 2021; p. 161). Sob diversas modalidades criadas pela dogmática (risco-proveito, risco-criado, risco-suscitado), o risco passa a servir como fator de imputação da responsabilidade em diversos ramos jurídicos, notadamente no direito do trabalho e do consumidor, até a sua adoção pelo Código Civil (art. 927, parágrafo único) como um cláusula geral estruturante da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2013; p. 232).

O desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado não foi insensível a este movimento. Também os cidadãos apresentam, enquanto vítimas de um dano, as mesmas dificuldades em obter do Estado a sua reparação. Assim, questiona-se a adequação de uma sistema de responsabilidade do Estado com fundamento na culpa,

na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos (CARVALHO FILHO, 2025; p. 463).

Encontrando-se o cidadão frente ao Estado em posição de vulnerabilidade, “valeram-se os juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 306). Desse modo, a “objetivação da responsabilidade do Estado por danos a particulares passa a estabelecer-se, então, com o advento da teoria do risco administrativo, desenvolvida pelo direito público, embora igualmente se desenvolvam outras teorias justificadoras, em especial as que a associam à proteção da igualdade” (MIRAGEM, 2021; p. 247).

“A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes.” (OLIVEIRA, 2025; p. 790). Como contraponto às prerrogativas da Administração, exige-se uma atuação proporcional e cautelosa no exercício de suas atividades, frente ao risco que causam.

Em sua atuação, está o Estado “vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 307). A responsabilidade é, então, ordenada por um princípio de justiça distributiva; ao exigir-se do Estado a reparação do dano, “os valores indenizatórios seriam resultantes da contribuição feita por cada um dos demais integrantes da sociedade, a qual, em última análise, é a beneficiária dos poderes e das prerrogativas estatais” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 464).

Ao lado da equidade, fundamenta o risco administrativo a solidariedade social (MEDAUAR, 2018; p. 367). O raciocínio é simples: se a atividade estatal “é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 306). Além disso, a repartição dos ônus decorrentes da reparação deve guardar estreita relação com a isonomia, posto ser tida a teoria do risco administrativo como expressão do princípio da igualdade (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 306).

Em síntese, resulta a responsabilidade objetiva do Estado da “soma do risco com a solidariedade social traduzindo-se, assim, em justiça social” (TARGA, RIEMENSCHNEIDER e BECK; p. 13).

Todavia, nem sempre esses fundamentos foram reconhecidos pela ordem jurídica. Para o direito dos Estados Absolutistas, não era concebida a responsabilidade em face de seus súditos (OLIVEIRA, 2025; p. 786). A irresponsabilidade do Estado era justificada “na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele” (DI PIETRO, 2025; p. 740). No direito brasileiro, foi adotada a teoria no art. 99 da Constituição Imperial de 1824, embora somente aplicável aos atos do Imperador; os demais agentes públicos eram subjetivamente responsáveis (MIRAGEM, 2021; p. 245).

Sua adoção, diz-se, “era a própria negação do direito. De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 304). Com o fortalecimento do Estado de Direito e o reconhecimento de que os direitos fundamentais devem ser pelo Estado promovidos e protegidos, torna-se insustentável a irresponsabilidade estatal (OLIVEIRA, 2025; p. 786).

No século XIX, a tese da irresponsabilidade ficou superada, muito embora, ao ser admitida a responsabilização do Estado, “adotavam-se os princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa” (DI PIETRO, 2025; p. 741). É o surgimento da chamada teoria subjetiva civilista. Para esta teoria, ao menos numa primeira fase, era relevante a distinção atos de império e de gestão, sendo possível distinguir “o Estado ‘propriamente dito’, dotado de soberania, e o Estado ‘Fisco’, que se relacionava com particulares sem poder de autoridade” (OLIVEIRA, 2025; p. 786).

Enquanto a atuação da Administração nos atos de império era caracterizada pela exorbitância do direito comum, que a dotava de prerrogativas impostas unilateral e coercitivamente ao particular, nos atos de gestão, atua a “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 comum” (DI PIETRO, 2025; p. 741). Portanto, sendo aplicáveis às disposições do direito comum somente nos atos de gestão, apenas estes seriam aptos a gerar a responsabilidade estatal.

Constatadas as dificuldades em comprovar a culpa da Administração e superada a distinção entre atos de império e de gestão, a dogmática caminha para o desenvolvimento das “teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral” (DI PIETRO, 2025; p. 741). A delimitação das

teorias é útil sobretudo porque não há posição consolidada sobre a responsabilidade por omissão, como será discutido na subseção seguinte (1.1.3).

O objetivo da teoria da culpa do serviço (*faute du service*) é “desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário” (DI PIETRO, 2025; p. 741). A responsabilidade do Estado passa a ser configurada por meio de uma presunção de culpa: “[e]m vez de identificar o agente público culpado (culpa individual), a vítima deveria comprovar a falha do serviço (culpa anônima)” (OLIVEIRA, 2025; p. 787). Por sua vez, esta ocorreria sempre que o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado; em “qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário” (DI PIETRO, 2025; p. 741).

Ao lado da culpa do serviço, a doutrina publicista passa a adotar a teoria do risco, desenvolvida em movimento já exposto nesta subseção. Antes de discutir os pressupostos da obrigação de indenizar à luz da teoria do risco administrativo, cabe apenas, neste momento de delimitação negativa, expor suas diferenças em relação à teoria do risco integral. Isso porque “durante muito tempo, aqui no direito brasileiro, grande parte da doutrina não fazia distinção, considerando as duas expressões – risco integral e risco administrativo – como sinônimas ou falando em risco administrativo como correspondente ao acidente administrativo” (DI PIETRO, 2025; p. 742).

Atualmente, é possível, com alguma precisão, diferenciar as modalidades de risco. Aponta-se como principal diferença a admissão de excludentes de responsabilidade por rompimento do nexo de causalidade, o que somente ocorre para a teoria do risco administrativo. A rigor, “no risco integral a responsabilidade sequer depende do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 463). Desse modo, constitui o risco integral “modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 307).

Defende-se ter a Constituição optado pela teoria do risco administrativo ao condicionar “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” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 309). Por outro lado, apenas em situações excepcionais teria sido adotada a teoria do risco integral: a reparação de danos ambientais (art. 225, § 3.º, da Constituição), danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da

Constituição) e por atentados terroristas contra aeronaves brasileiras (art. 1.º da Lei 10.744/2003) (OLIVEIRA, 2025; p. 790).

Expostas as teorias alternativas, é possível definir o conteúdo da teoria do risco administrativo. Para esta teoria são três os requisitos para a constituição da obrigação do Estado de indenizar: uma conduta da Administração Pública, a ocorrência de um dano tutelado pela ordem jurídica, e o nexo de causalidade entre a produção do dano e a conduta estatal.

“A conduta administrativa (fato administrativo) é o primeiro elemento necessário à responsabilização estatal. O Estado somente pode ser responsabilizado pela atuação ou omissão de seus agentes públicos” (OLIVEIRA, 2025; p. 791). A caracterização do fato administrativo decorre da posição que ocupa o agente público, sendo, para a verificação da conduta, “indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular” (DI PIETRO, 2025; p. 742).

“Não é só agindo que o Estado causa danos. Muitos deles, às vezes os mais graves, resultam de omissões. O não agir, ou agir precário ou ineficiente, pode lesionar moral e materialmente o cidadão” (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 736). Assim, comissiva ou omissiva, sendo a conduta praticada por agente público, pode-se considerar fato administrativo para fins de responsabilidade estatal.

Além disso, controverte-se a dogmática acerca da exigência da qualificação ilícita da conduta para que se deflagre a responsabilidade civil. “Naturalmente, o mais comum é a responsabilidade civil surja como consequência de atos ilícitos, porém nada impede, em seus casos, que o legislador impute o dever de reparar como consequência de um ato lícito, à luz de certas especificidades” (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 690-2). Mesmo no direito civil, em situações específicas, como é o caso do art. 929 do Código Civil, é possível que seja responsabilizado o sujeito agindo em estado de necessidade, ato lícito por força do art. 188, II, do Código Civil.

Deste modo, também na responsabilidade objetiva estatal, “a existência (ou não) do dever de reparar não é aferida pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida” (MENDES, BRANCO, 2025; p. 889). Embora a posição doutrinária não seja completamente unânime, sobretudo envolvendo condutas omissivas, afirma-se, então, que a ilicitude não é condição da conduta estatal indenizável, desde que exista previsão legal e o sacrifício gerado ao particular seja desproporcional (OLIVEIRA, 2025; p. 789).

Perceba-se a amplitude que o requisito da conduta pode assumir: “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo (CARVALHO FILHO, 2025; p. 469).

“O segundo elemento fundamental para responsabilização do Estado é a comprovação do dano que pode ser definido como lesão a determinado bem jurídico da vítima” (OLIVEIRA, 2025; p. 791). Ante a previsão expressa do inciso X do artigo 5º da Constituição da República, “tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 469).

Aponta-se, como tendência, uma interpretação ampliativa na definição da indenizabilidade dos danos. Ganha expressão a noção de injustiça dano, caracterizada pela “violação dos valores e interesses tutelados pelo ordenamento, de modo a se verificar, concretamente, se o interesse lesionado será considerado merecedor de tutela e permitirá o surgimento do dever de indenizar” (TEPEDINO, TERRA e GUEDES, 2025; p. 28). Contudo, nem todos os prejuízos são indenizáveis; é preciso que sua proteção encontre fundamento na ordem de valores juridicamente estabelecida. Sobretudo para as hipóteses de responsabilidade por ato lícito da administração, exige-se ainda que o dano seja anormal e específico (DI PIETRO, 2025; p. 745).

“O terceiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado é o nexo de causalidade, que significa a relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano suportado pela vítima.” (OLIVEIRA, 2025; p. 792). Embora sejam distintas as teorias que buscam descrever a relação de causalidade, o propósito comum é a constituição de um filtro da reparação, somente admitindo a indenização dos danos que possam ser demonstrados resultantes da conduta estatal. Por outro lado, se “o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 469).

Essa conclusão leva à admissão dos excludentes de responsabilidade, que repousam principalmente sobre o rompimento do nexo causal. Se a causalidade é “o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única” (DI PIETRO, 2025; p. 746).

Apontam-se três modalidades de excludentes da responsabilidade civil pela inexistência denexo de causalidade (OLIVEIRA, 2025; p. 793-4). Enquanto o fato exclusivo da vítima caracteriza-se pela autolesão, unicamente causadora do dano, no fato de terceiro, um outro indivíduo, sem qualquer vínculo com a atuação estatal, é o causador do dano. Por fim, a terceira excludente, o caso fortuito ou força maior, é caracterizada quando o dano decorre de um evento, humano ou natural, absolutamente imprevisível ou inevitável, nada podendo ter feito o Estado para que o dano não acontecesse.

É pertinente mencionar que tanto as construções dogmáticas quanto as posições jurisprudenciais relativizam a exigência do nexode causalidade, tendo por consequência a ampliação dos danos indenizáveis. Assim, “diversos julgados deixam de reconhecer na hipótese a culpa exclusiva da vítima, reconhecendo a obrigação de indenizar por parte do Estado. Especialmente quando se tratar de alguém sob sua custódia, servidor ou não” (MIRAGEM, 2021; p. 250). Além disso, “mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço” (DI PIETRO, 2025; p. 746).

Também Farias, Rosenvald e Braga Netto (2022; p. 708) apontam a “tendência para um estreitamento progressivo das hipóteses de caso fortuito ou força maior”; em circunstâncias específicas, mesmo não tendo determinado sujeito provocado um dano, sendo este decorrente de fatos da natureza ou ações imprevisíveis de terceiros, é possível ainda assim atribuir o dever de repará-lo. A jurisprudência substituiu a distinção entre caso fortuito e força maior, tida como irrelevante, por outra: fortuitos internos e externos (OLIVEIRA, 2025; p. 794). Esta “é, sim, relevante, porque no primeiro caso o dever de indenizar está mantido (fortuito interno), ao passo que no segundo (fortuito externo) o dever de indenizar fica afastado” (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 708).

Os conceitos, de difícil definição e constatação concreta, constituem o desenvolvimento da teoria do risco da atividade e da sua consequente relativização das hipóteses de rompimento do nexode causalidade. Defende-se que

[q]uando o fortuito concorre não com a conduta culposa do agente estatal, mas com o risco inerente à sua própria atividade, a exterioridade ou externalidade do evento passa a ser elemento diferenciador. É que, neste caso, o caso fortuito apenas potencializa o risco intrínseco à atividade do agente público. Assim, apenas o fortuito externo afastará o nexode causal, de modo a excluir a responsabilidade do agente. Quando o fato de que resultou o acidente estiver vinculado à própria atividade do agente estatal (fortuito interno), mais intenso será o dever que lhe é imputado, ampliando-se o nexode causalidade cujo exame deverá ser mais rigoroso (TEPEDINO, TERRA e GUEDES, 2025; p. 212-1).

Assim, independente da proximidade temporal entre o dano e a conduta estatal, faz-se um juízo de pertinência do evento causador do dano, a partir da identificação do risco inerente a cada atividade; ainda que não decorra diretamente da atividade do sujeito imputado, somente é admitida a excludente de responsabilidade caso não haja qualquer conexão com a atividade desenvolvida.

1.1.3. As exegeses do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição na responsabilidade por omissão

Delimitado, em linhas gerais, o regime jurídico aplicável à responsabilidade civil do Estado pelas condutas praticadas por seus agentes, ao analisar mais detidamente as modalidades que essas condutas podem assumir, surgem algumas controvérsias jurídicas.

A responsabilidade por condutas comissivas é caracterizada pela ocorrência de um dano decorrente de uma ação, lícita ou ilícita, de um agente público. A partir da delimitação da conduta praticada, busca-se caracterizar o nexo de causalidade que a une ao dano. As proximidades temporal e circunstancial entre o dano e a ação do agente público permitem mais facilmente a constatação do vínculo etiológico; constatado este, assim, não existem dúvidas acerca da violação do dever de não produzir danos, já que a comprovação da culpa do agente não tem lugar na discussão.

Por outro lado, na responsabilidade por omissão, não existe uma conduta material e verificável da Administração para, a partir dela, verificar a causa dos danos. Assim, se “o problema do nexo causal é um dos mais difíceis da responsabilidade civil, mesmo nos casos em que há ação do Estado, essa dificuldade se revela ainda maior nos casos de omissão estatal” (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 742). Para verificar o vínculo é preciso, em um primeiro momento, definir um dever de segurança exigido do Estado pelo ordenamento jurídico e, então, avaliar em que medida o seu descumprimento proporcionou a ocorrência do dano. Por essa razão, nessa modalidade, a responsabilidade pressupõe sempre a ilicitude, inexistindo responsabilidade na omissão lícita (LEAL, 2017; p. 73; e BANDEIRA DE MELLO, 2003; p. 872).

Na maior parte destes casos, os danos acontecem por circunstâncias alheias à conduta do Estado: fatos de terceiro, fatos da vítima ou fatos da natureza. A omissão, sozinha, não é suficiente para que o dano aconteça. Contudo, a particular posição que o Estado ocupa, assumindo o dever de agir e impedir que o dano ocorra, é o que justifica a atribuição da obrigação de indenizá-lo sempre que se constate a inação estatal frente a este dever. De todo

modo, a construção traz consigo o risco de se ampliar excessivamente a esfera de atuação do Estado e torná-lo um garantidor universal.

Por conseguinte, “quando o Estado deixa de agir, realizando a prestação devida ao particular, e em razão dessa falta de ação (omissão), dá causa ao dano, discute-se ainda hoje acerca da exigência ou não de culpa para a imputação da responsabilidade” (MIRAGEM, 2021; p. 257). Interpretando a expressão “danos que (...) **causarem** a terceiros”, contida na norma constitucional, surgem ao menos três correntes distintas sobre o pressuposto da culpa na formação da obrigação de indenizar por condutas omissivas dos agentes públicos.

Explorar as divergências das distintas posições permite, finalmente, adentrar-se no recorte temático da pesquisa: a imputação de omissões estatais, que será objeto de problematização na seção seguinte (1.2.).

Uma primeira corrente defende não se aplicar o regime de responsabilidade objetiva às condutas omissivas dos agentes públicos. Defendem a “responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do Poder Público (presunção *juris tantum* ou relativa), tendo em vista que o Estado, na omissão, não é o causador do dano, mas atua de forma ilícita (com culpa) quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano” (OLIVEIRA, 2025; p.798).

Um primeiro argumento é construído a partir da interpretação restritiva do dispositivo constitucional. Defende-se que

a limitação da obrigação de reparação do Estado por danos causados por sua omissão apenas às situações em que demonstrada culpa resulta do entendimento de que a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 refere-se apenas aos atos comissivos (MIRAGEM, 2021; p. 257).

Como nem o art. 43 do Código Civil, nem o art. 37, § 6º, da Constituição, teriam expressamente mencionado as omissões do Poder Público, “é de interpretar-se que citados dispositivos se aplicam apenas a comportamentos comissivos e que os omissivos só podem ser objeto de responsabilidade estatal se houver culpa” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 475)

Também Celso Antônio Bandeira de Mello defende a tese, afirmando a omissão estatal ser mera condição do dano, e não sua causa, como exige a norma constitucional. “Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que se houvera ocorrido, teria impedido o resultado” (BANDEIRA DE MELLO, 2003; p. 873). Assim, nas condutas omissivas, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano” (BANDEIRA DE MELLO, 2003; p. 872). Desenvolvendo o argumento, se é sempre o

descumprimento de um dever legal, a ilicitude, que faz surgir a responsabilidade, esta só pode ser subjetiva (BANDEIRA DE MELLO, 2003; p. 872).

Também a partir da referência ao descumprimento do dever de agir são construídos argumentos a favor da responsabilidade subjetiva. Defende-se que a “culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável” (DI PIETRO, 2025; p. 749).

Deste modo, a “culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 475).

Como consequência, a responsabilização do Estado por omissão torna-se mais controlável. Defendo a incidência do princípio da reserva do possível, só se responsabiliza pelo “que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano”, circunstância que “só pode ser examinada diante de cada caso concreto” (DI PIETRO, 2025; p. 749). Ainda que se reconheçam as falhas estruturais do Estado no cumprimento de seus deveres, especialmente os de efetivar os direitos fundamentais sociais, “o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita.” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 476).

Uma segunda corrente defende irrestritamente a “responsabilidade objetiva, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB não faz distinção entre condutas comissivas ou omissivas” (OLIVEIRA, 2025; p. 798). Discordando da mencionada interpretação do dispositivo constitucional, reforça-se que:

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando do legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional (TEPEDINO, TERRA e GUEDES, 2025; p. 203).

Defende-se, então, estar “clara a opção legislativa pela responsabilidade objetiva em toda e qualquer atividade estatal, e deveria servir para sepultar definitivamente a responsabilidade subjetiva nos atos praticados pela administração pública, sejam eles comissivos sejam omissivos” (TEPEDINO, TERRA e GUEDES, 2025; p. 204).

Uma terceira corrente é também favorável, como regra, à responsabilidade objetiva. Partem do mesmo argumento da corrente anterior, segundo o qual o “texto constitucional não estabelece nenhuma distinção entre conduta comissiva e omissiva, pelo que não cabe ao intérprete estabelecer” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 317). Contudo, a sua incidência não seria irrestrita; são construídas distinções conceituais que temperam a responsabilização indistinta, defendendo que, em alguns casos excepcionais, o regime é o da responsabilidade subjetiva.

A distinção mais frequente concebe a especialidade do dever da Administração como critério. Assim, “nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva. Por outro lado, nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpra o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva” (OLIVEIRA, 2025; p.798).

A distinção pressupõe a verificação das atribuições do Estado perante a ordem jurídico-normativa. Desse modo, “haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) da pessoa ou coisa, e, por omissão sua, criar situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 318). Não basta que o Estado seja encarregado de promover determinada atuação, mas exige-se que a ordem jurídica tenha o colocado na posição de impedir que um direito seja violado em dadas circunstâncias.

“Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever geral de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 319). Nas omissões genéricas, “em virtude das limitações naturais das pessoas em geral, que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexos de causalidade, não há que falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerarmos o Estado segurador universal e adotarmos a teoria do risco integral.” (OLIVEIRA, 2025; p. 799)

A posição defendida por Marçal Justen Filho também pode ser inserida nesta terceira corrente. Discordando da distinção pela norma constitucional entre os regimes, propõe “unificar o tratamento da responsabilidade civil por atos comissivos e omissivos. Em ambos os casos, existe violação a um dever de diligência exacerbado” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 883).

Contudo, ao seu ver, a verdadeira distinção surge quanto à natureza da omissão, podendo esta ser própria ou imprópria. “Existem os casos em que uma norma prevê o dever

de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a norma proscreeve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio)” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 884).

A imputação da responsabilidade, à semelhança do posicionamento de Cavalieri, exige “verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recaí sobre os exercentes de função estatal.” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 885). Por sua vez este dever somente se configura, e com isso responsabiliza-se o Estado, quando “existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente [e] se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano” (JUSTEN FILHO, 2025; p. 885).

Tarcísio Carvalho Neto (2014; p. 70), com posição semelhante, sustenta a utilização de princípios da eficiência e moralidade administrativa como fundamento da responsabilidade do Estado, a par da legalidade, cuja contrariedade tem sido utilizada como justificção principal, e por vezes exclusiva, da imputação de danos às condutas estatais. Para além de pesquisar a existência de deveres estatais expressamente previstos em lei, as noções de eficiência e moralidade administrativas conformariam o padrão de conduta exigível do Estado e em relação a ele se estabeleceria, diante de “peculiaridades de casos concretos”, a responsabilidade estatal (CARVALHO NETO, 2014; p. 71).

Segundo defende, a responsabilidade por omissão não possui um caráter monovalente; ao contrário, é “preciso que as responsabilidades objetiva e subjetiva interajam na construção de um sistema justo de responsabilidade” (CARVALHO NETO, 2014; p. 107). Acolhendo a distinção “genérica vs. específica” das omissões estatais, desenvolvida por Guilherme Couto de Castro e difundida por Sergio Cavalieri, vincula a aferição do caráter da omissão a partir da “fina comparação entre a específica inação do Poder Público e o grau de eficiência que se espera do aparelho estatal.” (CARVALHO NETO, 2014; p. 125). Assim, se “o comportamento estatal estiver muito abaixo do mínimo esperado, objetiva será a responsabilidade. Quando mais próximo do mínimo será subjetiva” (CARVALHO NETO, 2014; p. 125).

Ainda, aos princípios da eficiência e moralidade administrativas “soma-se o parâmetro da razoabilidade para tecnicamente ditar se antijurídica (ou não) a conduta do Poder Público para fins de responsabilidade” (CARVALHO NETO, 2014; p. 137). Embora reconheça na utilização da razoabilidade uma “insegurança metodológica”, defende, de outro

lado, a legitimidade da técnica e a sua aptidão “para aproximar decisões judiciais (marcadas com a nota da tecnicidade) e soluções práticas idealizadas pela malha social” (CARVALHO NETO, 2014; p. 137).

Em síntese, a corrente defende a utilização de duas chaves hermenêuticas que orientam a determinação da omissão estatal indenizável: a) a distinção entre omissão genérica e específica e; b) a definição *in casu* do dever estatal de evitar o dano (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 745-6). Os critérios se complementam e buscam averiguar se um exame adequado do ordenamento jurídico autoriza colocar o Estado na posição de garantidor do bem jurídico lesado em determinada situação.

No panorama jurisprudencial dos tribunais de superposição, enquanto o Superior Tribunal de Justiça adota, com pontuais exceções, a concepção subjetivista, o Supremo Tribunal Federal tem adotado, especialmente nos últimos anos, a posição objetivista moderada. Para Farias, Rosenvald e Braga Netto, “ambas as teses são respeitáveis e têm bons argumentos. O que não parece correto é afirmar que se trata de questão pacífica” (2022; p. 737).

Uma particular atenção pode ser dada à “jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao qual compete a apreciação da matéria em virtude de sua natureza constitucional” (CAVALIERI FILHO, 2023; p. 320). Há uma década, a percepção sobre a questão indicava que no “âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal [vinha], de um modo geral, adotando a tese da responsabilidade subjetiva para atos omissivos do Estado”, embora a aplicação da tese seja flexibilizada pela caracterização da culpa anônima e, em alguns julgados, tenha sido adotada a corrente objetivista por omissão específica (HUMENHUK, 2015; p. 83 e p. 122).

Como tendência constatável, os julgados mais recentes parecem “sinalizar no sentido da responsabilidade objetiva, ou pelo menos, no alargamento da configuração do dever de indenizar do Poder Público, com “afrouxamento” da teoria do nexo causal” (GOMES, 2023; p. 957). Há um importante precedente da Corte, julgado em regime de repercussão geral (Tema 596) no ano de 2016, a partir do qual teria sido consolidada a sua opção pela responsabilidade objetiva das omissões estatais. Essa opção tomada pela Corte, aliada à sua competência, será um importante critério para a seleção do contexto empírico desta investigação, justificada no capítulo seguinte (2.2.3).

1.2. Entre o Estado irresponsável e o Estado garantidor universal

Na seção anterior, foi descrito o regime jurídico da responsabilidade do Estado com fundamento na teoria do risco administrativo. Alcançada uma compreensão suficiente dos seus fundamentos, procede-se à sua problematização, tendo como ponto de partida a controvérsia para a determinação do nexo de imputação de responsabilidade às condutas omissivas dos agentes públicos. Analisando os argumentos em defesa de cada corrente, percebe-se que, independentemente da posição adotada, a configuração da responsabilidade não é uma tarefa dada e exige do intérprete uma complexa avaliação das circunstâncias do caso concreto e dos princípios que conformam o padrão de atuação da Administração Pública.

Confrontando as posições, observa-se divergentes concepções da atuação do Estado. De um lado, há uma pressão pela ampliação das tarefas atribuídas aos entes públicos. No século XXI, defende-se, “aumentam os deveres estatais de ação - não qualquer ação, mas uma ação eficiente, proporcional, cuidadosa. Omissões que nos séculos passados não responsabilizariam o Estado, progressivamente, no século atual, passarão a responsabilizá-lo” (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 736).

Em contraponto, depara-se essa pressão com a realidade material e financeira de um Estado fragilizado, incapaz de promover, em um nível ideal, a realização de uma proteção satisfatória ao cidadão que desta depende. “A multiplicação das tarefas confiadas ao Estado, em geral prestações materiais consubstanciadas em serviços públicos que devem ser prestados de acordo com padrões de qualidade e adequação que atendam a sua finalidade, não contam com recursos públicos disponíveis suficientes” (MIRAGEM, 2021; p. 257).

Levadas ao extremo, as duas concepções sobre o papel que deve o Estado assumir trazem consequências indesejadas para a sociedade. Ampliar demasiadamente o padrão de atuação do Estado, e com isso sua responsabilização, o transformaria em um garantidor universal. E com o aumento dos custos dessa garantia, torna-se impraticável a atividade administrativa. Por outro lado, impor muitos obstáculos à responsabilização, coloca o Estado em uma confortável posição de imunidade. Expõe-se a risco o Estado de Direito, negando o fundamental dever de proteção dos direitos fundamentais do cidadão. “Numa fórmula, o Estado não deve ser segurador universal, tampouco omissor ou descumpridor dos deveres defensivos e prestacionais ou positivos” (FREITAS, 2005; p. 36).

Diante da incerteza, cabe ao intérprete afastar o Estado dessas posições extremadas. Então, a tentativa de conciliar esses extremos desdobra-se em uma tensão. Promover a ampliação da efetividade dos direitos fundamentais importa em uma assunção de deveres por parte do Estado. Mas nem por isso, os custos decorrentes da assunção dos deveres

de proteção pode tornar-se justificativa genérica para que o Estado se furte ao cumprimento do seu papel.

Como essa tensão surge e se caracteriza é o objeto da primeira subseção (1.2.1.). Como última etapa na construção do problema de pesquisa, ganha relevância o modo como seria possível lidar com ela. Questionando a suficiência da sistematização dogmática, surge o interesse no caráter argumentativo da imputação (1.2.2.). Finalmente, toma forma a questão de pesquisa, sugerindo interesse na investigação das práticas argumentativas empregadas pelo Judiciário a fim de justificar a imputação das omissões estatais.

1.2.1. Tensão entre a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e a possibilidade de cumprimento dos deveres estatais

Com o surgimento dos Estados Modernos, cresce a importância do Direito como instrumento de controle e pacificação social. Sob a sanção da autoridade estatal, garantida pelo monopólio do uso legítimo da violência, os indivíduos vinculam suas condutas aos imperativos contidos nas normas jurídicas. Mas a sua pretensão de regulação passa a compreender também o próprio Estado. “A noção de que o Estado era o ente todo-poderoso confundida com a velha teoria da intangibilidade do soberano e que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável foi substituída pela do Estado de Direito, segundo a qual deveriam ser a ele atribuídos os direitos e deveres comuns às pessoas” (CARVALHO FILHO, 2025; p. 461).

O Estado de Direito tem como seu corolário a submissão ao princípio da legalidade e implica que a atuação do Estado deve se orientar conforme o Direito. Mas “[n]ada adianta adotar Estado de Direito fundado em severo respeito à legalidade, à míngua de um regime de responsabilidade estatal” (CARVALHO NETO, 2014; p. 35). Como consequência, “a responsabilidade do Estado por danos aos particulares converge, atualmente, para a própria noção de Estado de Direito que se perfaz com reconhecimento de limites efetivos ao poder da autoridade pública” (MIRAGEM, 2021; p. 244).

Há, portanto, uma relação de mútua implicação entre os fenômenos. De um lado, a “ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito” (BANDEIRA DE MELLO, 2003; p. 858); de outro, o “grau de eficácia do Estado de Direito depende do grau de controle da atividade pública e da possibilidade de responsabilização do Estado por danos cometidos no exercício de seus poderes” (CARVALHO NETO, 2014; p. 181).

Ao acompanhar seu surgimento e desenvolvimento, nota-se que “a responsabilidade civil do Estado foi fundamentalmente influenciada por motivos de ordem político-organizacional dos modelos de Estado que se estabeleceram no curso do tempo, suscitando novas funções, novas organizações e novos serviços” (BROWNE, 2023; p. 456). Essa concepção, contudo, não é estática. “Tal qual o próprio conteúdo material do Estado de Direito passou por transformações históricas significativas, também a responsabilidade civil do Estado passou por diversas fases” (MENDES, BRANCO, 2025; p. 888).

Uma característica fundamental do Direito contemporâneo, impulsionada pelo constitucionalismo do pós-guerra, é a positivação dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira possui extenso rol de direitos fundamentais e como principal consequência, em um Estado Democrático de Direito, tem-se a vinculação do Estado à sua garantia. “A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes” (MENDES e BRANCO, 2025; p. 93).

Em correspondência, surgem deveres de abstenção e proteção, exigindo, respectivamente, uma atuação negativa ou positiva do Estado Administração frente a esses direitos. A ingerência ou omissão injustificadas representam violações a esses direitos e “o descumprimento de deveres estatais objetivos mostra-se injustamente danoso e ofensivo à Constituição. Afinal, os direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, possuem o primado nas relações administrativas” (FREITAS, 2005; p. 36).

Em um Estado Constitucional, portanto, tem grande importância o controle da atividade administrativa para a garantia dos direitos fundamentais (HUMENHUK, 2015; p. 104). “Para ‘realizar a Constituição’, a elevação máxima dos limites de operatividade e eficácia, não se prescinde do estudo do exercício de controle da atividade administrativa, baseado na observância de princípios constitucionais que orientam a Administração Pública”. (CARVALHO NETO, 2014; p. 180). E a responsabilidade civil do Estado consagra uma garantia aos indivíduos que, ao mesmo tempo, controla a atividade administrativa. O art. 37, § 6º da Constituição da República

consagra um direito autoaplicável de conteúdo abstencionista/negativo (o direito fundamental de não ser lesado em seus demais direitos e garantias); e, de conteúdo prestacional/positivo (o direito fundamental de ser plenamente recomposto, em sendo lesado em seus direitos e garantias). Os direitos e garantias (ou direitos, liberdades e garantias) dos particulares (lato sensu, pessoas naturais e jurídicas) são, pois, os bens juridicamente protegidos pela norma em causa (GOMES, 2023; p. 951).

Relaciona-se, portanto, com todo o sistema de direitos fundamentais. Independentemente do conteúdo do dever, “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais” (FREITAS, 2005; p. 22).

Embora estas sejam mais frequentes nos direitos sociais, a “necessidade de prestação depende, antes de tudo, da situação concreta e não é, assim, um dado originário” (ROTHENBURG, 2014; p. 894). Também os direitos individuais exigem, em alguma medida, prestações do Estado para impedir sua violação em situações de risco. E possuindo todos eles aplicabilidade direta e imediata, por força do art. 5º, § 1º da Constituição (FREITAS, 2005; p. 28), impõe-se a “responsabilidade do Estado Constitucional em caso de desproporcional e manifesta omissão que venha a causar um dano injusto” (HUMENHUK, 2015; p. 114).

As sociedades em que vivemos, complexas e plurais, redefinem as funções do Estado. Reformulam seus deveres. Reduz-se, qualitativamente, os espaços de omissão estatal legítima. O Estado do século XXI não pode se omitir em determinadas áreas, a ele são juridicamente proibidas, hoje, certas omissões que no passado talvez se permitissem. Exige-se, portanto, um agir proporcional, eficiente, cuidadoso. Se ele falhar na sua função de garantidor dos direitos fundamentais, no caso concreto, a responsabilidade civil do Estado deverá se impor (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 747).

E é justamente o reconhecimento dos direitos fundamentais e a busca por sua máxima efetividade que eleva o patamar das exigências frente ao Estado. Por outro lado, alerta-se para o risco dessa diretiva, posto que “uma interpretação extensiva dos deveres do Estado em relação aos seus agentes pode ampliar a abrangência de sua responsabilidade por danos” (MIRAGEM, 2021; p. 250).

Ante a extensa variedade de funções impostas ao Estado Moderno, dispendiosas ou de operacionalização complexa, descortina-se campo fértil para omissões. Esta assertiva avança quando se enfoca países de poucos tesouros e cofres combalidos, em cujas realidades se pode constatar grave desproporção entre ações sociais a serem obrigatoriamente empreendidas pelo Estado e o correspondente custo financeiro da necessária atuação. Cria-se o paradoxo-pesadelo das Administrações, enquanto maiores as exigências sociais, maior o risco da omissão estatal (CARVALHO NETO, 2014; p. 26).

O necessário balancear dos extremos exige, portanto, que sejam reconhecidos limites à vinculação do Estado.

Em meio à escassez de recursos, não se pode esperar que a Administração tenha ilimitada capacidade de impedir, independentemente de qualquer circunstância, a violação de direitos e a ocorrência de danos, sobretudo aqueles que têm como causa, não uma conduta de seus agentes públicos, mas um evento completamente alheio à sua esfera de atuação. Ignorar

essa realidade, apenas colocaria o Estado em uma posição cujos deveres não tem qualquer capacidade de cumprir. Deste modo, “[n]ão há nem pode haver contradição entre a intenção constitucional de restaurar direitos ao terceiro lesado por um comportamento estatal e a preservação de equilibrada política de reparações. Em última análise, a coletividade reabastecerá os cofres públicos” (CARVALHO NETO, 2014; p. 107).

Neste contexto, apresenta-se a reserva do possível como um pertinente argumento em favor da avaliação da possibilidade de garantia dos direitos (DI PIETRO, 2025; p. 749). Sua incidência, embora não negue validade nem aplicabilidade ao direito, postula a excusabilidade de uma determinada prestação ante a indisponibilidade financeira do Estado. Contudo, imprescindível para a sua incidência, que o Poder Público ou ao particular encarregado de prestar o direito fundamental demonstre (ônus argumentativo) essa impossibilidade fática (ROTHENBURG, 2014; p. 878), evitando a sua utilização “como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais” (HUMENHUK, 2015; p. 95).

Além da avaliação das possibilidades materiais de cumprimento dos deveres, surgem preocupações concernentes à legitimidade da concretização judicial da sua abrangência. Afinal, “o direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o inalcançável; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social” (KRELL, 1999; p. 255). Toda a discussão sobre a resolução dessa tensão chega às Cortes, encarregadas de julgar os casos concretos em conformidade ao regime jurídico da responsabilidade civil do Estado (1.1.2.).

Ainda assim, questiona-se a consistência dos pressupostos exigidos pela teoria do risco administrativo (1.1.3.). Diante da “falta de argumentos técnicos que amparem as decisões”, afirma-se que em alguns casos “o que o Judiciário acaba por fazer é relativizar o nexos causal e criar um caso de responsabilidade civil agravada, ou pelo risco integral, à margem da lei e da Constituição, à medida que ignora uma evidente excludentes do nexos causal” (BEDONE, 2013; p. 200). É pertinente, portanto, investigar os mecanismos que promovem a decidibilidade dessa tensão, razão pela qual direciona-se o olhar à construção dos nexos de imputação na responsabilidade civil do Estado.

1.2.2. A dimensão argumentativa da imputação

Responsabilidade é dever jurídico sucessivo, “consiste no dever (secundário) de arcar com os efeitos da infração ao dever (primário) de fazer ou não fazer algo” (JUSTEN

FILHO, 2025; p. 875). E tendo como destinação principal a reparação ou compensação de um dano, “[c]onceitualmente, a responsabilidade civil consiste justamente na imputação do evento danoso a um sujeito determinado, que será, então, obrigado a indenizá-lo.” (MORAES, 2006; p. 239).

Fato é que a vida é repleta de riscos e a ocorrência de danos é consequência muito frequente e, por vezes, inevitável. Obrigar um indivíduo, dito responsável, a suportar, em sua esfera jurídica, o dano sofrido por outro exige-se a imputação de responsabilidade (CORDEIRO, 2016; p. 981). Essa atividade de atribuição é dispendiosa e faz surgir uma série de questionamentos quanto à justiça dos critérios escolhidos para essa responsabilidade.

A solução de transferir ou repercutir um dano, que se verifique numa esfera, para esfera diversa da inicial, implica a movimentação de toda uma complexa disciplina civil, com questões difíceis; vão elas desde a identificação da esfera responsável, até à própria avaliação do dano e passando pela forma do ressarcimento. Todas essas operações só são possíveis em casos marginais; na grande maioria das situações, o Direito verga-se à natureza (CORDEIRO, 2016; p. 980).

Deste modo, como via heurística, a “regra básica no tocante aos danos é a da sua suportação pela própria esfera onde ocorram” (CORDEIRO, 2016; p. 979). Para que se adote solução de transferir a suportação de um dano, a “cada sistema jurídico compete decidir o que fazer com os diversos danos produzidos, implicando a ausência de decisão, neste caso, em uma decisão em si, que corresponde a ‘deixar o dano onde cair’ (the loss lies where it falls)” (SCHREIBER, 2013; p. 231). Pensando no sistema de direito privado brasileiro, ao lado de situações específicas previstas em lei, tem-se ato ilícito (culposo) e o risco da atividade como principais fundamentos.

No *caput* do art. 927 Código Civil, encontra-se ato ilícito (arts. 186 e 187) como título de imputação. Contudo, como já mencionado anteriormente (ver subseção 1.1.2), responsabilidade civil e ato ilícito são institutos distintos e independentes, muito embora frequentemente se verifiquem em uma relação de implicação. O que é essencial à responsabilidade civil é o dano e a imputação (CORDEIRO, 2016; p. 982). Assim, não ocupa a culpa posição exclusiva na imputação. Na sistemática adotada pelo Código Civil, divide espaço com o risco enquanto fator de atribuição (parágrafo único do art. 927). Reproduzindo a lição ponteana, “imputar não é inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir dever e responsabilidade. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar” (MARTINS-COSTA, 2009; p. 135).

O nexo de imputação é, desse modo, o fundamento da responsabilização. Sua determinação corresponde às funções da responsabilidade e a consequente estruturação dos

seus pressupostos. Trazendo a discussão para o contexto da investigação conduzida, “o elemento decisivo para a responsabilização estatal na conduta omissiva é o dever de agir no caso concreto, que fundamenta o nexo de imputação de determinado dano para o Estado” (BEDONE, 2013; p. 198). E são normas do ordenamento jurídico, que determinam quais os deveres de agir do Estado.

Ao responsabilizar o Estado, afirma-se a possibilidade e exigibilidade do cumprimento da prestação exigida pela norma interpretada. Essa é, inclusive, função própria da responsabilidade civil, a comunicativa. A “responsabilidade, nos vários contextos em que aparece, estrutura a comunicação social sobre problemas, conflitos, riscos, etc., de modo que estes sejam atribuídos a pessoas e não – como também seria possível – a processos supra-individuais” (PÜSCHEL, 2016; p. 136). A decisão que imputa o responsável, enquanto ato performativo, comunica a validade da norma descumprida (PÜSCHEL, 2016; p. 139).

Tal como as normas jurídicas, as “regras de imputação de responsabilidade variam conforme o contexto e seu conteúdo é definido politicamente” (PÜSCHEL, 2016; p. 136). Partindo da construção teórica de Klaus Günther, Flávia Püschel aponta que “a imputação de responsabilidade constitui uma prática social com sentido próprio quando as regras de imputação têm legitimidade democrática” (2016; p. 136).

Neste ponto, retoma-se a relação de mútua implicação entre responsabilidade estatal e Estado de Direito, sendo a lei, como expressão da representação democrática e como promotora de certeza no direito, a principal determinante das circunstâncias em que se poderá verificar a imputação. A questão que resta responder é se é possível encontrar apenas na lei todos os elementos necessários à sua determinação diante de um caso concreto.

Como mencionado, a culpa e o risco são os fatores de atribuição da responsabilidade civil no direito privado. A solução adotada, de modo diverso ao direito penal, onde a legalidade estrita exige a tipicidade dos ilícitos, foi a indicação dos títulos de imputação “em cláusulas gerais – portanto em descrições genéricas de realidades fácticas, por oposição aos clássicos catálogos de factos imputados” (CORDEIRO, 2016; p. 982). Para desenvolver e aplicar esses fatores, a dogmática analisa, define e reformula seus conceitos constitutivos.

Diante da inafastável contingência das relações em uma sociedade complexa, exige-se a constante adaptação destes conceitos (MORAES, 2006; p. 239), trazendo consigo uma flexibilidade orgânica no uso de conceitos abertos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. 690). Além dos

estudos doutrinários, desempenha a atividade judicial um importante papel no desenvolvimento dos critérios (MORAES, 2006; p. 238).

As “cortes judiciais esticam-lhe os conceitos, deturpam as noções clássicas, transformam cotidianamente o instituto a fim de obter resultados mais justos nos conflitos que lhe são submetidos” (SCHREIBER, 2013; p. 230). Essa operabilidade do sistema permite “a manutenção de uma elevada flexibilidade do modelo, sem que isso signifi[que] uma exoneração de todo e qualquer parâmetro de julgamento” (RODOTÀ, 2024; p. 181).

Nada obsta, por outro lado, que se questione a legitimidade dessas práticas. Em texto publicado em 1955, Orlando Gomes (2005; p. 128) já apontava a insuficiência da técnica jurídica para recepcionar, de forma satisfatoriamente organizada, as exigências pulsantes da realidade social. A propósito da responsabilidade civil, censurando a imprecisão conceitual e inconsistências técnicas, o autor critica as teorias pela “incapacidade de levar até às suas últimas conseqüências o desdobramento lógico das sugestões da realidade social, que solicitam visivelmente a socialização da responsabilidade” (GOMES, 2005; p.130).

Atualmente, fenômenos como o questionamento da culpa, a relativização do nexos causal (discutida em **1.1.2**), o reconhecimento de novos danos e a utilização da responsabilização para perseguir novas funções (preventiva, punitiva e “pedagógica”), permite falar em “crise e renovação da responsabilidade civil” (MIRAGEM, 2021; p. 25-30). Retratando esse quadro, descreve-se como “cacofônica a linguagem da responsabilidade civil no Brasil porque este instituto - tal qual se apresenta atualmente nos livros e na prática dos tribunais - mais espelha um confuso quebra-cabeças do que um articulado e coerente modelo jurídico” (MARTINS-COSTA, 2019; p. 390).

Ainda, ciente do uso do “discurso dogmático apenas como mecanismo para conferir uma forma jurídica para decisões fundamentalmente políticas” COSTA e FULGÊNCIO, 2024; p. 95), aponta-se que na lida cotidiana, não se amparam as decisões em sólida “construção teórica, mas tão somente a eleição, com ampla discricionariedade, da causa que, no entendimento do magistrado, melhor assegura proteção à vítima” (SCHREIBER, 2013; p. 233).

Não é mais possível, portanto, verificar a estabilidade e previsibilidade antes encontradas na tradicional formulação sistemática do instituto, frente às dificuldades conceituais e interpretativas com que se deparam os operadores do direito. Em resposta, anuncia-se a exigência desafiadora da “sistematização dos aspectos teóricos da responsabilidade civil e as diversas hipóteses que constituem a obrigação de indenizar em nosso Direito” (MIRAGEM, 2021; p. 32, e MORAES, 2006; p. 253).

Esta é a situação da teoria geral da responsabilidade civil no direito privado, em cuja estrutura se apoia a responsabilidade estatal. Somada à já mencionada flexibilidade orgânica, na responsabilidade estatal a ausência de texto legal disciplinador e a natureza constitucional na controvérsia acentuam ainda mais a importância da jurisprudência na sua aplicação (FARIAS, ROSENVALD e BRAGA NETTO, 2022; p. p. 690-1). O dispositivo constitucional (art. 37, § 6º) funciona como cláusula geral que regula sozinho a relação de imputação, padecendo das mesmas dificuldades da insuficiência do discurso dogmático para sistematizar a sua aplicação nos casos concretos.

Trazendo uma dificuldade adicional, os casos devem ainda lidar com a referida tensão (1.2.1) na concretização de normas constitucionais sobre direitos fundamentais, cuja interpretação é insuficientemente operacionalizada por meio dos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica (KRELL, 1999; p. 249). Defende-se a necessidade de reequacionar o estudo da responsabilidade estatal, assimilando o método da “proporcionalidade como proibição de excessos e vedação de inoperância ou injustificável fuga dos deveres objetivamente estabelecidos” (FREITAS, 2005; p. 21 e HUMENHUK, 2015; p. 109).

Além disso, constituindo inegável limitação à capacidade de sistematização dogmática, há uma constante menção ao fato de que os deveres de agir somente se estabelecerão diante do caso concreto. A referência é um dos parâmetros hermenêuticos apontados para a determinação da omissão estatal indenizável (1.1.3). Ainda assim, persiste, mesmo na análise dos casos concretos, a dificuldade em “reconhecer, de um lado, a fonte desse dever de agir e, de outro, a sua abrangência” (BEDONE, 2013; p. 223).

Postos, de um lado, os desafios em lidar com a imputação das omissões estatais e, de outro, a relativa incapacidade da dogmática em oferecer parâmetros estáveis para desincumbirem-se os juristas dessa tarefa, surge o interesse em investigar de que modo ela vem sendo feita. Mesmo em um sistema de direito continental como o brasileiro, “é inegável o papel relevantíssimo exercido pela jurisprudência reiterada em determinado sentido, na configuração, *hic et nunc*, do material jurídico positivo, tal como aparece consubstanciada nas decisões judiciais” (GUERRA FILHO, 2023; p. 41), importância esta que se confirma na responsabilidade civil do Estado. Desse modo, questiona-se se é possível encontrar na argumentação judicial algum grau de racionalidade no trato dessas questões.

Ante a adaptação da técnica que acompanha a evolução do direito, incumbe ao jurista “verificar a correspondência entre a realidade e os conceitos, o jurista-sociólogo está obrigado a interpretar essa realidade, visto como não pode percebê-la senão através desse processo” (GOMES, 2005; p. 132). A dificuldade, na realização da tarefa, provém justamente

“da insuficiência do instrumento de apreensão dos dados fornecidos pela realidade social” (GOMES, 2005; p. 132). A alternativa a ser buscada, evitando que a pesquisa em direito “se torne completamente desligada da realidade do direito, deve comparar os modelos de racionalidade judicial em disputa no campo teórico com dados empíricos sobre a atuação em concreto dos juízes” (RODRIGUEZ, 2013; p. 65-6).

A busca por tal instrumento leva à descrição, utilizando a terminologia de Rodriguez (2013), de um “modelo de racionalidade jurídica” (MRJ), isto é, o conjunto de raciocínios a partir dos quais obtêm-se a resolução dos casos concretos, interpretando e desenvolvendo o material jurídico à disposição do juízo. “Este conjunto de raciocínios pode ser investigado como objeto empírico, ou seja, a partir de uma hipótese sobre as características do MRJ de um determinado direito, pode-se pesquisar sociologicamente como o Judiciário argumenta de fato para decidir casos” (RODRIGUEZ, 2013; p. 66).

Pressupondo uma concepção dinâmica, não estrutural, do ordenamento jurídico, é possível, por meio do levantamento e análise de decisões, verificar “a aplicação concreta e atual dos termos abstratos e vagos das leis, abertos a uma infinidade de interpretações possíveis” (GUERRA FILHO, 2023; p. 42). Ao conduzir tal investigação, a análise da argumentação permite alcançar um determinado modelo de racionalidade jurídica verificado na prática judicial, o qual “seria capaz de descrever com precisão o padrão de operação do ordenamento jurídico em questão, pois estaria completamente positivado nas decisões jurisdicionais” (RODRIGUEZ, 2013; p. 163).

De posse dessas informações, as insuficiências da dogmática em sua descrição da imputação das omissões estatais poderiam ser supridas. Contudo, para que sejam obtidas e interpretadas é preciso partir de uma concepção sobre a prática judicial compatível com esses pressupostos e que ofereça uma pré-compreensão que guie a busca pelo modelo de racionalidade jurídica. O estabelecimento desta concepção, o marco teórico da investigação, é a tarefa que passa a ser realizada.

2. Ferramenta de Análise

No capítulo anterior foi reconstruído o problema de pesquisa. A partir da descrição do estado da arte sobre a responsabilidade civil estatal, buscou-se compreender qual o nexó de imputação que justifica e fundamenta a atribuição do dever de indenizar. A sua determinação, dependente da avaliação das circunstâncias concretas de cada caso, deve, ao mesmo tempo, promover a efetividade dos direitos fundamentais e atentar-se para as possibilidades de vinculação do Estado à sua garantia, tensão que se manifesta principalmente na imputação de omissões. Questionando a aptidão da dogmática jurídica para descrever e regular seu objeto, demonstrou-se a necessidade de investigar o modo por meio do qual a imputação da responsabilidade ocorre na prática judicial.

Contudo, na pesquisa acadêmica, “uma monografia é um trabalho que não pode ser apenas uma opinião pessoal, pois ela precisa esclarecer devidamente os seus pontos de partida e as perspectivas utilizadas, elementos que somente se tornam claros para quem desenvolveu uma reflexão filosófica” (COSTA, 2023; p. 169). Para que seja descrita a responsabilidade estatal na prática judicial é, portanto, necessário externar as premissas de que parte a investigação.

Assim, há a necessidade de adotar uma teoria que possa oferecer uma compreensão prévia sobre a estrutura do pensamento jurídico, considerando a sua dimensão argumentativa e, além disso, um percurso de análise que viabilize a apreensão dos dados. Buscando desincumbir-se dessas exigências, o presente capítulo tem como objetivo estabelecer o marco teórico e a metodologia de pesquisa. A primeira seção cuida da tópic jurídica, a partir da qual serão afirmados os pressupostos teóricos e construída a hipótese de pesquisa (2.1.). A segunda seção, além de apresentar os pressupostos metodológicos, realiza o desenho de pesquisa empírica a ser conduzida (2.2.).

2.1. Tópica e Jurisprudência

Em 1953 foi publicada uma obra que marcou a teoria do direito: “Tópica e Jurisprudência” é uma obra curta, escrita por Theodor Viehweg a propósito de sua tese de habilitação na Universidade de Mainz. Com uma recepção tímida nos primeiros anos de publicação, a obra se tornou, até sua quinta e última edição de 1974, uma importante referência nas discussões acadêmicas, provocando reações ora acolhedoras, ora críticas. A partir da publicação dessa obra, “a noção tópic jurídica se institui como um conceito

recorrente e muito repetido na teoria do direito, especialmente na metodologia jurídica”² (AMADO, 1987; p. 161). Como um impulso precursor, a tópica de Viehweg ainda exerceu grande relevância no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica contemporânea (ATIENZA, 2014; p. 37).

A obra tem como tema principal a discussão sobre a cientificidade do Direito e dos discursos que o tem como objeto. A indicar pelo próprio título da obra, evidenciada a opção pelo termo “Jurisprudência”³ (*Jurisprudenz*) em oposição ao mais comum à época “Ciência do Direito” (*Rechtswissenschaft*), sua investigação tem como propósito questionar de que modo pode ser caracterizada a atividade dos juristas “à luz do que a modernidade convencionou seja a ciência, nos moldes do positivismo que domina o modelo das ciências naturais e exatas, e a concepção vulgar de ciência” (ROESLER, 2013; p. 36).

Num contexto de valorização do pensamento cartesiano na ciência do Direito, não se concebia lugar para uma metodologia que não se propusesse articular racionalmente os conceitos jurídicos de maneira sistemática. Contudo, “após a Segunda Guerra Mundial, abriu-se na Alemanha um debate no qual a tópica pareceu emergir como um método capaz de substituir ou, pelo menos, complementar o método jurídico clássico”⁴ (SASTRE, 2020; p. 365). Queria Viehweg mostrar que o pensamento tópico sempre esteve presente na Jurisprudência e que não seria realizável a tarefa que intencionava a dita Ciência do Direito (ao modo da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos).

De modo diverso, a perspectiva defendida por Viehweg sobre a atividade jurídica “não se encaixa em uma estrutura conceitual e de enunciados que fixem soluções definitivas e que pretendam gerar cadeias dedutivas para chegar à resolução de cada novo caso” (AMADO, 1987; p. 173). Em sua tese, “em oposição ao modelo abstrato e formalista do positivismo, o que se observa é a contraposição de concepções diversas da ciência jurídica.” (GUERRA FILHO, 2023; p. 12).

Assim, desde este ponto de vista, tem-se uma nova compreensão sobre o Direito; “Viehweg parece defender uma concepção dinâmica do mesmo, entendendo-o como atividade”⁵ (AMADO, 1987; p. 173). Isso representa uma significativa “mudança de

² Tradução livre: “la noción de tópica jurídica se erige en concepto recurrente y archirrepetido en la teoría del derecho, especialmente con la metodología jurídica”.

³ No português a expressão, já utilizada na monografia, pode também significar o conjunto reiterado de decisões de um tribunal em um mesmo sentido. Para evitar confusões, a expressão será grafada com inicial maiúscula (Jurisprudência) sempre que tiver o sentido indicado pela obra de Viehweg.

⁴ Tradução livre: “tras la Segunda Guerra Mundial, se abrió un debate en Alemania en el que la tópica pareció aflorar como un método capaz de desplazar o, como mínimo, complementar, al método jurídico clásico”.

⁵ Tradução livre: “Viehweg parece defender una concepción dinámica del mismo, entendiéndolo como actividad”.

perspectiva teórica”, a partir da qual se “começa a levar em consideração a estrutura que os discursos jurídicos efetivamente têm, em vez de buscar definir aprioristicamente as regras formais que os deveriam guiar” (COSTA, 2008; p. 359). Pelo exposto, a concepção descrita parece ser compatível com a que esta investigação assume condicionante do desenvolvimento argumentativo das relações de imputação.

A seção pretende, então, expor alguns pontos fundamentais da tópica e demonstrar em que medida tem utilidade a sua assunção pela pesquisa como ponto de partida para as análises propostas. Inicia-se a exposição com a concepção que Viehweg apresentava sobre uma “ciência jurídica completa”, explorando a distinção entre zetética e dogmática (2.1.1). A partir dela é possível situar tanto o objeto de pesquisa quanto a própria investigação conduzida. Em seguida, será detalhada a tese segundo a qual a Jurisprudência é tópica, e a distinção desta em relação ao pensamento sistemático (2.1.2), além de ressaltar alguns elementos dessa tese que servirão de conceitos operacionais para a análise (2.1.3). Por fim, será finalmente relida à luz do marco teórico a problemática, para a qual será apresentada a hipótese de pesquisa (2.1.4).

2.1.1. Função da Jurisprudência: enfoques zetético e dogmático

Pode-se eleger como ponto de partida para analisar o modo como Viehweg compreendia a Jurisprudência a distinção entre o pensamento zetético e dogmático. A sua primeira formulação é posterior à publicação de “Tópica e Jurisprudência”, mas, ainda assim, fornece importantes considerações para que seja melhor compreendida a referida estrutura tópica da Jurisprudência.

A distinção surge pela primeira vez em 1968 no artigo “Problemas sistêmicos na dogmática jurídica e na investigação jurídica”⁶ (VIEHWEG, 1997; p. 71-86). Ela é formulada como “uma maneira de entender a complexidade gerada pela amplitude que o fenômeno jurídico abrange e que coloca ao jurista tarefas que vão desde uma análise de um determinado ordenamento jurídico até investigações de caráter científico ou filosófico” (ROESLER, 2013; p. 92). O propósito da distinção seria, assim, ampliar a descrição da atividade desempenhada pelos juristas, de modo a “atingir uma ‘ciência jurídica completa’” (GUERRA FILHO, 2023; p. 16).

⁶ Tradução livre do título em espanhol: “Problemas sistêmicos en la dogmática jurídica y en la investigación jurídica”, citado na referência. Título original em alemão: “Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung”.

Segundo Viehweg, é muito heterogêneo o conjunto de trabalhos científicos que têm o direito como objeto, sendo questionável um sistema científico capaz de o abarcar em sua totalidade, muito embora uma conexão temática possa ser verificada (VIEHWEG, 1997; p. 73-5). Para propor uma compreensão alternativa, mais abrangente, poderia ser descrito o âmbito de conhecimento jurídico como um esquema de perguntas e respostas. “Constrói-se, assim, um campo de problemas suficientemente descritível e se oferecem respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rejeitadas” (ROESLER, 2013; p. 93).

A depender da ênfase dada aos seus componentes constitutivos é possível estabelecer a distinção. “Nesses esquemas de perguntas e respostas, é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando conferimos maior relevância às primeiras, a estrutura aponta para a investigação ou zetética. Quando salientamos as respostas, para a dogmática” (ROESLER, 2013; p. 93).

Na primeira perspectiva, zetética, os elementos considerados pela perguntas permanecem sempre abertos ao questionamento, são tomados em seu caráter “meramente tentativo” e podem ser criticados, reformulados, “aprofundando” assim o problema; já na perspectiva dogmática, respostas dadas são tidas como vinculantes, não abertas ao questionamento, ao menos em um primeiro momento, e àquele que irá lidar com o problema em questão não é dado rejeitá-las ou ignorá-las (FERRAZ JR., 2025; p. 19).

No primeiro caso, a reflexividade contínua, que pode colocar em questão todas as respostas oferecidas na investigação (e, por isso, entende-se que a relevância é dada ao aspecto pergunta), aponta para um decurso infinito, ou, ao menos, sem um término definido. Na investigação ou zetética, portanto, as respostas são tomadas sempre como tentativas, provisórias e questionáveis a qualquer momento, e sua tarefa é caracterizar o horizonte de questões no campo escolhido. No segundo caso, quando se salienta a resposta, a argumentação parte de alguns pontos que não podem ser questionados e sua reflexividade é, nesse sentido, limitada pela impossibilidade do questionamento dos dogmas, os quais “dominam” as demais respostas que a eles devem se adequar (ROESLER, 2013; p. 93).

Com características distintas, cumpre cada perspectiva uma função específica. Enquanto “o pensamento dogmático refere-se à opinião e à formação de opiniões; de outro modo, o pensamento zetético refere-se à investigação, ou seja, justamente à dissolução, através da dúvida, de meras opiniões”⁷ (VIEHWEG, 1997; p. 77).

No enfoque dogmático, há uma preocupação com a decidibilidade de conflitos (FERRAZ JR., 2025; p. 61), o que lhe exige uma função diretiva, apontando um caminho a

⁷ Tradução livre: “el pensamiento dogmático se refiere a la opinión y la formación de opinión; en cambio, el pensamiento zetético, a la investigación, es decir, justamente a la disolución a través de la duda de las meras opiniones”

ser seguido na decisão (VIEHWEG, 1997; p. 78). Embora não seja completamente extirpada a cognição, não se preocupam as teorias dogmáticas em serem “logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos)” (FERRAZ JR., 2025; p. 60).

Sendo assim, a dogmática toma conhecimento apenas do problema e do que é relevante para, em sua função diretiva, oferecer-lhe uma solução. Faz-se “um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais” (FERRAZ JR., 2025; p. 60). Isso leva à Viehweg nomear a dogmática como uma teoria com função social, que como tal, “somente pode levar a cabo a esperada regulação de comportamentos se não deixa sem resposta nenhuma questão essencial em seu campo de problemas” (ROESLER, 2013; p. 98).

De modo distinto, no “enfoque zetético predomina a função informativa da linguagem” (FERRAZ JR., 2025; p. 20). Seu âmbito investigativo se destina à descrição, tão precisa quanto possível, dos problemas relevantes ao direito, sem contudo se preocupar, ao menos diretamente, com a orientação da ação. À investigação zetética permite-se inclusive questionar o que a dogmática toma como dogma. Como resultado, o enfoque zetético desempenha em relação à dogmática um papel tanto legitimador, ao fundamentar seus dogmas, quanto corretivo, sendo permitido o exame crítico de seus pressupostos e, assim, sua correção (ROESLER, 2013; p. 100-1).

A distinção dos enfoques permite com que a atividade do jurista seja apreendida de maneira mais ampla. Essa ciência do direito completa, “com toda a sua complexidade, admite tanto o enfoque zetético, quanto o enfoque dogmático, em sua investigação. Isso explica que sejam várias as ciências que o tomem por objeto” (FERRAZ JR., 2025; p. 21). Dessa forma, o conhecimento jurídico resulta tanto do esforço dos juristas em oferecer soluções satisfatórias para os conflitos jurídicos, quanto das investigações que avaliam a correção dessas tentativas ou que ofereçam um conhecimento mais aprofundado daquilo que constitui esses problemas.

A importância de analisar esses aspectos reside no fato de que “a dimensão funcional é determinante da estrutura, no sentido de que, quando um sistema estruturado de um determinado modo deixa de cumprir sua função, precisa ser substituído” (ROESLER, 2013; p. 257). Assim, esclarecidas as funções que podem ser atribuídas à Jurisprudência, pode-se retomar à investigação sobre a estrutura que é verificada no pensamento jurídico.

2.1.2. Estrutura da Jurisprudência: pensamentos tópico e sistemático

Ao questionar o modelo dominante de ciência, Viehweg deparou-se com a relação entre sistema e ciência, cuja vinculação foi tida por “exclusivo critério de racionalidade”, devendo a partir dela ser a ciência do direito pensada (ROESLER, 2013; p. 47-8). Contudo, ele desconfiava que a concepção da Jurisprudência como “sistematização dedutiva, pretendida pelos modelos matematizantes de ciência que predominaram a partir do século XVII” poderia mostrar-se “inadequada para organizar o saber jurídico e dele retirar ou nele ocultar características fundamentais”, razão pela qual outras concepções deveriam ser utilizadas para explicar o trabalho dos juristas (ROESLER, 2013; p. 47-8).

Assim, Viehweg remonta à Antiguidade, em busca de um modelo de razão prática capaz de descrever a racionalidade dos juristas, encontrando, nas referências de Aristóteles e Cícero, a tópica. Este estilo, desenvolvido pela retórica, constitui uma “estrutura de pensamento que, mesmo nos mínimos detalhes, é claramente distinta de uma de tipo sistemático-dedutivo” (VIEHWEG, 1979; p. 17). O resgate da tópica é, assim, o que permite pensar a “questão da estrutura e da racionalidade do saber jurídico a partir da noção de discutibilidade e de um outro tipo de fundamentação, que não a oferecida pelos modelos baseados na sistematização dedutiva.” (ROESLER, 2013; p. 82).

Analisando o legado da Antiguidade, Viehweg chegou à conclusão de que o “ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema” (VIEHWEG, 1979; p. 33). Diante de uma aporia, isto é, “uma questão que é estimulante e iniludível”, que designa a “falta de um caminho”, “a situação problemática que não é possível eliminar”, seria a tópica a responsável por oferecer “indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não se ficar preso, sem saída” (VIEHWEG, 1979; p. 33).

Na sua concepção, a tópica “representa inicialmente a oposição ao modo sistemático de pensar, no qual se tenta, por meio de um sistema dedutivo, inserir conceitos e enunciados em um contexto uniforme de definição e justificação”⁸ (MÖLLERS, 2020; p. 507). Diante de uma questão que deve ser solucionada e apresenta mais de uma resposta, um problema, é necessário reformulá-lo de modo que possa ser inserido em uma cadeia de deduções, um sistema, que permita dá-lo a solução buscada (VIEHWEG, 1979; p. 34).

⁸ Tradução livre: “initially represent the opposite of the systematic way of thinking in which an attempt is made, by means of a deductive system, to place concepts and sentences in a uniform context of definition and justification”.

Valendo-se, então, da distinção proposta por Nicolai Hartmann entre os pensamentos sistemático e aporético, é possível realizar o procedimento descrito dando ênfase em cada um dos modos de pensamento.

De um lado, no pensamento sistemático, com ênfase no sistema, parte-se da sua cadeia de deduções já pré-estabelecida e, a depender da possibilidade reformulação em seus termos, classificam-se os problemas em solúveis e insolúveis, operando assim uma seleção de problemas. De outro lado, no pensamento problemático, com a ênfase no problema, é procedida a busca por um sistema em que seja possível, em seus termos, encontrar a solução, operando, deste modo, uma seleção de sistemas (VIEHWEG, 1979; p. 34-5). Assim, “quando se parte do problema, e um non liquet não é permitido, insiste-se em procurar um resultado até que se encontre um sistema com uma premissa adequada, que traga a solução” (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 29).

A tópica caracteriza-se justamente pela ênfase que atribui ao problema, muito embora não seja a sua caracterização marcada por uma oposição frontal a qualquer sistematização (SASTRE, 2020; p. 370). Destina-se à criação do “raciocínio baseado em premissas entimemáticas que vão estruturando, mediante uma trama sutil, um sistema de significações latentes que determinam o efeito de coerência lógica para um raciocínio, na verdade, indemonstrável” (WARAT e ROCHA, 1995; p. 96).

“Viehweg procede, para fundamentar sua tese de que a Jurisprudência tem uma estrutura tópica, a uma análise do material histórico legado pela tradição, acompanhando o saber jurídico desde a sua formação até os dias atuais (ROESLER, 2013; p. 181). Embora faça uso de exemplos históricos, afirma ter deixado “de lado, provisoriamente, uma investigação histórica independente”, indicando ter “plena consciência da incompletude dessa [sua] empreitada” (VIEHWEG, 1979; p. 17). As referências servem apenas como argumento para verificar, em distintos momentos da história, as estruturas do pensamento jurídico. Sua conclusão, após analisar a jurisprudência romana e medieval, além da frustrada tentativa de Leibniz de matematizar a tópica, é que a Jurisprudência conservou o seu caráter tópico.

No sétimo parágrafo (capítulo) da obra, Viehweg ainda discute a possibilidade de transformação do estilo em método, isto é, de sistematização da tópica, situação em que obter-se-ia uma ciência no sentido moderno. Elege como ponto de partida, a transformação de um catálogo de topoi em um sistema dedutivo, procedimento que exige o estabelecimento de certos axiomas e a elaboração de cadeias dedutivas a partir dele (VIEHWEG, 1979; p. 75-8).

Mesmo num sistema como esse, a atividade desempenhada pelos juristas faria a tópica surgir na interpretação das fontes do direito, na aplicação do direito aos novos casos,

com o uso da linguagem natural pressuposta nos conceitos e enunciados normativos e, ainda, na interpretação dos fatos juridicamente relevantes (VIEHWEG, 1979; p. 80-3; ROESLER, 2013; p. 248). Levar às últimas consequências o procedimento de “cientificação” da Jurisprudência exigiria a “proibição de interpretação dentro do sistema”, a adoção de “preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosa e exclusivamente para o sistema jurídico”, “não impedir a admissibilidade das decisões non liquet”, além da constante intervenção do legislador completando o sistema diante de casos novos (VIEHWEG, 1979; p. 84).

Ao final do procedimento, embora sistematizado, já não resultaria funcionalidade ao pensamento jurídico. Sendo a este irrecusável ignorar que “o problema é um dado constante e não eliminável, então podemos pensar que a tópica, enquanto procedimento de busca de premissas, confere-lhe a estrutura fundamental” (ROESLER, 2013; p. 240). O pensamento sistemático, embora desejável fosse a sua compatibilização com o método jurídico, é irrealizável tendo em vista a finalidade do Direito. A sua aplicação, além de promover um raciocínio abstrato, afastado dos problemas, não oferece solução a todos eles, o que contraria uma aspiração fundamental do direito.

A adoção de uma estrutura sistemática para a Jurisprudência inviabilizaria a orientação das condutas, ante a inflexibilidade da estrutura e a necessidade de adaptação das premissas para atender sua “pretensão de justeza”. Por essas razões toma como inviável um modelo de sistema (axiomático-dedutivo) para a Jurisprudência (ROESLER, 2013; p. 52).

Nesse sentido, ainda é possível questionar qual valor metodológico teria a Jurisprudência aceitando sua tese sobre seu caráter tópico. Segundo o próprio Viehweg, embora tenha a tópica muita utilidade para a Jurisprudência, ela impede que esta “possa converter-se em um método, pois só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexu unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo” (VIEHWEG, 1979; p. 71). Deste modo, prefere qualificar a tópica como um estilo, posto que tem “muito de arbítrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa” (VIEHWEG, 1979; p. 71).

De fato, “não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar” (FERRAZ JR., 2025; p. 292). Essa perspectiva, contudo, baseia-se numa concepção muito restrita sobre o significado de método (AMADO, 1987; p. 175). Com a negação do caráter de “método”, estava Viehweg mais preocupado em enfatizar na Jurisprudência suas “aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, à

medida que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade em suas tarefas práticas” (FERRAZ JR., 2025; p. 291).

De modo diverso, empregando “um conceito de método menos restritivo, a posição anterior de Viehweg, não nos impedirá de tomar consciência do significado metodológico da tópica”⁹ (AMADO, 1987; p. 176). Se nela há uma suficiente descrição de um modo de como se proceder em face do problema, “parece indiscutível – sem ainda entrar na sua caracterização específica como método – que a tópica possui valor metodológico”¹⁰ (SASTRE, 2020; p. 382). Reside este na particular utilidade a qual “as partes nesse processo dialógico podem usar como fonte de seus argumentos, dessas razões em cuja discussão a decisão será baseada”¹¹ (AMADO, 1987; p. 178). Explorando a sua aptidão para promover o consenso, legitimando as premissas através de um discurso racional, alguns juristas dogmáticos buscam incorporá-la em um método capaz de gerar, para as suas disciplinas, resultados satisfatórios na interpretação e aplicação do Direito.

Por mais que a investigação conduzida por Viehweg não tenha, ela mesma, uma função eminentemente dogmática, sendo, antes, uma investigação (zetética) dos fundamentos (ROESLER, 2013; p. 103), é possível verificar, deste modo, uma “dogmatização” das suas reflexões no chamado “‘método tópico de interpretação’ cujo caráter é muito mais dogmático, no sentido de que serve como instrumento de resolução de dificuldades ou de justificação de interpretações com vistas à decidibilidade dos conflitos” (ROESLER, 2013; p. 103-4). Cite-se, por exemplo, a descrição da tópica como parte integrante do procedimento de concretização das normas constitucionais na literatura alemã (HESSE, 1998; p. 63-8), considerada também pela brasileira (BONAVIDES, 2011; p. 488-96; MENDES e BRANCO, 2025; p. 46).

A par desta perspectiva metodológica, de caráter dogmatizado, é possível também observar, em indicações do próprio Viehweg, a possibilidade de uma outra de caráter descritivo, vinculada à retórica. Para essa outra perspectiva, mais modesta, da ciência do Direito, não se buscaria transformar em método o estilo tópico, senão que o toma como objeto de investigação sem “modificar em sua essência a *techné* jurídica. Concebe-a, em consequência, como uma forma de aparição da incessante busca do justo” (VIEHWEG, 1979; p. 85). Essa indicação é particularmente relevante para a investigação aqui conduzida e será

⁹ “un concepto de método, menos restrictivo, la anterior posición de Viehweg no nos impedirá tomar conciencia del significado metodológico de la tópica”.

¹⁰ “parece indiscutible -sin entrar todavía a la concreta caracterización como método-, que la tópica tiene valor metodológico”

¹¹ “las partes en ese proceso dialógico pueden servirse como fuente de sus argumentos, de esas razones sobre cuya discusión se asentará la decisión”

explorada na seção seguinte como ponto de partida para a construção da estratégia metodológica (2.2.1.).

2.1.3. Aporia fundamental, *topoi* e tópica de segundo grau

Até agora, a tópica, estrutura da Jurisprudência, foi caracterizada como uma técnica do pensamento problemático em contraposição ao pensamento sistemático. É relevante, ainda, explorar alguns aspectos dessa estrutura e do modo como promove o desenvolvimento do direito, dando destaque a alguns de seus conceitos relevantes.

O primeiro ponto a ser explorado, é o fato de, na disciplina jurídica, a tópica ser orientada por uma aporia fundamental. Segundo, Viehweg, “trata-se simplesmente da questão do que seja justo aqui e agora” (VIEHWEG, 1979; p. 88). Essa afirmação serve de reforço ao caráter problemático, orientado ao problema e a partir dele, que possui a Jurisprudência. É em referência ao problema que ela deve ser examinada para determinar sua estrutura, suas partes integrantes e conceitos, cujo sentido somente se estabelece em vista ao problema. Constitui a aporia fundamental uma questão iniludível, que “domina e informa toda a disciplina” (VIEHWEG, 1979; p. 88).

Então, se a Jurisprudência é constantemente adaptada em conformidade ao que se entende pelo justo, não pode assim sistematizar-se, devendo a sua estrutura “ser a de uma discussão problemática, o que significa dizer de outro modo que ela não pode abrir mão da tópica como técnica de discussão de problemas” (ROESLER, 2013; p. 207).

Para operacionalizar essa técnica, já foi dito, o jurista lança mão de *topoi* que possibilitam a adaptação desses conceitos tendo em vista a aporia fundamental. Retomando a definição aristotélica, Viehweg os caracteriza como “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (VIEHWEG, 1979; p. 27). “Os pontos de vista referidos, chamados *loci, topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida (FERRAZ JR., 2025; p. 292).

Se a tópica, como já afirmado, é a *techne* a serviço do pensamento problemático, a “função dos *topoi*, tanto gerais como especiais, consiste em servir a uma discussão de problemas” (VIEHWEG, 1979; p. 38; AMADO, 1987; p. 168). Portanto, essa função somente ganha pleno sentido diante do problema; é em relação a cada problema que se mostram como “possibilidades de orientação” e como “fios condutores do pensamento” (VIEHWEG, 1979; p. 38).

Dessa especial vinculação ao problema, resulta que sua definição é um aspecto pragmaticamente condicionado. Sendo assim, a tentativa de definir ou apreender um *topos* como um conceito ou proposição é “uma simples questão de formulação” (VIEHWEG, 1979; p. 38). Não faz muito sentido buscar uma determinação semanticamente precisa do conceito, como esperam as teorias antirretóricas, posto que seu sentido somente se revela plenamente diante do problema (VIEHWEG, 1997; p. 189).

Se, em sentido contrário, tenta-se transformar um *topos* em um conceito jurídico fundamental e, a partir dele, desenvolver deduções em cadeia (procedimento de sistematização), teria-se como consequência o seu progressivo distanciamento da realidade em que se encontram os problemas (VIEHWEG, 1979; p. 38-9), perdendo, assim a utilidade que possui como fórmula de procura. “O seu valor pragmático apoia-se precisamente em sua indeterminação”¹² (AMADO, 1987; p. 168).

Tendo em vista a sua situacionalidade, os *topoi* constituem um “modo de se trabalhar com os acordos, servindo de pontos de partida em sua construção (ROESLER, 2013; p. 241). Têm um papel relevante na legitimação das premissas que servem à fundamentação das decisões, já que encontram ressonância nas opiniões aceitas (*endoxa*) e compartilhadas pelos participantes do discurso. Funcionam, deste modo, “tais fórmulas, vinculando conclusões às representações sociais culturalmente impostas, forçam, em um processo de identificação ideológica, o consenso sobre as mensagens comunicadas.” (WARAT e ROCHA, 1995; p. 16-7). Como consequência, diz-se possibilitarem uma criatividade controlável (VIEHWEG, 1997; p. 201).

Distintos critérios permitem a classificação dos lugares-comuns utilizados nos discursos jurídicos. Uma primeira distinção pode ser feita entre *topoi* gerais e especiais, em que os “primeiros são aplicáveis a todos os problemas pensáveis e representam generalizações muito amplas, enquanto os segundos servem só para um determinado círculo de problemas” (VIEHWEG, 1979; p. 37).

Uma outra classificação permite distinguir *topoi* formais dos materiais. Os primeiros são “ideias com capacidade analítica, universalmente aceitas, que auxiliam na busca de pontos de vista, argumentando a favor e contra o que é debatível para a solução de problemas”¹³ (SASTRE, 2020; p. 376-7). Os *topoi* formais “reúnem *endoxa*, construídas para a heurística especializada”, entre os quais se encontram as regras do pensar gerais e

¹² Tradução livre: “Su valor pragmático estriba precisamente en su indeterminación”.

¹³ Tradução livre: “ideas con capacidad analítica, aceptables universalmente, que ayudan en la búsqueda de puntos de vista, argumentando en favor y en contra de lo opinable para la solución de problemas”.

específicas da disciplina (argumentum a contrario, a fortiori), cânones de interpretação, regras procedimentais (in dubio pro reo) (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 28). Como se depreende dos exemplos, não oferecem pontos de vista que oferecem diretamente uma solução ao problema que se põe, senão que permitem alcançá-la por meio dos argumentos que ajudam a formular (SASTRE, 2020; p. 377 e 388).

De outro lado, constituem os *topoi* materiais “as próprias premissas endoxais, como argumentos padronizados”, correspondentes aos brocardos e princípios jurídicos, máximas de experiência e os conceitos jurídicos (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 28). Diante do problema, “referem-se a aforismos, máximas ou regras que contêm a solução substancial para um problema potencial. Eles não são guias para encontrar a solução, mas sim a oferecem diretamente”¹⁴ (SASTRE, 2020; p. 377). Sua força persuasiva decorre justamente da proximidade ao sentimento comum de justiça, o que explica “serem comumente utilizados na Jurisprudência, tornando-se parte do acervo jurídico”¹⁵ (SASTRE, 2020; p. 377).

Como último aspecto a ser ressaltado na descrição da tópica é a sua capacidade de ordenação e de seleção dos *topoi* que a compõem. Segundo Viehweg, diante do problema, é possível, assim como se procede nas discussões cotidianas, selecionar casual e arbitrariamente um determinado conjunto de pontos de vista para conduzir a solução. Esse procedimento, que se pode denominar tópica de primeiro grau, é, todavia, inseguro e incita a necessidade de um maior grau de ordenação se da discussão se exige maior precisão e estabilidade (VIEHWEG, 1979; p. 36).

Buscando reduzir essa insegurança, é possível selecionar e reunir em catálogos os *topoi* considerados mais relevantes à discussão, tornando possível a sua posterior utilização. Esse procedimento pode ser chamado de tópica de segundo grau (VIEHWEG, 1979; p. 36; ROESLER, 2013; p. 238). “Esse processo reflexivo pode ser apoiado por meio dos chamados ‘catálogos’. Eles coletam os aspectos comuns da vida humana e os estruturam em diferentes conjuntos de tópicos”¹⁶, sejam gerais ou especiais (SOBOTA, 1991; p. 276).

Embora possuam utilidade prática, fornecendo ferramentas para a argumentação, os catálogos de *topoi* “não são vinculantes em si mesmos e só adquirem legitimidade pelo

¹⁴ Tradução livre: “los tópicos materiales aluden a aforismos, máximas o reglas que contienen la solución sustantiva para un posible problema. No son guías para la búsqueda de la solución, sino que la ofrecen directamente”.

¹⁵ Tradução livre: “es habitual que se empleen en la jurisprudencia, pasando a formar parte del acervo jurídico”.

¹⁶ Tradução livre: “This reflexive process can be supported by means of some so called “catalogues”. They collect the common aspects of human life and structure them into different sets of *topoi*”.

consenso que lhes é conferido em um dado momento ou durante um certo período”¹⁷ (SASTRE, 2020; p. 375). Sendo assim, embora se possa chegar a uma determinada enumeração de pontos de vista em um catálogo de *topoi*, “o domínio do problema exige flexibilidade e capacidade de alargamento” e, dessa forma, diante da mudança das circunstâncias, “os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis” (VIEHWEG, 1979; p. 41-2). Desse modo, “elaborar uma tópica de segundo grau o critério de referência não pode ser abstrato, mas localizado e situacional” (FERRAZ JR., 2025; p. 293).

Ainda assim, a possibilidade de elaboração de um catálogo de *topoi* com essas características indica que “a tópica de segundo grau não se separa tanto do pensamento sistemático quanto se poderia pensar inicialmente”¹⁸ (SASTRE, 2020; p. 375). Nesse sentido, se se aponta que o pensamento problemático “é esquivo às vinculações”, por outro lado, “tampouco pode renunciar por completo a elas”, sendo de “interesse especial em estabelecer determinadas fixações” (VIEHWEG, 1979; p. 41).

Por suposto, não se defende a possibilidade de “uma dedução sistemática dos *topoi*”, já que “qualquer tentativa nesse sentido altera a própria intenção da tópica que, sendo problemática, é assistemática até por necessidade de produção dos efeitos persuasivos da argumentação” (FERRAZ JR., 2025; p. 293). Não obstante,

Viehweg não rejeita a ideia de sistematização. Ele argumenta contra um modelo de direito determinado por uma estrutura axiomática e dedutiva, mas imediatamente oferece um sistema diferente com uma estrutura distinta: os padrões de tópicos. Esses padrões emergem em dois níveis: (1) um sistema dinâmico que fornece os padrões de como organizar um determinado assunto, por exemplo, como refletir sobre um problema ou como coletar todos os tópicos (como regras ou argumentos) referentes ao caso, como examiná-los ou como ponderá-los. (2) O segundo nível é um sistema aberto, porém bastante estático: a ordem dos catálogos. Catálogos de tópicos são coleções de tópicos, como sabedoria coletiva, livros de lugares-comuns, codificações, compêndios de julgamentos ou manuais de comentários eruditos. Os catálogos de tópicos ajudam a conectar o caso concreto ao nível mais geral dos pontos de vista e argumentos sociais. Além disso, eles constroem uma segunda

¹⁷ Tradução livre: “no son vinculantes en sí mismos y solo están dotados de la legitimidad que les otorga el consenso en un momento dado o a lo largo de un periodo determinado”.

¹⁸ Tradução livre: “la tópica de segundo grado no se aparta tanto del pensamiento sistemático, como podría pensarse a priori”.

dimensão para discutir e estruturar problemas sociais "teoricamente"¹⁹ (SOBOTA, 1991; p. 277).

É nesse sentido a descrição da estrutura do pensamento jurídico por Viehweg como um “sistema tópico”. Ao lado de outras variantes do sistema jurídico (sistemas serial, cibernético, axiomático-dedutivo, dialético), encontra-se esse sistema tópico, resultante da tradição retórica (VIEHWEG, 1997; p. 124-8). Este, correspondente à sua descrição da tópica, é o que se caracteriza pela orientação ao problema, por sua abertura ante os novos pontos de vista que surgem relevantes no discurso e pelo agrupamento dos *topoi* que servem no discurso à construção, não de uma razão definitiva numa argumentação dedutiva, mas de uma razão dialógica (VIEHWEG, 1997; p. 128).

2.1.4. Tópica e Responsabilidade Civil do Estado: uma releitura

Explorados os pressupostos teóricos da investigação, procede-se à releitura do problema de pesquisa a partir da concepção da Tópica Jurídica. Desde já, é possível trazer para o contexto da investigação aqui conduzida a distinção, já abordada (2.1.1), entre os enfoques zetético e dogmático da ciência do direito. Assim, pode ser descrita, para os fins da investigação, a responsabilidade do Estado como um conjunto de perguntas e respostas, mais especificamente, sobre as circunstâncias em que é possível atribuir responsabilidade ao Estado por suas condutas.

Nesse sentido, o objeto de análise pode ser qualificado como um conjunto de argumentações dogmáticas. Por sua vez, a investigação, que as toma como objeto, pretende compreender a estrutura do pensamento jurídico verificado nas argumentações judiciais e, portanto, o enfoque que prevalece é o zetético. Assim, sua função é descrever, através da “aprofundização” dos conhecimentos sobre o modo como ocorre a responsabilização, a estrutura do pensamento que a viabiliza.

Além disso, se aceitam-se as considerações sobre a função social que desempenha a dogmática, a responsabilidade civil, enquanto disciplina dogmática, desenvolveria por meio

¹⁹ Tradução livre: “Viehweg does not reject the idea of systematization. He argues against a model of law which is determined by an axiomatic, deductive structure - but he immediately offers a different system with a different structure: the patterns of *topoi*. These patterns emerge on two levels: (1) a dynamic system which provides the patterns of how to organize a given subject, for example how to reflect on a problem, or how to collect all the *topoi* (such as rules or arguments) concerning the case, how to examine these *topoi*, or how to weigh them. (2) The second level is an open, but quite static system: the order of catalogues. *Topoi* catalogues are *topoi* collections, such as collective wisdom, commonplace books, codifications, compendia of judgements, or manuals of learned comments. *Topoi*-catalogues help to link the concrete case to the more general level of social viewpoints and arguments. Moreover, they build up a second dimension to discuss and structure social problems ‘theoretically’”.

da tópica a sua correspondente função. De um lado, os *topoi* apresentados como respostas sobre a pergunta da imputação justa manteriam seu caráter vinculante e é papel de uma argumentação dogmática conduzir à formação da opinião de acordo com eles. De outro lado, a adaptabilidade dessas respostas, característica marcante da responsabilidade civil, exigiria uma tópica para conformar seus pressupostos na “proporção das demandas e das condições sociais” para que, “em face das novas técnicas, dos novos gêneros e das novas atividades, seja assegurada a sua principal finalidade, que é o restabelecimento do equilíbrio desfeito com a ocorrência dano” (BROWNE, 2023; p. 146).

Desenvolvem-se os seus conceitos jurídicos constitutivos em “relação com o problema respectivo e com o respectivo modo de entender a justiça, e têm, por isto, de ser continuamente diferenciados” (VIEHWEG, 1979; p. 96). “O pensamento tópico possivelmente induziria o desenvolvimento criativo dos fatores de atribuição que se manifestam a favor ou contra a responsabilidade”²⁰ (MÖLLERS, 2020; p. 508). A compreensão tópica do raciocínio jurídico permitiria o deslocamento da tradicional imputação baseada na verificação de pressupostos pré-estabelecidos, compreendido como pensamento sistemático, para uma a ideia de imputação como um processo interpretativo/constutivo do dever jurídico específico (re)construído à luz do caso concreto, correspondente ao pensamento problemático.

Extremamente ilustrativa é a associação do próprio Viehweg, afirmando que a flexibilidade da Jurisprudência tópica mostra-se com “especial clareza nas doutrinas entre si de certo modo aparentadas do enriquecimento ilícito e da responsabilidade por danos” (VIEHWEG, 1979; p. 96). Fazendo expressa menção à teoria do civilista austríaco Walter Wilburg (2000; p. 51-75), defende-se que a constante vinculação à aporia fundamental faz com que o sistema de responsabilidade civil permaneça móvel, qualificando os critérios de imputação (princípios, para Wilburg) como *topoi* (VIEHWEG, 1979; p. 99).

Neste sistema móvel, são descritos quatro critérios (culpa, risco, causalidade e equidade) que devem ser verificados com sua respectiva intensidade; “estes pontos de vista conjugados concedem a cada caso o seu cunho específico e podem decidir sobre se se justifica ou não uma obrigação de indemnização total ou parcial” (WILBURG, 2000; p. 64-6). Segundo Viehweg, “Wilburg oferece, de modo consequente, em seu sistema móvel para o direito de danos, uma implicação de proposições jurídicas, que obtêm sua vinculação a partir

²⁰ Tradução livre: “Topical thinking would perhaps also induce creative development of attribution criteria that speak for or against liability”

do problema, evitando vinculações ‘principiais’. Seu projeto ajusta-se assim à ideia de um catálogo diferenciado de topoi” (VIEHWEG, 1979; p. 99).

Resgatando o interesse da investigação em compreender o modo como as decisões justificam as imputações de omissão estatal, o modelo tópico mostra-se adequado para revelar as estratégias argumentativas que fundamentam uma ou outra concepção sobre o papel que deve assumir o Estado e quais danos poderiam ser a ele imputados. Uma análise baseada que levasse em consideração a construção tópica do discurso “permite explorar esse jogo persuasivo percebendo como se eludem questões cruciais mantendo termos de sentido aberto em constante reformulação e, conseqüentemente, ajustando-os às diversas e eventualmente divergentes necessidades de resolução dos problemas sociais.” (ROESLER, 2018; p. 35).

Ante o exposto, para a pesquisa a tópica jurídica revela sua utilidade ao adotar-se a premissa segundo a qual o dever jurídico que, descumprido, gera a obrigação de indenizar, não se deduz logicamente de um sistema normativo de orientação dedutiva. A frequente relação com a tutela de direitos fundamentais, somadas às indeterminações conceituais do instituto, exigem, de outro modo, a flexibilidade com a qual se constroem na prática jurisprudencial as premissas utilizadas na justificação das decisões. Por isso, a compreensão da responsabilidade civil estatal como um sistema tópico permitiria melhor compreender a situação discursiva orientada por valores e pelas peculiaridades dos casos concretos.

2.2. Metodologia de Pesquisa

Na seção anterior, foram estabelecidos os pressupostos teóricos que condicionam a descrição da problemática de pesquisa. Formulada a hipótese, estabeleceu-se como objetivo da investigação das práticas argumentativas na imputação de omissões estatais, sendo, portanto, necessário eleger um método apto a oferecer, em termos aceitáveis, informações nesse sentido. A definição do método de investigação “oferece a vantagem de fornecer uma perspectiva para que se enxergue a realidade e, ao reduzir o foco projetado sobre ela, confere segurança ao percurso investigativo” (BITTAR, 2024; p. 7).

Buscando realizar essa tarefa, a delinea-se nesta seção a metodologia da investigação. Como primeira etapa, serão discutidos os modelos de análise retórica do discurso já desenvolvidos e definir em que medida permitem a compreensão da estrutura tópica do discurso (2.2.1). Em seguida, analisar-se-á a aptidão de um modelo de pesquisa empírica e qualitativa para responder a pergunta de pesquisa (2.2.2.). Finalmente, será realizado o desenho de pesquisa, definindo, de um lado, os critérios de análise e dos

procedimentos de seleção e qualificação na produção da documentação empírica (2.2.3) e, de outro, o contexto empírico e o procedimento de coleta da documentação (2.2.4).

2.2.1. A tópica como método e metodologia: o olhar metódico da retórica analítica

Um primeiro passo a ser dado na construção da estratégia metodológica é buscar um modo de apreender a estrutura tópica do discurso jurídico. Pode-se encontrar na obra de Viehweg algumas indicações de uma pesquisa do direito capaz de realizar uma análise no sentido indicado, constituindo uma teoria retórica da argumentação jurídica (VIEHWEG, 1979; p. 104; ROESLER, 2013; p. 329).

Desenvolvendo essa concepção, alguns de seus seguidores em Mainz, ofereceram importantes contribuições teóricas sobre a dimensão retórica do discurso jurídico e realizaram diversas análises discursivas, com fundamento na teoria retórica do direito. “Se é possível considerar a tópica como uma subdisciplina da retórica, os sistemas de tópicos tornam-se parte dos padrões da retórica; eles fornecem, sobretudo, um esquema organizador para os processos pelos quais um orador prepara seu discurso ou sua decisão jurídica”²¹ (SOBOTA, 1991; p 278).

Nas investigações retóricas, quando a prática jurídica é investigada, “indaga-se como a linguagem e o falar produzem direito” e, assim, “tentam-se descrever os padrões da produção e apresentação do direito” (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 21). Para essa perspectiva, “o que se chama de ordenamento jurídico nada mais é do que uma leitura, com uma boa margem de consenso, sobre o sentido das normas que o compõem, em especial a partir de um enfoque dogmático” (ROESLER, 2013; p. 258).

Instrumentalizando essa perspectiva, é possível a construção de diferentes modelos de análises retóricas, cada qual com seus particulares objetivos, o que as leva a analisar específicas dimensões do discurso (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 37-40). Como exemplo, podem ser citados o modelo de sismógrafo retórico (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 261) e o modelo da Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) (REIS, 2014). Estes analisam os discursos judiciais, buscando neles identificar, por meio das categorias aristotélicas *pathos*, *logos* e *ethos*, as estratégias persuasivas que fundamentam as decisões.

²¹ “Tradução livre: “If one regards topics as a subdiscipline of rhetoric, the systems of topics become part of the patterns of rhetoric; they especially provide an organizing scheme for the processes by which an orator prepares his speech or his legal decision.”

Para a investigação conduzida, adota-se a Retórica Analítica, em sua perspectiva metódica (ADEODATO, 2013), como um modelo de análise retórica. A perspectiva metódica da retórica parte da tripartição da retórica proposta por Ottmar Ballweg (1991), à qual é adicionada uma outra, que distingue entre método, metodologia e metódica, correspondentes, respectivamente, aos níveis material, estratégico e analítico da retórica. (ADEODATO, 2013; p. 12).

A teoria toma a linguagem como um pressuposto constitutivo da realidade. Por meio da comunicação entre os sujeitos é que se constroi o mundo sobre o qual se comunica. Esse plano constitutivo, existencial, é o campo de atuação da primeira dimensão da retórica, a dimensão material. Nele, os sujeitos apresentam distintas concepções e perspectivas sobre a realidade circundante, cujas descrições entram em disputa e necessitam de métodos para que se determine qual será a concepção predominante.

Neste contexto, “a retórica material é o conjunto dos métodos vencedores, os relatos escolhidos dentre os diversos caminhos possíveis e concorrentes em determinada situação” (ADEODATO, 2013; p. 12). Promovendo o cotejo com a descrição da realidade jurídica, corresponde à retórica material ao modo por meio do qual “os problemas são efetivamente tratados, como os conflitos são efetivamente ‘resolvidos’” (ADEODATO, 2013; p. 15).

A segunda dimensão da retórica é a prática, ou estratégica. É um meta-discurso, que tem por objeto o discurso da retórica material. A retórica prática trabalha com as metodologias, “seu objetivo é conformar a retórica material, interferir sobre ela, fixar-lhe diretrizes, dizer como ela deve ser” (ADEODATO, 2013; p. 14). No direito, verifica-se a retórica estratégica, tanto nas teorias sobre o direito, quanto na dogmática jurídica, pois “explicitam como se deve compreender e lidar com o direito-evento, o direito material dos métodos, dos caminhos escolhidos” (ADEODATO, 2013; p. 14).

E é nesse fenômeno, a atuação da retórica prática sobre a material, em que reside o interesse da investigação. A metodologias da retórica prática “tratam justamente de quais *topoi* aparecem mais freqüentemente em um discurso, quais métodos são empregados para esse ou aquele efeito, como os lugares-comuns retóricos são construídos e trabalhados, que táticas, palavras, gestos melhor produzem os efeitos desejados” (ADEODATO, 2013; p. 14). A prática argumentativa dos tribunais, enquanto parte da retórica estratégica, disputa determinadas concepções sobre como a responsabilidade estatal deve ocorrer, isto é, qual concepção (método) sobre o que é o justo na imputação do Estado deve prevalecer.

Para apreender e descrever esse fenômeno é preciso, contudo, recorrer à uma outra dimensão discursiva. Nela encontramos a dimensão analítica da retórica. “A retórica analítica constitui o nível da metódica. Não se trata de métodos ou metodologias, justamente pela postura de tomar os métodos e as metodologias, com ênfase em suas interrelações, como objeto de estudo” (ADEODATO, 2013; p. 15). “A retórica analítica seria em tese capaz de desentranhar esses significados da retórica material e essas funções latentes da retórica prática” (PARINI, 2017; p. 119).

No contexto jurídico, “a retórica metódica estuda as relações entre a prática jurídica, os diversos métodos pelos quais o direito se realiza, e a teoria dessa prática, a metodologia doutrinária que explica e molda esse primeiro nível retórico” (ADEODATO, 2013; p. 16). Por essa razão, mostra-se a sua utilização frutífera à produção das informações buscadas pela pesquisa.

Compartilhando das premissas assumidas quando a problemática foi posta (1.2.2), a “análise retórica da dogmática jurídica mostra que ela constrói o direito caso a caso, vale dizer, que o direito não é previamente dado, mas também que essa construção não é “livre”, precisa respeitar “regularidades”, “constrangimentos” ou como se os queira denominar, métodos da retórica material e metodologias divergentes sobre como tratá-los” (ADEODATO, 2013; p. 28). Identificar e descrever esses métodos e metodologias é justamente o objetivo da investigação.

É relevante atentar para os limites da proposta que a retórica analítica oferece. Se, por um lado, não se submete aos constrangimentos aos quais as retóricas prática e material estão, por outro, exige “a renúncia completa a proposições normativas dotadas de conteúdo” para que a análise possa produzir resultados verificáveis (BALLWEG, 1991; p. 179). Ou seja, o preço a ser pago para que a metodologia dogmática se torne em uma metódica é abrir mão de seu caráter normativo, muito embora “mesmo a postura descritiva, mais adequada ao pesquisador, [seja] tida como meramente tentativa” (ADEODATO, 2013; p. 23).

Na perspectiva retórica, o “esforço teórico é dirigido para uma reconstrução dos instrumentos de análise que possam nos mostrar como a persuasão é buscada nos discursos jurídicos e, dentro desses, nos judiciais” (ROESLER, 2018; p. 33). Deste modo, para as análises retóricas

a preocupação central não é a de definir um modelo que nos permita apresentar uma crítica da decisão porque esta não apresenta características previamente fixadas de racionalidade, mas compreender como o discurso jurídico constrói uma realidade simbólica linguística própria e nessa são disputadas, mais do que pretensões de

racionalidade, pretensões de construção de sentido e de poder por intermédio da persuasão nos discursos (ROESLER, 2018; p. 32).

As constatações decorrentes desse modelo de análise possuem caráter descritivo, posto não ser defendido um parâmetro de racionalidade ao qual seria a argumentação analisada contrastada. A “teoria retórica do direito esforça-se para tomar uma posição de observador externo ao direito e, livre dos constrangimentos sob os quais a jurisprudência opera, desconstruir e reconstruir a construção do mundo jurídico” (GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, 2022; p. 37).

Nada obstante, seus “resultados analíticos servem indiretamente à praxis e podem otimizá-la na efetivação de seus objetivos” (BALLWEG, 1991; p. 179). Além disso, pode produzir “conhecimento das relações humanas, eventualmente legitimar suas regras, testando seu acordo com as regras do jogo, por exemplo (a lei e outras fontes de normas jurídicas, no caso do direito), além de fornecer apoio à aceitação de decisões” (ADEODATO, 2013; p. 17).

Na pesquisa acadêmica com fundamento na retórica analítica, “analisam-se os textos produzidos em um determinado contexto para compreender a época em que foram produzidos” (ADEODATO, 2013; p. 19). Nela, funciona “a análise de texto como ferramenta para estudo da dogmática jurídica em seus dois níveis”, material e estratégico (ADEODATO, 2013; p. 22). Para a pesquisa aqui conduzida, são considerados os textos produzidos pela prática judicial no âmbito de argumentações decisórias. E, desde uma perspectiva zetética, serão eles analisados, revelando um dado empírico útil à resolução do problema de pesquisa.

Isto posto, importa qualificar a pesquisa conduzida enquanto empírica e, em seguida, justificar a opção pelos métodos qualitativos de análise. Quanto aos problemas relacionados à escolha dos textos e quanto aos conceitos e critérios de análise (ADEODATO, 2013; p. 22), serão oportunamente discutidos no desenho de pesquisa (2.2.3 e ss.).

2.2.2. Pesquisa empírica e qualitativa

O problema de pesquisa sugeriu a investigação do modo como o nexos de imputação nas omissões estatais é efetivamente construído pela prática jurídica, tarefa que somente pode ser realizada por pesquisas empíricas (COSTA e FULGÊNCIO, 2024; p. 95). Como modelo de pesquisa empírica, adotou-se a proposta da retórica analítica, capaz de investigar a existência de um modelo de racionalidade jurídica tópico na argumentação judicial. Buscando desenvolver essa proposta, analisa-se como é possível realizar uma pesquisa empírica e quais métodos são com ela compatíveis.

Pesquisa empírica “é a voltada para a faceta experimental ou observável dos fenômenos. Ancora-se na manipulação de dados objetivos e concretos captados por procedimentos controláveis e de resultados mensuráveis” (LAMY, 2011; p. 60). No campo jurídico, opera por meio da coleta e análise de informações sobre o direito (GALLIGAN, 2010; p. 979). Sua utilidade pode consistir “simplesmente em descobrir mais sobre algum aspecto do direito, ou para estabelecer os fundamentos para sua reforma, ou para construir um conjunto de generalizações sobre o direito”²² (GALLIGAN, 2010; p. 979).

Aponta-se que a “pesquisa empírica em direito raramente se volta para a fundamentação das decisões jurisdicionais” (RODRIGUEZ, 2013; p. 62). O fenômeno que interessa à pesquisa, como já afirmado anteriormente, é a atuação da prática judicial, como uma retórica estratégica, sobre o modo como é construído o direito. Busca-se, na fundamentação das decisões, elementos que possibilitem confirmar a hipótese, segundo a qual essa prática argumentativa apresentaria uma estrutura tópica. A investigação aqui conduzida volta sua atenção justamente para a argumentação utilizada nas decisões judiciais.

É correspondente, portanto, o percurso da investigação ao método da pesquisa empírica. Este se constitui na “propositura de questões sobre um aspecto do direito; reunião de evidências; interpretação das evidências; e, em seguida, na formulação de conclusões”²³ (GALLIGAN, 2010; p. 979). Ainda assim, diversas técnicas podem ser empregadas na realização desses processos, enfatizando, cada uma delas, um aspecto observável do fenômeno investigado. “As técnicas de pesquisa deverão variar, conjugar-se ou se adequar conforme o campo de trabalho em que esteja situada a temática de discussão que se queira abordar em Direito” (BITTAR, 2024; p. 213).

As análises retóricas não se restringem a uma técnica específica. Outros modelos de análise, como os já citados sismógrafo retórico e a AERD, utilizam técnicas de quantificação para obter dados relevantes sobre como a persuasão se constroi no discurso. Todavia, no caso da presente investigação, antes que quantificar a ocorrência de estratégias persuasivas, pretende-se compreender a função dos *topoi* na fundamentação da imputação de omissões estatais, o que sugere a construção de uma pesquisa qualitativa. Esta “almeja descobrir ou afinar as perguntas da investigação, compreender uma realidade ainda não descrita completamente” (LAMY, 2011; p. 65). A “pesquisa qualitativa é particularmente útil

²² Tradução livre: “simply to know more about some aspect of law, or to lay the groundwork for reform, or to build a set of generalizations about law”

²³ Tradução livre: “to pose questions about an aspect of law; to gather evidence; to interpret the evidence; and then draw conclusions”

para determinar se determinado fenômeno social existe e, sendo o caso, a natureza do fenômeno”²⁴ (WEBLEY, 2010; p. 948).

Segundo Cardano (2017; p. 24-7), os traços característicos da pesquisa qualitativa são, de um lado, a proximidade com o objeto, marcada pela redução do espaço amostral e por uma observação detalhada, e, de outros, a necessidade de adaptação dos métodos de pesquisa ao objeto estudado, o que exige sensibilidade ao contexto empírico. Com isso, permite que seus resultados representem com maior nitidez fenômenos em meio à complexidade do meio em que ocorrem. Assim, seu foco recai sobre um “menor número de ‘observações’ ou de ‘fontes de dados’, sejam pessoas ou documentos, que sejam consideradas ricas em dados e, assim, dignas de estudo de uma análise aprofundada”²⁵ (WEBLEY, 2010; p. 934).

2.2.3. Desenho de pesquisa: identificando a tópica da jurisprudência

Definido o quadro metodológico, é finalmente possível realizar o desenho da pesquisa empírica e qualitativa proposta. A prefiguração da pesquisa, etapa em que será construído o desenho, é necessária para determinar “a qualificação da forma dessa experiência, das técnicas de construção da documentação empírica a qual se prevê utilizar” (CARDANO, 2017; p. 94).

Para viabilizar a pesquisa, deve-se partir de conceitos oferecidos pelas teorias jurídicas no processo de identificação e análise da evidência (GALLIGAN, 2010; p. 980). Desse modo, o primeiro passo é “criar categorias que sejam suficientes e adequadas para a análise proposta sem que sejam simples ou complexas demais a ponto de inviabilizar conclusões relevantes de pesquisa” (PALMA, FEFERBAUM e PINHEIRO, 2023; p. 111). A construção dessas categorias depende, tanto da pergunta de pesquisa, quanto do marco teórico adotado. Devem ser úteis às respostas que a pesquisa pretende oferecer e, ao mesmo tempo, ser compatíveis com os conceitos assumidos.

Retomando a pergunta de pesquisa (1.2.2. e 2.1.4), investiga-se o modelo de racionalidade jurídica verificado na prática judicial quando são imputadas violações de direitos fundamentais decorrentes de omissões estatais. A pesquisa busca responder se esse modelo pode ser descrito a partir de uma estrutura tópica e, sendo o caso, quais

²⁴ Tradução livre: “Qualitative research is particularly good for examining whether or not a particular social phenomenon exists and if so, the nature of the phenomenon”.

²⁵ Tradução livre: “smaller number of “observations” or “data sources,” whether people or events or documents, which are considered to be data rich and thus worthy of study, and to examine them in-depth”.

lugares-comuns (*topoi*) são constitutivos dessa prática. Correspondem esses dois objetivos à subdivisão da apresentação dos resultados (3.2 e 3.3).

Conforme, discutido anteriormente (2.1.2), uma estrutura tópica será constatada se for possível identificar a prevalência do problema na determinação do fundamento da responsabilidade, consubstanciada numa prática que, em oposição ao pensamento sistemático, busca produzir posições consensuais sobre a justiça da decisão sugerida. De outro modo, se verificar-se uma estrutura sistemática, com uma utilização uniforme e semanticamente precisa dos requisitos da obrigação de indenizar, em relação aos quais os casos concretos possam ser dedutivamente subsumidos, então a hipótese de pesquisa será refutada.

Caso contrário, avança-se na compreensão da estrutura da argumentação judicial. Nela, pode-se “identificar uma série de tópicos dentro de um momento histórico específico, um sistema particular e até mesmo uma disciplina específica”²⁶ (ARCE, 2022; p. 80). Sendo assim, se confirmada a hipótese sobre a estrutura tópica, realizar-se-á a catalogação dos lugares-comuns utilizados para a construção do nexos de imputação da responsabilidade, procedimento descrito como uma tópica de segundo grau (2.1.3).

Para identificar um *topos*, serão comparados os distintos argumentos veiculados no discurso e que partem de uma mesma premissa, semanticamente indeterminada e que oferece, ou ajuda a oferecer, uma solução ao problema. Se um mesmo conceito, princípio, ou argumento-padrão, é utilizado para fundamentar posições distintas ou em situações distintas, isso evidencia que a sua utilização é aceita e promove a legitimação das premissas do argumento. Além de identificar os *topoi*, buscar-se-á descrever a função que desempenham diante do problema concreto, ou seja, do modo como permitem ampliar ou reduzir o critério de imputação.

2.2.4. Desenho de pesquisa: recortes e critérios de seleção da amostra

Além de definir uma estratégia para identificar a estrutura tópica da responsabilidade civil do Estado, é preciso definir em quais circunstâncias fáticas ela poderá ser encontrada, isto é, o contexto empírico da investigação. Este é sugerido pelo problema de pesquisa (CARDANO, 2017; p. 53) e deve ser preciso, adequado para responder à pergunta da investigação e, ainda, representativo (LAMY, 2011; p. 66). Na pesquisa qualitativa, essa representatividade é alcançada por um critério, não estatístico e que permita amplas

²⁶ Tradução livre: “pueden ser identificados una serie de tópicos en un momento histórico determinado, dentro de un sistema específico, e inclusive en una disciplina particular”.

generalizações, mas que seja capaz de oferecer perspectivas mais aprofundadas sobre o objeto de investigação (WEBLEY, 2010; p. 934).

Se a investigação proposta busca investigar a racionalidade jurídica verificada nos discursos judiciais, somente uma pesquisa de jurisprudência estaria apta a responder tal questionamento. Para tanto, ante a impossibilidade de se analisar todas as decisões já produzidas sobre o assunto, é necessário adotar alguns recortes para a melhor delimitação do contexto empírico.

“Há várias possibilidades de recortes de análise, sendo os mais comuns os recortes institucionais, temáticos, processuais e temporais” (PALMA, FEFERBAUM e PINHEIRO, 2023; p. 104). Além desses recortes, uma análise argumentativa deve considerar em seus critérios de seleção a sua aptidão para encontrar casos em que seja verificado, ao lidar com o problema suficientemente intrigante, um “máximo desempenho argumentativo dos envolvidos” (SANTOS, 2024; p. 84).

Como recorte temático, seleciona-se apenas os casos correspondentes ao tema da investigação: a responsabilidade civil extracontratual do Estado por condutas omissivas praticadas no exercício da função administrativa. Esse recorte já foi melhor delimitado e justificado anteriormente (1.1.1.).

Também o desenho de pesquisa implementa um recorte institucional, analisando apenas os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Aliada à competência constitucional para julgar a matéria, muito embora existam casos judiciais de responsabilidade estatal também na Justiça Comum, o STF está em uma posição vertical e suas decisões têm impacto no modo com que o Poder Judiciário como um todo compreende o tema. Além disso, o seu posicionamento jurisprudencial tem reafirmado a responsabilidade objetiva das omissões estatais, o que, por outro lado, depende de uma fundamentação mais exigente na definição concreta do dever de agir exigível do Estado.

Em estreita relação com esse aspecto, também adota-se o recorte temporal correspondente aos últimos 10 anos, por coincidir com a tendência de afirmação da responsabilidade objetiva nas omissões. Além disso, o recorte justifica-se pela historicidade dos casos, devendo considerar tempo suficiente para desenvolver uma determinada consolidação de argumentos, mas que estes ainda possuam algum sentido com os problemas atuais (SANTOS, 2024; p. 84).

Como último recorte, processual, analisam-se apenas os julgamentos com repercussão geral reconhecida. A decisão do tribunal que a reconhece indica por si só a maior representatividade da questão submetida a julgamento. Nesses casos, a mencionada

performance argumentativa é presumivelmente maior, pelo fato do julgamento resultar na formação de uma orientação vinculante. Além disso, em pesquisa exploratória, constatou-se que em uma parte considerável dos casos em que a repercussão geral não é reconhecida, sequer são analisados os fundamentos da imputação, sendo antes inadmitidos ou improvidos por questões processuais.

3. Apresentação dos Resultados

Como etapa final do percurso argumentativo, apresenta-se os resultados da investigação conduzida. O capítulo pretende trazer à luz o modo por meio do qual a imputação das omissões estatais é construída no discurso judicial, apresentando as evidências e justificando as inferências constitutivas da tese de pesquisa, desenvolvidas a partir dos elementos argumentativos identificados nas decisões judiciais analisadas.

Após uma apresentação panorâmica do contexto empírico (3.1.), a hipótese será posta a teste. Assim será possível afirmar em que medida esses discursos podem ser compreendidos como resultado de uma tópica (3.2.) e quais seriam os *topoi* mais recorrentes na construção dos nexos de imputação (3.3.). Por fim, buscando delimitar o alcance das conclusões obtidas, bem como antecipar eventuais incompreensões sobre o significado das afirmações defendidas, discute-se os limites da investigação (3.4.).

3.1. Composição da amostra e descrição sumária dos casos analisados

Desenvolvendo a pesquisa de acordo com a sua prefiguração (2.2.3 e 2.2.4.), buscou-se na ferramenta de pesquisa de jurisprudência, disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o seguinte argumento com operadores booleanos: ["responsabilidade (ente ou estado ou poder) omissao"~10]. Nessa pesquisa, foram filtrados apenas os casos com repercussão geral reconhecida e que possuísem data de julgamento nos últimos 10 anos. Ao final, foram excluídos os resultados que não guardavam correlação temática com o objeto da investigação.

Buscando confirmar os resultados da pesquisa anterior, foi realizada uma segunda busca na consulta de temas com repercussão geral reconhecida, inserindo o argumento [responsabilidade]. Os casos foram analisados, um a um, para identificar a correspondência temática com o recorte da investigação e os resultados da seleção anterior foram confirmados.

Como resultado da pesquisa utilizando esses parâmetros foram encontrados 6 julgados. Em seguida, os casos foram fichados, buscando identificar os elementos essenciais do problema enfrentado e os principais argumentos construídos nos votos. As fichas de análise, compilando essas informações e os achados de pesquisa foram reunidas e constam no final do documento em **Anexo**.

A seguir apresenta-se a relação dos casos selecionados, com informações gerais sobre o recurso, em ordem cronológica de julgamento.

Relação de Casos Selecionados				
Número	Ministro Relator	Data de Julgamento	Tema de RG	Assunto
RE 841526	Luiz Fux	30/03/2016	592	Responsabilidade por morte de detento
RE 136861	Edson Fachin	11/03/2020	366	Omissão na fiscalização de fogos de artifício
RE 608880	Marco Aurélio	08/09/2020	362	Responsabilidade por crimes praticados por preso foragido
RE 1209429	Marco Aurélio	10/06/2021	1055	Responsabilidade por lesão ao profissional de imprensa ferido em cobertura policial
ARE 1385315	Edson Fachin	11/04/2024	1237	Responsabilidade por disparo de arma de fogo durante operação policial
RE 1212272	Gilmar Mendes	25/09/2024	1069	Responsabilidade estatal diante da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová

Tabela elaborada pelo autor.

Os 6 casos com repercussão geral reconhecida datam entre 2016 e 2024 e, à exceção do RE 1212272, a responsabilidade estatal é a questão principal do julgamento. Neste excepcional, embora a controvérsia constitucional refira-se ao direito à recusa de transfusão sanguínea por testemunhas de Jeová, a responsabilidade estatal é tida por alguns votos como questão relevante e a imputação de omissões torna-se objeto da fundamentação dos discursos, razão pela qual o caso foi mantido na seleção.

Em todos os casos encontra-se um desempenho argumentativo suficiente para a análise. Sua extensão, relativamente uniforme e com média de 145 páginas por acórdão, permite a comparação das distintas posições discutidas e defendidas. Além disso, apenas dois deles (RE 841526 e RE 1212272) foram julgados por unanimidade, e mesmo assim há disputa sobre os fundamentos e a tese de julgamento que devem prevalecer, o que evidencia o aspecto controverso e disputado do tema.

Para facilitar a posterior referência, prescindindo a repetição do contexto fático de cada caso, apresenta-se, a seguir, uma sumária descrição de cada julgado com as informações essenciais sobre omissão em discussão e a posição adotada pelo Tribunal. Os casos foram numerados em ordem crescente, seguindo a relação apresentada na tabela supra.

Caso 1: No Recurso Extraordinário nº 841526 (BRASIL, 2016), discutiu-se a responsabilidade civil do Estado do Rio Grande do Sul, pela morte de um detento, enforcado nas dependências do estabelecimento prisional. Segundo o relatório e a ementa do acórdão recorrido, a situação fática era inconclusiva para determinar a causa da morte; ainda pairavam

dúvidas sobre a ocorrência de suicídio do detento ou deste ter sido vítima de homicídio. Não obstante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirmando a sentença, condenou o Estado a indenizar os familiares do falecido.

O Supremo Tribunal Federal, admitido o recurso e reconhecida a repercussão geral (tema 592), **por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação do Estado** no caso concreto pelo fato de não ter evitado a morte do detento. O Tribunal reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado, mesmo em omissões, e afirmou inexistir a excludente do nexo de causalidade alegada pelo Estado, posto não ter comprovado a impossibilidade de garantir a integridade física do presidiário.

Caso 2: No Recurso Extraordinário de nº 136861 (BRASIL, 2020a), discutiu-se a responsabilidade da Prefeitura Municipal de São Paulo por ter se omitido em vistoriar uma loja de fogos de artifício, que solicitou licença de comercialização e, três meses após o pedido, provocou uma explosão, causando mortes e prejuízos materiais aos moradores do local. Reformando a sentença de primeiro grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a condenação do Município de São Paulo, afirmando não existir falha do serviço, posto a empresa funcionar clandestinamente e não ter sido comprovado o nexo entre a explosão e a omissão da fiscalização municipal.

Após inicial provimento do recurso por decisão monocrática, a segunda turma cassou a decisão, afetando a matéria ao plenário, e reconheceu a repercussão geral (tema 366). Em apertada votação, **por maioria, negou-se provimento ao recurso extraordinário, afastando a condenação do Município**, nos termos do voto do Min. Alexandre de Moraes, redator do acórdão, vencidos o Relator, Min. Edson Fachin, e os Min. Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Dias Toffoli. Nos fundamentos, a divergência apontou que a realização da vistoria não caberia ao Município e o simples pedido de licença sem os requisitos necessários não faz presumir o conhecimento do funcionamento clandestino do estabelecimento, não podendo ser imputada omissão específica ao Ente.

Caso 3: No Recurso Extraordinário nº 608880 (BRASIL, 2020b), discutiu-se a Responsabilidade do Estado do Mato Grosso pela ocorrência de latrocínio praticado por preso evadido do regime fechado. Confirmando a sentença, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso condenou o Estado a indenizar os familiares da vítima. Admitido o recurso interposto pelo Ente federativo e reconhecida a repercussão geral (tema 362), o Ministro Relator, Marco Aurélio, votou pelo não provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber. No voto, reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado, bem como a inexistência de hipótese de excludente do nexo de causalidade.

Contudo, pela divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, **o recurso foi, por maioria, provido, afastando a condenação do Estado**. Na fundamentação do voto divergente, houve o reconhecimento de fato de terceiro como excludente do nexo de causalidade, valendo-se da teoria da causalidade direta e imediata.

Caso 4: No Recurso Extraordinário nº 1209429 (BRASIL, 2021), discutiu-se a responsabilidade do Estado de São Paulo pelo dano sofrido por profissional de imprensa durante a cobertura de uma manifestação. No caso concreto, os agentes policiais que continham os manifestantes não teriam alertado o jornalista sobre o risco quando realizava a filmagem e nem adotado as medidas de segurança ao iniciar confronto. Reformando a sentença que condenou o Estado a indenizar o jornalista, que foi atingido em seu olho esquerdo por um projétil de borracha, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a condenação do Estado, reconhecendo excludente de culpa exclusiva da vítima, posto o jornalista ter assumido o risco ao filmar a manifestação no local.

O caso chega ao Supremo por meio do reconhecimento da natureza constitucional da controvérsia, por decisão do Superior Tribunal de Justiça, e, reconsiderando a decisão monocrática que o julgava improvido, foi reconhecida repercussão geral (tema 1.055) após a interposição de agravo interno. Vencido no mérito apenas o Min. Nunes Marques, **por maioria, deu-se provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo a responsabilidade do Estado**, por não advertir sobre os riscos de permanecer no local e pela inadmissibilidade do reconhecimento da culpa da vítima, sob pena de, indiretamente, censurar atividade de imprensa.

Caso 5: No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1385315 (BRASIL, 2024a), discutiu-se a responsabilidade da União e do Estado do Rio de Janeiro pela morte de um morador vitimado fatalmente em meio a uma incursão militar em uma comunidade do Rio de Janeiro. Reformando a sentença, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu não estar provado o nexo de causalidade entre a ação estatal e a morte do morador, sobretudo pela inconclusividade da perícia acerca da origem do disparo.

Submetida a questão à sistemática de repercussão geral (tema 1.237), **o recurso foi julgado parcialmente provido, por maioria**, nos termos do voto reajustado do Relator, Min. Edson Fachin, **para condenar apenas a União**. Reafirmando a responsabilidade objetiva estatal e sendo sua atribuição a comprovação da excludente de causalidade, a inconclusividade da perícia não poderia onerar a vítima, ressalvado o direito do Estado de se desincumbir da responsabilidade mediante a sua comprovação. Por outro lado, não

reconheceu-se a solidariedade da condenação em relação ao Estado do Rio de Janeiro, posto a intervenção ter sido conduzida apenas por militares da União.

Caso 6: No último caso analisado, Recurso Extraordinário nº 1212272, discutiu-se direito à recusa de transfusão de sangue por paciente testemunha de Jeová e à oferta de tratamento alternativo razoável no sistema público de saúde, com fundamento na liberdade religiosa. Confirmando a sentença de primeiro grau, a Turma Recursal da Seção Judiciária de Alagoas manteve a obrigatoriedade do termo de consentimento de transfusão de sangue para submeter-se a procedimento cirúrgico.

Admitida a repercussão geral (tema 1069), **por unanimidade, o recurso foi julgado prejudicado**, uma vez que a parte teria realizado a cirurgia pretendida em outro estabelecimento, sem a necessidade de transfusão de sangue. Não obstante, a questão constitucional foi apreciada e fixada a tese de julgamento. A questão principal do caso é o direito ao tratamento alternativo no sistema público de saúde do paciente que recusa a transfusão sanguínea por convicção religiosa, sendo na origem, uma ação de obrigação de fazer, e não de indenizar. Contudo, em meio às razões de decidir, discute-se a não caracterização da responsabilidade do Estado por omissão, ao eventualmente não agir em respeito à decisão do paciente, isto é, ao não realizar a transfusão sanguínea para salvar o paciente que exerceu o seu direito de recusa.

3.2. A aporia fundamental na responsabilização do Estado

Após analisar e interpretar os casos selecionados, conclui-se que a argumentação constitucional sobre a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas assume uma estrutura tópica, confirmando, ao menos em certo sentido, a hipótese de pesquisa. Esta conclusão está fundamentada em duas constatações. A primeira, conclui pelo caráter não-sistemático (dedutivo) dos raciocínios construídos. Em complemento, constata-se que o problema, aqui entendido como o objeto de uma questão duvidosa sobre a interpretação normativa ou qualificação jurídica do fato, é o ponto de partida da estrutura dos argumentos, exercendo fundamental importância para a resolução dos casos.

Desenvolvendo a primeira constatação, defende-se que a responsabilidade estatal, tal como observada nos casos, compreende uma espécie de sistema tópico, com a prevalência do pensamento problemático e com uma abertura que lhe garante uma suficiente flexibilidade para a resolução dos problemas. Embora assente sua base sob alguns conceitos estruturantes, como os pressupostos da obrigação de indenizar (conduta, dano e nexos de causalidade,

discutidos em 1.1.2.), não se observa a enunciação de sua definição em termos precisos, nem mesmo a constância do seu sentido quando muda o problema enfrentado, algo que pode se esperar de um modo de pensar sistemático-dedutivo.

De outro modo, antes que “demonstradas”, partindo da enunciação de conceitos unívocos e estáveis semanticamente, as premissas são legitimadas com referências às opiniões aceitas pela comunidade jurídica, procedimento por meio do qual se alcança a plausibilidade dos resultados. No lugar de conceitos fundamentais cuja definição se projeta dedutivamente sobre o caso regulado, indicam apenas o ponto de partida aceito e a direção para que a argumentação deve ser conduzida. A qualificação desses conceitos como *topoi* e a função que desempenham serão discutidas em sua análise individualizada (3.3.).

Sendo assim, afirma-se a correspondência ao pensamento problemático, já que não se podem ser identificados, em um contexto uniforme de justificação, os critérios de imputação até que o problema seja apresentado. É somente a partir dele que os conceitos ganham sentido e os argumentos são desenvolvidos buscando explorar os seus distintos aspectos. Em reforço, parece existir uma preocupação em manter essa proeminência do problema, manifestada nas discussões para a determinação da tese de julgamento.

Além da discussão sobre a condenação do Estado, há um esforço para a construção de uma redação nas teses de repercussão geral que mantenha o caráter dinâmico e flexível da responsabilidade estatal, seja restringindo o âmbito de incidência do entendimento a um problema específico, seja utilizando conceitos amplos e que só ganham pleno sentido no caso concreto, ou ainda, ressaltando o entendimento firmado com a possibilidade de contraprova e com espaço suficiente para a complementação na aplicação do caso concreto.

No **caso 4**, o Min. Nunes Marques, conquanto vencido, faz uma relevante consideração em seu voto sobre a importância do caso concreto para a verificação da excludente de nexos causalidade, considerada pelos demais Ministros na fixação da tese. Segundo defende, fixando a tese “em termos maniqueístas e abstratos, a resolução dos casos particulares acaba muito empobrecida, pois os juízes ficarão privados da avaliação das características originais das demandas, imputando-se ao Estado, caso se adote a interpretação favorável à indenização, o dever de pagar em praticamente todas as ações formalizadas por jornalistas” (BRASIL, 2021; p. 68).

Também defendendo a restrição do âmbito de incidência da tese, o Min. Teori Zavascki, no **caso 1**, faz uma sugestão de redação, aceita pelos demais Ministros inclusive o relator, para que a responsabilidade seja condicionada, e não apenas fundamentada, à violação de dever específico (BRASIL, 2016; p. 55 e 63). Como evidência da desejabilidade de uma

tese que usa conceitos flexíveis e dependentes de complementação, traz-se ainda o **caso 2**, em que a tese de julgamento, mesmo proposta no voto vencido do Min. Edson Fachin, foi considerada e seu posicionamento, no essencial, mantido, embora a conclusão do caso concreto seja oposta. Segundo a leitura que fez o Min. Dias Toffoli, a tese inclusive “se encaixaria no voto do Ministro Alexandre de Moraes”, redator do acórdão, pois apenas “são os critérios específicos do caso concreto que, talvez, estejam trazendo alguma divergência” (BRASIL, 2020a; p. 61-2).

Além da identificação ao modo de pensar por problemas, reforça o caráter tópico desses discursos a sensibilidade dos argumentos à “aporia fundamental” (2.2.3). A busca pela justiça no caso concreto manifesta-se nesses casos como uma tentativa de equilibrar a imputação da responsabilidade e, em todos os casos, em diversos votos, há uma constante busca por refletir uma concepção das atribuições do Estado que simultaneamente o afasta de um Estado irresponsável e de um Estado garantidor universal. Assim, preocupação em estabelecer um critério de imputação suficientemente protetivo ao cidadão e realizável pelo Estado, descrita inicialmente como uma tensão (1.2.1), é incorporada nesses discursos como uma “questão iniludível” e que sempre se renova diante do problema, podendo ser compreendida, desse modo, como a expressão da aporia fundamental na responsabilidade estatal, estruturante dessa tópica.

Exemplifique-se com o **caso 1**, onde, em trecho do voto do Min. Fachin, fica explícita, embora não nestes termos, a referência à aporia fundamental, posta diante do problema. Segundo defende, a discussão tem uma “natureza dúplice”: “de um lado se afigura necessário traçar os potenciais e limites da responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de omissão, de outro, igual e concomitantemente, deve-se responder à indagação acerca do direito fundamental do preso estampado no art. 5º, XLIX, da Constituição da República, verdadeiro e, em meu sentir, específico dever estatal” (BRASIL, 2016 p. 47). Infere-se da opção por estruturar a discussão nestes termos, a busca por posição uma justa e equilibrada: ao mesmo tempo em que não admite uma convivência com a violação de direitos fundamentais, pretende evitar que o Estado se convolva “em verdadeiro segurador universal, ignorando as premências, dificuldades e limitações da concretude” (BRASIL, 2016; p.16).

Nesse sentido, os conceitos manejados para a construção do nexos de imputação, mantidos em seu caráter aberto, têm seu sentido influenciado por esta busca por equilíbrio e é a partir dela que serão compreendidos.

3.3. Catálogo de *topoi*

Como reforço à confirmação da hipótese de pesquisa, selecionou-se um conjunto de *topoi* mais recorrentes e que exercem sua função diretiva na construção da imputação das omissões. Foram encontrados tanto *topoi* formais, que estruturam o modo como os argumentos são articulados e organizadas as suas premissas, assim como *topoi* materiais, que constituem os sentidos comumente aceitos como um ponto de partida para o desenvolvimento das premissas dos argumentos.

Além da descrição e qualificação dos *topoi*, será descrita a função diretiva que exercem frente ao problema e a influência exercida pela aporia fundamental. Contudo, como lhe é característico, o catálogo apresentado deve ser compreendido em sua não exaustividade e situacionalidade, uma vez que a utilidade desses lugares é dependente do contexto em que são empregados e podem vir a se tornar mais ou menos relevantes com o passar do tempo.

3.3.1. Razoabilidade / Redução ao absurdo

Na análise dos discursos judiciais selecionados sobressai a estrutura formal por meio da qual se apresentam os argumentos que justificam a imputação das omissões ao Estado. Constatou-se que, ao lidar com um determinado aspecto do problema enfrentado, os argumentos frequentemente se desenvolvem a partir da contraposição dos seus distintos pontos de vista. E, na defesa de um caminho a ser seguido frente ao problema, independentemente de ser favorável ou contrário à responsabilização do Estado, comparam-se os fundamentos e consequências dos caminhos alternativos. Com isso, busca-se mostrar o equilíbrio e ponderação da solução escolhida, além da solidez da reflexão que a produziu ao não ignorar as outras possibilidades interpretativas, ainda que inadequadas.

Podem ser inferidos dessa característica a expressão de dois *topoi* formais, opostos embora complementares, que podem ser reconduzidos à garantia do equilíbrio entre a irresponsabilidade e seguridade universal, exigido pela a aporia fundamental. De um lado, há um *topos* da razoabilidade e, de outro, um *topos* do absurdo. Embora com apresentações distintas, compartilham da finalidade de produzir a legitimação das posições defendidas, como expressão formal da justiça concreta, *hic et nunc*. Têm, portanto, o objetivo de afirmar a decidibilidade da tensão entre a efetivação dos direitos e os custos da sua proteção.

Embora a razoabilidade seja tida pela doutrina constitucional como princípio, frequentemente confundido com a proporcionalidade (SILVA, 2002; p. 27-31), para fins desta

pesquisa, entende-se a razoabilidade como uma fórmula de procura que serve à construção de argumentos. A partir do *topos* da razoabilidade, são construídos argumentos concessivos ou comparativos: após a afirmação de determinada premissa, seja para ampliar, seja para reduzir o critério de imputação, são feitas ressalvas em relação a uma compreensão absolutizada e que conduza essa premissa a um extremo indesejado.

Tome-se, como exemplo, a ressalva feita pelo Min. Edson Fachin em seu voto no **caso 3**. Logo após a posição firme pela responsabilidade objetiva nas omissões estatais, contrapõe-se, como uma ponderação equilibradora, a exigência da especificidade do dever violado “para poder estabelecer com segurança a sua ocorrência na omissão (e a sua possibilidade de contraprova)” (BRASIL, 2020b; p. 14). Ou ainda, o argumento do Min. Alexandre de Moraes, em seu voto no **caso 5**, segundo o qual a intransigência com a irresponsabilidade, em razão da qual “o Estado de Direito não pode permitir bala perdida”, “não significa responsabilizar o Estado mesmo quando não comprovado que foi a conduta de seus agentes que resultou do evento danoso” (BRASIL, 2024a; p. 82).

O nexos de imputação, nestas formulações argumentativas, é construído a partir do manejo de distintos *topoi* materiais, premissas iniciais dos argumentos, sendo contrapostos e ponderados para que a solução adotada seja a que melhor os tenha equilibrado em suas respectivas intensidades diante do problema. Além disso, nos casos analisados, essa forma argumentativa aparece de maneira sutil, seja em defesa da responsabilidade do Estado, seja no reconhecimento das suas excludentes. Ressalvados os usos na quantificação do valor das indenizações, que não fazem parte do objeto de investigação, em apenas uma ocorrência a razoabilidade foi expressamente invocada como fórmula de justificação na imputação.

Isto ocorreu no **caso 5**, no voto do Min. André Mendonça, após a defesa de sua compreensão alternativa sobre o risco administrativo. Para ele, embora o risco administrativo não autorize uma presunção de causalidade, é possível, não obstante, adotar um menor *standard* probatório para a sua comprovação, bastando a plausibilidade da causa acompanhada da prova da circunstâncias em que o dano ocorreu. Assim, caracteriza a sua proposta como a que “está em linha com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e permite a aplicação de critérios de responsabilização do Estado de maneira facilitada — sem, contudo, tomar a linha drástica da responsabilização automática” (BRASI, 2024a; p. 59).

Ao lado do apelo à razoabilidade é também possível observar, como sua contraparte, a redução ao absurdo como um *topos* formal que estrutura a fundamentação do nexos de imputação. Compartilhando da busca pelo equilíbrio na posição adotada, a estratégia

argumentativa aqui já não é defender o equilíbrio da posição adotada, mas mostrar que a compreensão alternativa é desequilibrada, extrema, e que conduz a resultados inaceitáveis.

Assim, a defesa da razoabilidade é feita por exclusão, atacando a compreensão alternativa, demonstrando sua “irrazoabilidade”. Aceita-se, para os fins da argumentação, que a posição do “oponente” pode ser adotada e, desenvolvendo a sua premissa, demonstra-se que na verdade é incompatível, em seus fundamentos ou em suas consequências, com alguma outra premissa assumida como dogma pela comunidade jurídica. Essa mesma apresentação dos argumentos aparece em distintos casos e não se restringe a uma dimensão específica da imputação.

Em um trecho do **caso 1**, por exemplo, debatia-se a redação da tese e, embora todos concordassem com a responsabilização do Estado pela morte do detento, alguns Ministros se preocupavam com uma posição que tornasse impossível a exoneração da responsabilidade, independentemente das circunstâncias. O Min. Barroso, buscando estabelecer a excludente do dever genérico, como expressão da sua discordância, usa a fórmula argumentativa de redução ao absurdo. Inicialmente, aceitando provisoriamente a posição ampliada, traz uma situação hipotética para testar a consistência da solução: “Quer dizer, vamos imaginar que o preso esteja engendrando um artefato para matar o adversário, aí explode na mão dele. O Estado é responsável?”.

Diante da resposta afirmativa dos Ministros com quem debatia, generaliza a solução e a reduz ao absurdo: “É, mas aí nós vamos ter que responsabilizar o poder público por todos os homicídios, porque não fiscaliza o contrabando de armas” (BRASIL, 2016; p. 60-1). O contra-argumento do Min. Barroso reduz ao absurdo a posição de restringir as possibilidades de exoneração do Estado por meio da ampliação do escopo do dever de agir, ao generalizar a solução e antecipar a sua consequência com a insustentável situação de responsabilizar o Estado por todos os homicídios.

Também em diferentes casos, quando se adota uma posição ampliada sobre o nexo de causalidade, a posição defendida é reduzida ao absurdo através da sua vinculação à teoria do risco integral, por não permitir que o Estado comprove eventual excludente, bem como à sua posição de segurador universal. No **caso 2**, julgado por uma maioria de 6 Ministros, foram constatadas em diferentes votos essa mesma fórmula argumentativa.

Preocupado com a competência fiscalizatória do Município e com a viabilidade da atuação, que teria ignorado a comercialização clandestina de fogos de artifício, o Min. Marco Aurélio pergunta retoricamente no debate: “Vamos partir para o endosso da teoria do risco administrativo total?” (BRASIL, 2020a; p. 49) Também afirma o Min. Barroso em seu voto:

“eu acho que o Estado não pode ser transformado em segurador universal de atos ilícitos praticados por particulares” (BRASIL, 2020a; p. 62). No mesmo sentido é o voto do Min. Lewandowski: “o Estado não pode ser um segurador universal (...) é impossível a prefeitura fiscalizar todas essas ações e ser responsabilizada integralmente, objetivamente por eventuais acidentes” (BRASIL, 2020a; p. 95).

Ainda, novamente o Min. Marco Aurélio em seu voto, indicando a excludente de causalidade: “Vêm-nos fatos que afastam, a não ser que tomemos o Estado como segurador universal, a menos que agasalhemos a teoria da responsabilidade civil integral do Estado, a responsabilidade.” E ainda: “senão, daqui a pouco vai-se dizer que o Estado é responsável, no campo da responsabilidade civil, considerados assaltos em via pública, devendo indenizar os cidadãos que têm o celular ou outros bens subtraídos, ou indenizar até a família ante o resultado morte em caso de assalto” (BRASIL, 2020a; p. 97).

Por fim, e ainda mais ilustrativa, é a ponderação do Min. Barroso, em debate, quanto a injustiça da sua posição e da vulnerabilidade que traz à vítima. O Min. Fux o indaga: “não estou convencido, porque, na verdade, uma família foi dizimada e ficou sem indenização nenhuma. Sempre acompanho a colegialidade no tocante à tese, mas, sinceramente, entendo, data maxima venia, que é um resultado muito injusto”. Em resposta, reitera que a posição não pode ser adotada pois conduz ao absurdo: “Não vou reabrir o debate, mas é que senão o Estado vira segurador universal de tudo de ruim que acontece” (BRASIL, 2020a; p. 124).

Há, desse modo, uma frequente vinculação à figura do Estado segurador universal, em defesa de uma posição mais restrita sobre papel do Estado, contrariamente às concepções ampliativas. Mas ainda assim é possível verificar esse *topos* na construção de argumentos favoráveis à responsabilidade estatal. Por exemplo, **no caso 4**, a Min.^a Rosa Weber reduz a posição contrária ao absurdo de suprimir a liberdade de imprensa quando se atribui ao jornalista, e não ao Estado, o risco de ser lesionado na cobertura de uma manifestação.

Para defender sua posição, inicia afirmando que “não houve participação alguma do fotógrafo no evento”, “apenas fazia a cobertura, no exercício de sua atividade profissional”. Então vai aceitar provisoriamente a posição contrária para, então, levá-la ao absurdo: “a menos que se admita, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo, com a devida vênia, que sua simples presença física, no momento do confronto, fosse susceptível de caracterizar tal situação. Essa compreensão implica inviabilizar o exercício da atividade jornalística em qualquer situação de risco.” E conclui: “Se a simples presença do repórter é causa excludente de responsabilidade por qualquer dano que venha a sofrer, impõe-se a sua

ausência e, com isso, limitada se encontra a atividade, justamente em situações que, de modo geral, exigem essa presença, máxime em um Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2021; p. 79).

Por fim, é possível identificar, no **caso 5**, em dois votos distintos, com posicionamentos diversos, o emprego dessa mesma fórmula de procura na construção dos argumentos. De um lado o Min. Gilmar Mendes em seu voto externa a posição sobre o dever de proteção do Estado e constroi a um argumento que reduz ao absurdo a exigência de comprovação da causalidade pela vítima:

é inequívoco que as operações das forças de segurança no Brasil, e especialmente no Estado do Rio de Janeiro, são desproporcionalmente letais e desacompanhadas de medidas aptas a assegurar a conformidade fática e jurídica da ação estatal. Essa é a premissa inafastável da questão controvertida neste processo: o Estado brasileiro, a propósito de conter atividades ilícitas, fere e mata diariamente seus cidadãos, especialmente em comunidades carentes. É disso que se trata. A definição da responsabilidade civil do Estado não pode ignorar esse cenário, sob pena de ressuscitar, por via transversa, o paradigma da irresponsabilidade estatal (BRASIL, 2024a; p. 112).

Contudo, no voto do Min. Alexandre de Moraes, a mesma estrutura é utilizada, em sentido contrário, para reduzir ao absurdo uma posição que exige um, ao seu ver, excessivo padrão de atuação do Estado e, com isso, defender o equilíbrio concepção que adota. Admite a premissa da posição contrária, mas a ressalva: “É evidente que as operações policiais devem ser planejadas e estruturadas com rigor. Ocorre que as forças militares não têm como atuar na repressão do crime organizado sem adentrar nas comunidades, onde o imponderável estará sempre presente por mais bem estruturada que seja a missão” (BRASIL, 2024a; p. 80). E, em seguida, reduz a posição contrária ao absurdo: “isso não significa responsabilizar o Estado mesmo quando não comprovado que foi a conduta de seus agentes que resultou do evento danoso (...) Ao assim não entender, estaríamos adotando a tese da responsabilidade integral do Estado, a qual só é admitida nos casos de dano nuclear” (BRASIL, 2024a; p. 83).

3.3.2. Risco Administrativo

Como já mencionado anteriormente (1.1.2.), aponta-se como fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado a teoria do risco administrativo, que se distingue do risco integral pela admissão das excludentes de causalidade. Contudo, também conforme discutido (1.1.3), nas condutas omissivas, a rigor, não há causalidade material, ante a inexistência de conduta do Estado que desencadeie a ocorrência do dano. Assim, numa

formulação apressada do problema, sempre estariam caracterizadas as referidas hipóteses de exclusão; logicamente, se o Estado não agiu e, por definição, a causa do dano necessariamente decorreu de evento que não a ação estatal, caracterizam-se, portanto, caso fortuito, fato de terceiro, ou fato da vítima.

Ainda assim, esse não parece ser este o sentido do risco administrativo, admitido também nas condutas omissivas, segundo o posicionamento reiterado nos julgados analisados. Complementado com referência ao “dever específico de agir” e com o reconhecimento da “impossibilidade concreta de agir” como hipótese de exoneração, reforça-se estar diante, não do risco integral, que ignora essas referências, mas do risco administrativo. Contudo, mesmo aceito esse fundamento, ainda em meio às controvérsias discutidas, nem por isso se estabelece precisamente quais circunstâncias autorizam a imputação.

Desse modo, antes que uma teoria “sistemática” da responsabilidade estatal, o risco administrativo apresenta-se como um *topos* material nas argumentações analisadas. Como premissa, embora indeterminada, expressa relação direta com a aporia fundamental, no sentido de que o risco administrativo é a justa medida da imputação do Estado. Não por outro motivo, aparece como premissa nas formulações argumentativas tanto da razoabilidade, quanto da redução ao absurdo, por afastar o Estado irresponsável, ao assegurar a responsabilidade objetiva, e, ao mesmo tempo, ao negar o risco integral, afastar o Estado garantidor universal.

Em diversos votos, a menção ao risco administrativo, por vezes acompanhada da negação do risco integral, serve de fórmula diretiva para a resolução do problema concreto. Enunciam-se os requisitos, afirmando a possibilidade de demonstração das excludentes, e só então, à luz do problema concreto, tem-se o preciso significado do risco administrativo e das condições da responsabilidade. Isso ocorreu no voto do Luiz Min. Fux no **caso 1**, segundo o qual “a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro hodierno é a do risco administrativo e não a do risco integral” (BRASIL, 2016; p. 16), e no voto do Min. Edson Fachin, segundo o qual, mesmo nas omissões, por adotar-se a “responsabilidade objetiva (...) não significa, de qualquer modo, que tenha sido adotada a teoria do risco integral pela ordem constitucional brasileira” (BRASIL, 2016; p. 49), fórmula textualmente repetida em seu voto do **caso 3** (BRASIL, 2020b; p. 13-4).

O que permite caracterizar o risco administrativo como um *topos* é a sua indeterminação. No limite, ao determinar a responsabilidade objetiva, significaria apenas a prescindibilidade da culpa; mas, como já afirmado anteriormente (1.1.2), essa formulação é insuficiente, pois ainda há a necessidade de estabelecer o específico fator de atribuição da

responsabilidade. E é neste ponto que reside a sua indeterminação, que pode ser muito bem ilustrada na análise do **caso 5**. Nele, é possível identificar ao menos quatro concepções distintas sobre o significado do risco administrativo, presentes no voto do Relator, Min. Edson Fachin, e nos votos divergentes dos Min. Cristiano Zanin, André Mendonça e Alexandre de Moraes.

A primeira concepção, presente no voto do relator, assume uma posição ampla, que identifica a esfera de assunção da responsabilidade, o risco, à atividade como um todo, desde o planejamento até a realização da operação. Assim, sequer importa saber de qual arma saiu o disparo letal; se este ocorreu, foi a operação que, em um sentido amplo, causou ou propiciou o seu acontecimento: “o fato gerador do dano não é o projétil em si, mas sim a operação da Força de Pacificação do Exército. Daí porque, para configurar o nexo de causalidade, não é necessário saber se o projétil proveio da arma dos militares do Exército ou dos confrontados” (BRASIL, 2024a; p. 26-7). A causalidade estaria assim presumida, embora seja permitido ao Estado a contraprova (BRASIL, 2024a; p. 31).

Uma segunda concepção, presente no voto do Min. Zanin, também presume o nexo de causalidade. Contudo, o risco administrativo já não está vinculado à atividade como um todo, mas à conduta dos agentes, de modo que a perícia conclusiva, em sentido contrário, seria eventualmente apta a excluir a causalidade (BRASIL, 2024a; p. 105). Não admitindo essa presunção de causalidade, há uma terceira interpretação do risco administrativo, presente no voto do Min. André Mendonça, que toma, inclusive, a posição ampliada como uma indevida adoção do risco integral (BRASIL, 2024a; p. 51). Todavia, seu posicionamento não impediu o reconhecimento da responsabilidade, já que, embora caiba à vítima a comprovação de que o disparo foi causado pela conduta dos agentes, é possível exigir um diminuído *standard* probatório, sendo prescindível a perícia (BRASIL, 2024a; p. 59-60).

Por fim, numa quarta posição, ainda mais restrita, adotada no voto do Min. Alexandre de Moraes, o risco administrativo significa tão somente a prescindibilidade da culpa. Para responsabilizar o Estado, ainda cabe à vítima comprovar que a lesão decorreu da conduta dos agentes públicos (BRASIL, 2024a; p. 76). Posição esta que o leva ao afastamento da condenação do Estado, posto a inconclusividade da perícia onerar a vítima, sendo insuficiente para estabelecer a causalidade direta e imediata entre o dano e a conduta dos agentes (BRASIL, 2024a; p. 82).

Diante de uma pluralidade de concepções sobre o risco administrativo, sem prejuízo de outra discussão dogmática e normativa sobre a correção dos posicionamentos, o que fica claro é a capacidade agregadora dessa referência. Todos concordam com a adoção do

risco administrativo, muito embora não se saiba o que ele precisamente significa antes de considerar o problema enfrentado.

3.3.3. Dignidade Humana

Um segundo *topos* material de fundamental importância na construção do nexo de imputação é a dignidade humana. E à esta afirmação, desde já, impõe-se duas advertências. A caracterização como um *topos* não tem como objetivo desqualificar a importância ou a força normativa da dignidade humana, tampouco realizar qualquer crítica ao modo foi utilizada nos casos analisados. Além disso, o conceito é objeto de disputas teóricas e não apresenta uma formulação unívoca, sendo tratado como fundamento da República, direito subjetivo, princípio, ou ainda como “superprincípio” (CHUEIRI *et al.*, 2022; p. 255-9). Para os fins da investigação, a denominação do *topos* justifica-se pelo uso textual da expressão nos casos analisados.

Constatou-se na análise dos casos diversas referências à dignidade humana como justificção dos deveres estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Nos argumentos que a tomam como ponto de partida, verifica-se uma função ampliativa do critério de imputação: a referência à dignidade humana é o elemento que impulsiona o parâmetro de atuação do Estado e, em escala inversamente proporcional, diminui o parâmetro para se estabelecer o direito à indenização. Para além de definir se um determinado dano é ou não indenizável, percebe-se a seguinte relação: quanto mais a vítima tenha sido violada em sua dignidade, tanto maior é amplitude dos deveres de proteção que se poderia esperar do Estado e, conseqüentemente, maior a possibilidade de lhe imputar a responsabilidade por se omitir ante a violação do direito da vítima.

Essa relação pode ser verificada no **caso 1**, que discute a responsabilidade do Estado pela morte de detento. No voto do Min. Fux, a dignidade humana é trazida como fundamento dos deveres de proteção: quando o Estado decide suprimir a liberdade do indivíduo como condenação por prática criminosa, surge um dever de guarda sobre a integridade física e psíquica do detento. Depois de relembrar os exemplos históricos dos casos Vladimir Herzog e Massacre do Carandiru, conclui que o direito fundamental do preso, “intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais” garantido pelo art. 5º, inciso XLIX, da Constituição, atribui a obrigação específica de garantir a sua integridade física, bem como o direito subjetivo do preso de exigi-la do Estado (BRASIL, 2016; p. 24-30).

Além da dimensão individual da vítima, a dignidade humana ganha uma projeção coletiva no **caso 4**, a partir da qual exige-se do Estado a proteção da integridade física do jornalista, sobretudo pela fundamentalidade da liberdade de imprensa e do direito à informação. No voto do Min. Fachin, de modo incisivo, amplia-se a dimensão de eficácia do direito fundamental para a dimensão prestacional, além da proteção contra a ingerência do Poder Público, exigindo deste, não apenas abstenção, mas a adoção de comportamentos positivos que se destinem a impedir a violação.

Deste modo, “o reconhecimento desse direito à liberdade implica, não apenas um dever de se abster de restringir a liberdade de expressão e de imprensa, mas especialmente: um dever positivo de proteção. Trata-se, pois, de promover e garantir um ambiente de estímulo à imprensa livre.” (BRASIL, 2021; p. 56). Também no Voto do Min. Barroso o argumento é direcionado a partir deste *topos*: “A liberdade de expressão, além de ser uma manifestação da dignidade da pessoa humana, também é indispensável para a democracia, para que haja uma livre circulação de informações, de ideias e de opiniões, e também é imprescindível como registro histórico, registro da história que está acontecendo” (BRASIL, 2021; p. 76).

Embora a utilização mais frequente deste *topos* seja em defesa da ampliação dos critérios de imputação das omissões, vinculado ao dever de proteção decorrente dos direitos fundamentais, também pode-se observar a dignidade humana como premissa de um argumento que exonera o Estado de sua responsabilidade. Nessas ocasiões, ao atribuir à vítima a liberdade e a capacidade de conduzir a própria vida com autonomia, permite-se ao mesmo tempo que se responsabilize por seus próprios atos e assumam os riscos decorrentes das suas escolhas. E, por meio dessa referência, é reconhecido como excludente da responsabilidade o fato exclusivo da vítima.

No **caso 6**, constata-se argumentos que utilizam o fundamento da dignidade humana com esse propósito. De um lado, tendo expressão no direito à liberdade religiosa, a autonomia da vítima assegura a possibilidade de recusar o tratamento com transfusão sanguínea e isso obriga o Estado a respeitar essa escolha não intervindo. Por outro, se o fundamento da responsabilidade por omissão é a violação do dever de agir, e o Estado é inclusive obrigado a não agir, esta escolha também dá fundamento ao reconhecimento do fato exclusivo da vítima como hipótese de excludente de responsabilidade civil.

No voto do Min. Gilmar Mendes, defende-se que “a liberdade religiosa, enquanto parte de bens e valores de índole fundamental, está submetida ao dever de tolerância, intrinsecamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2024b; p.

43). Desenvolvendo o raciocínio apontado, afirma: “adotados todos os mecanismos aceitos pelo paciente, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado ou do agente responsável em razão de danos sofridos pela ausência de transfusão de sangue” (BRASIL, 2024b; p. 45). Também no voto do Min. Flávio Dino, partindo da mesma premissa, defende-se que o “exercício da autodeterminação pelo paciente não pode refletir em eventual condenação do Poder Público a reparação decorrente do regular exercício de um direito (do paciente) ou do cumprimento de um dever assim definido a seus agentes” (BRASIL, 2024b; p. 72).

3.3.4. Especificidade do dever de agir

Um outro *topos* material que serve à justificação do nexo de imputação das omissões estatais é a especificidade do dever de agir. A exigência de violação a um “dever específico” como um pressuposto adicional da responsabilidade surge na doutrina como uma solução para a controvérsia sobre a admissão do risco administrativo na modalidade omissiva (1.1.3). A defesa da responsabilidade objetiva é, assim, “compensada”, como forma de alcançar resultado justo e equilibrado, por um ônus de fundamentação: somente será verificada a responsabilidade se demonstrar-se que a omissão do Estado corresponde à violação de um dever de agir que possa ser extraído diretamente do ordenamento jurídico.

Contudo, essa operação interpretativa não é conduzida de maneira tão simples. Excepcionados os “casos fáceis”, onde o dever de agir está expressamente previsto na lei, na maior parte dos casos, inclusive os analisados, é necessário construir argumentativamente o padrão de atuação esperado do Estado. Além da interpretação do sentido e alcance dos princípios da Administração e do conteúdo dos direitos fundamentais, o mencionado “dever específico” somente se configura diante da situação concreta em análise. Sendo assim, mais do que um conceito operacional, semanticamente delimitado, funciona como uma fórmula diretiva a partir da qual é construído o argumento, seja para reconhecer a especificidade do dever e imputar a omissão ao Estado, seja para apontar que o dever violado é simplesmente “genérico” e insuficiente para a responsabilização.

Encontra-se nos casos analisados algumas referências ao dever específico. No voto do Min. Fachin no **caso 1**, embora reconheça a responsabilidade civil objetiva, afirma-se a necessidade de comprovação de violação do dever específico de agir (BRASIL, 2016; p. 48-52). No caso concreto, este estaria configurado pela interpretação do “art. 5º, XLIX,

CRFB, [que] estabelece um especial dever de proteção da integridade física e moral daquele em situação de encarceramento” (BRASIL, 2016; p. 48).

No **caso 2**, a definição do dever específico é central para a resolução do problema. Os danos causados pela explosão do comércio de fogos de artifício somente poderiam ser imputados ao Estado se reconhecido o dever específico do Município de vistoriar o local onde a atividade clandestina era desempenhada. No caso concreto, uma portaria que regulava a lei municipal sobre a licença para o comércio desses artefatos estabeleceu um prazo para a realização da vistoria, após a qual seria cobrada a taxa de licenciamento. Segundo narra o acórdão recorrido, a taxa teria sido cobrada a despeito da não realização da vistoria. Contudo, era controvertida a interpretação do conjunto normativo quanto à competência fiscalizatória e, desse modo, formaram-se distintas posições sobre a especificidade do dever de agir.

A posição defendida no Voto do Min. Fachin, interpretou a norma contida na portaria como uma assunção da competência e, assim, afirma ser dever específico do Município realizar a vistoria. Como esta não foi realizada, configura-se a causalidade entre os danos decorrentes da explosão e a omissão estatal. Não obstante ser reconhecida a irregularidade do estabelecimento, não poderia ser admitido o fato de terceiro, posto a sua lesividade estar condicionada à omissão do município na fiscalização do estabelecimento (BRASIL, 2020a; p. 37-9). Defendo uma posição semelhante, o voto da Min.^a Cármen Lúcia buscou caracterizar o dever específico dando ênfase à periculosidade da atividade. Independentemente da sua incompetência fiscalizatória, o protocolo do estabelecimento deu conhecimento à administração municipal sobre o potencial desenvolvimento de atividade perigosa e, por essa razão, teria surgido o dever de vistoriar o local (BRASIL, 2020a; p. 71-2).

Contudo, apresentando interpretação diversa sobre a norma contida na portaria municipal, à luz da legislação municipal e federal que a complementa, o Min. Alexandre de Moraes concluiu em seu voto divergente pela inexistência do dever específico. Em razão de a vistoria do local ser atribuição da Polícia Civil, e portanto do Estado e não do Município, não poderia ser imputada a omissão da administração municipal mesmo diante da cobrança da taxa de licenciamento (BRASIL, 2020a; p. 51-4). Além disso, aponta a impossibilidade de cumprimento desse dever de agir do Município, caso admitido, ante a clandestinidade do estabelecimento: “O Poder Público teria condições razoáveis de saber que ele começaria a comercializar antes do procedimento? É impossível exigir isso do Poder Público” (BRASIL, 2020a; p. 56).

Uma interessante construção do dever específico com referência ao problema analisado pode ser encontrada no voto do Min. Fachin no **caso 3**. Para definir a

responsabilidade do Estado por crimes praticados por preso foragido, ganha destaque o regime de cumprimento de pena do preso foragido: o descumprimento do regime aberto ou semi-aberto, impõe um dever genérico de Segurança Pública, enquanto a fuga do regime fechado caracteriza hipótese de violação de dever específico. Assim, ao aplicar pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado, o Estado “assume a responsabilidade específica de mantê-lo segregado do convívio social”, responsabilizando-se pelos atos do foragido após a fuga (BRASIL, 2020b; p. 15-7).

3.3.5. Causalidade direta e imediata

Na esteira da especificidade do dever de agir, que a antecede, percebe-se um *topos* material na construção do nexo de causalidade: para reconhecer uma determinada conduta estatal como causa para fins de imputação, é preciso demonstrar exercer uma influência direta e imediata na produção do dano. Também denominada de teoria da interrupção do nexo de causalidade, a construção teórica estaria positivada no artigo 403 do atual Código Civil (reproduzindo o art. 1.060 do Código de 1916) e, embora o dispositivo se refira à responsabilidade contratual, a sua extensão à responsabilidade aquiliana foi defendida pelo redator do Livro do Direito das Obrigações do Código Civil, Agostinho Alvim, posição que prevaleceu posteriormente (TEPEDINO, TERRA, GUEDES, 2025; p. 89-94).

Em oposição à teoria da equivalência dos antecedentes causais, a causa não é simplesmente a condição sem a qual o dano não teria ocorrido (*conditio sine qua non*), mas apenas aquela de que resulta direta e imediatamente o efeito danoso. Citado diversas vezes nos casos analisados, sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal deu-se em um precedente de 1992 de relatoria do Min. Moreira Alves (RE 130.764), que afastou a condenação do Estado pelos danos causados por preso foragido, à semelhança fática do **caso 3**, onde foi reafirmada. Contudo, e novamente, assim como ocorre nos demais *topoi* materiais, a definição do que é direto ou indireto, mediato ou imediato, é imprecisa. Mais do que uma verificação naturalística, permite-se a interferência de critérios valorativos que somente se apresentam relevantes diante do problema.

No voto do Min. Alexandre de Moraes no **caso 3**, a exclusão da responsabilidade estatal é defendida a partir desse *topos*. Embora se reconheça a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, afirma que esta somente surge quando verificado o nexo de causalidade direta e imediata e, a partir do caso concreto, traz indicações do que a constitui. Segundo defende, “contribuíram para suprimir o nexo de causalidade” a inexistência da proximidade

temporal, já que datavam três meses entre a data da fuga do preso e a prática do crime, e a ocorrência de causas supervenientes independentes, como a formação de quadrilha. Assim, não podendo afirmar que o dano foi direta e imediatamente causado pela fuga, por conseguinte, não é possível imputar a omissão estatal (BRASIL, 2020b; p. 27-9).

Importa observar que este *topos* é diretamente influenciado, em uma relação de precedência, pelo risco administrativo. Como já discutido na análise do **caso 5**, distintas foram as concepções sobre o fator de atribuição, ora implicando a imputação pelos riscos da atividade, ora pela conduta dos agentes públicos. Desse modo, distintas poderão ser as construções do nexos de causalidade: enquanto a primeira compreensão reconheceria a causalidade direta de um disparo feito por um traficante durante uma operação militar que atinge um terceiro em sua residência, para a segunda compreensão, sendo a causalidade estabelecida a partir da conduta dos agentes, a causa seria apenas indireta.

3.4. Limites da investigação

Assumida a posição interpretativa adotada pela investigação, ainda é importante considerar os eventuais limites das alegações defendidas, antecipando e respondendo objeções que podem ser contra elas levantadas (BOOTH, COLOMB e WILLIAMS, 2008; p. 139-51). Afinal, a “ciência é um processo cumulativo de discursos e significações. Toda pesquisa implica uma seleção arbitrária e fragmentada de informações. O que vale a dizer que nenhum tema pode ser esgotado.” (WARAT e ROCHA, 1995; p. 7). Portanto, cabe ainda situar a investigação no percurso trilhado, indicando as margens entre as quais se encontram as conclusões afirmadas e as perspectivas de continuidade das investigações sobre o tema.

Inicialmente, devem ser expostos alguns dos limites identificados na pesquisa, que decorrem tanto das escolhas que conduziram o percurso investigativo quanto do problema e contexto empírico de análise. Como uma primeira constatação, desde o início afirmou-se a natureza cognoscitiva do problema de pesquisa. Por coerência, uma resposta a ele adequada só pode ser descritiva e isso implicou também a opção do marco metodológico.

Sendo uma análise retórica destituída, ao menos imediatamente, de parâmetros avaliativos dos discursos por uma posição cética quanto aos critérios “fortes” de racionalidade (2.2.1.), por conseguinte, não são autorizadas conclusões normativas dos seus resultados. Isso não significa, por outro lado, que a partir dos resultados não seja possível iniciar novas reflexões com um propósito crítico e avaliativo. Como característico das investigações

zetéticas, ao livrar-se dos constrangimentos impostos à dogmática por sua função social, é possível manter-se no contínuo processo de “aprofundização”.

Deve-se atentar para um segundo limite relacionado aos recortes estabelecidos no desenho de pesquisa (2.2.4.). Embora sejam necessários para a viabilidade da análise e, ainda, adequados à situacionalidade discursiva das argumentações judiciais, as inferências foram produzidas a partir de um material relativamente restrito. Além do recorte temático, somente foram analisados recursos do Supremo Tribunal Federal e, ainda, nos últimos 10 anos.

Não é em vão a lembrança de que, com a transformação da sociedade em que se encontram os problemas jurídicos, há uma constante modificação dos aspectos considerados relevantes por uma teoria dogmática e, assim, da relevância dos *topoi* que a estruturam. Desse modo, não é possível ter certeza sobre a constância dos resultados encontrados se fosse realizada uma análise considerando outro recorte temporal ou em outros tribunais. Além disso, o fato dos critérios selecionarem casos já decididos, estando submetidos apenas a uma análise recursal, possivelmente perdem-se muitos dos elementos fáticos que enriquecem a análise do problema.

Outra limitação relacionada ao corpus empírico submetido à análise consiste na dificuldade em identificar e reconstruir os fundamentos das decisões judiciais. Constatação semelhante já apontou Roesler (2015), que identificou em uma seleção de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça um déficit argumentativo das suas fundamentações a partir de análises empíricas com parâmetros estabelecidos pela teoria da argumentação jurídica.

Ao perguntar-se sobre o resultado das deliberações feitas pelas Cortes nos casos analisados, “sabe-se dizer qual foi a decisão tomada, mas não necessariamente se consegue compreender quais as suas razões e, por vezes, qual o seu alcance” (ROESLER, 2015; p. 2.522). Neles prevalece uma forma de julgar calcada na autoridade, unânime ou majoritária, das Cortes, tanto em “casos fáceis”, com fundamentações lacônicas sobre a aplicação do direito ao caso concreto e que se silenciam sobre questões relevantes, quanto em “casos difíceis”, cuja exaustiva fundamentação se perde em meio aos pontos relevantes do caso debatido e as posições de cada julgador levam a um agregado inconciliável (ROESLER, 2015; p. 2.526-8).

Desse modo, especialmente considerando a relevância pragmática da investigação, é preciso compreender em que sentido afirma-se a relevância dos *topoi* como elementos estruturantes das estratégias persuasivas do Tribunal. As inferências realizadas para identificá-los, partem dos fundamentos que aparecem nos votos individuais, e, diante da

incerteza quanto à determinação das razões de decidir do julgamento como um todo, é difícil garantir o exato nível de relevância que exercerão para o deslinde de uma futura controvérsia com contornos semelhantes.

Conquanto a ciência desses limites imponha algumas cautelas quanto à generalização dos resultados, defende-se que nada disso compromete a validade dos resultados da investigação. Especialmente por ter sido realizada uma pesquisa qualitativa, cujas “descobertas devem fornecer informações sobre um fenômeno e a extensão em que ele está presente ou ausente”²⁷ (WEBLEY, 2010; p. 934-5), as conclusões trazidas pelo estudo cumprem satisfatoriamente as expectativas de produzir conhecimento sobre o modo como se desenvolve essa relevante prática social que é a responsabilidade do Estado.

²⁷ Tradução livre: “findings should provide insight into a phenomenon and the extent to which it is present or absent”.

Considerações finais

Realizada a reconstrução do percurso investigativo, cabe apenas, neste momento final, recapitular as principais conclusões estabelecidas ao longo da exposição e sintetizar o argumento defendido. A presente monografia se debruçou sobre a construção da imputação na responsabilidade civil do Estado por omissões. Buscou-se entender o modo por meio do qual os discursos judiciais contribuem para a manutenção do caráter dinâmico da responsabilidade estatal, tendo em vista que teorias dogmáticas apresentariam uma descrição insuficiente dos seus conceitos e mecanismos operativos. Assim, foi desenvolvida uma pesquisa empírica e qualitativa cujo objetivo é oferecer uma compreensão mais detalhada desse fenômeno nas argumentações judiciais e identificar os seus elementos determinantes.

No **primeiro capítulo**, a problemática de pesquisa foi estabelecida a partir da dimensão argumentativa da imputação. Inicialmente, foi descrito o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado. Funda-se na teoria do Risco Administrativo, que determina a responsabilidade objetiva do Estado condicionada à comprovação do dano, da conduta estatal e do nexo de causalidade. Distingue-se tanto de teorias subjetivas, por dispensar o requisito da culpa, quanto de teorias mais extremadas como o risco integral, que prescindem até mesmo da comprovação do nexo de causalidade.

Contudo, constatou-se a existência de controvérsias quanto à sua adoção para as condutas omissivas, não sendo consensual a definição das circunstâncias que são exigidas para a constituição da obrigação de indenizar. Além disso, observou-se que a determinação das condutas imputáveis é tensionada, de um lado, pela tendência expansiva da responsabilidade estatal como uma busca pela efetividade dos direitos fundamentais e, de outro, pelos limites de atuação do Estado, tensão decidível apenas diante do caso concreto.

Isso posto, investigou-se o nexo de imputação dessa modalidade de responsabilidade. Como resultado, apontou-se que esse nexo deve ser argumentativamente construído diante do problema enfrentado, uma vez que seus elementos estruturantes lançam mão de conceitos indeterminados, reunidos em uma cláusula geral, e ainda são ainda condicionados pela tensão descrita. Assim, reconhecendo a necessidade de investigar o modo por meio do qual a imputação é efetivamente construída nos discursos judiciais, propôs-se a realização de uma pesquisa empírica capaz de apreender a estrutura argumentativa da responsabilização estatal.

Desse modo, no **segundo capítulo**, discutiu-se um modelo de estrutura para argumentação judicial e uma metodologia capaz de identificá-la. A busca por um referencial

teórico encontrou na Tópica Jurídica uma teoria adequada aos pressupostos da investigação, especialmente porque pressupõe uma concepção dinâmica do direito, como uma prática social, onde as regulações jurídicas, antes que pré-estabelecidas por uma estrutura conceitual, são construídas por meio do discurso realizados pelos seus participantes.

Segundo a concepção de Theodor Viehweg, principal expositor da teoria, a tópica é caracterizada por um modo de pensar orientado ao problema, a partir do qual são mobilizados *topoi* que garantem a aceitação das premissas utilizadas no discurso e funcionam como fio-condutor dos raciocínios jurídicos. Para desenvolvê-los, em oposição ao modo de pensar sistemático, a tópica prescinde do estabelecimento de grandes cadeias dedutivas partindo de conceitos fundamentais. São os *topoi* que legitimam as premissas utilizadas nos raciocínios e, ao mesmo tempo, garantem a sua suficiente flexibilidade. Por sua vez, esta característica constitui uma exigência da dogmática jurídica, a qual precisa ampliar o alcance de seus dogmas e constantemente adaptá-los diante dos novos problemas apresentados, para exercer sua função social.

Na descrição da tópica, destacam-se algumas noções que podem servir como parâmetros de análise. Tem-se que a atividade do jurista é condicionada por uma aporia fundamental, nada mais do que a busca pela justiça no caso concreto. Ela é uma questão iniludível, que, em reforço ao caráter problemático, continuamente se renova e orienta a construção do problema e dos *topoi* utilizados para resolvê-lo. Estes funcionam como uma fórmula de procura nos discursos, como pontos de partida para as séries argumentativas, e são pragmaticamente condicionados pela situação discursiva. Podem ser gerais ou especiais, a depender do grau de restrição da sua pertinência a um campo de problemas, e, ainda, formais, quando apenas indicam a estrutura do argumento a ser formulado, ou materiais, quando diretamente oferecem pontos de vista para a resolução do problema. Além disso, apresenta-se a noção de tópica de segundo grau, que representa uma coleta e ordenação dos pontos de vista considerados mais relevantes para um conjunto de discussões.

A partir dessas noções, a hipótese de pesquisa foi reformulada. Conjecturou-se uma estrutura dos discursos que constroem a imputação das omissões estatais como uma tópica. Nela, diferentes *topoi*, conciliáveis entre si, poderiam ser apreendidos conforme a função que exercem para justificar, no caso concreto e diante do problema, a imputação justa. Em seguida, foi construída uma metodologia capaz de pô-la a teste. A tópica foi lida em sua tradição retórica, considerando as releituras contemporâneas sugeridas pelos continuadores de Viehweg. Foi, então, concebido um modelo de análise dos discursos, com fundamento na Retórica Analítica, buscando descrever o modo como as argumentações dogmáticas, nos

discursos judiciais, influenciam as distintas concepções sobre a responsabilidade estatal a ser adotada. O correspondente desenho de pesquisa foi projetado, partindo das noções conceituais sobre a tópica e o contexto empírico foi individualizado por meio de recortes, selecionando apenas os casos, julgados pelo Supremo Tribunal Federal na última década, com repercussão geral reconhecida.

Por fim, no **terceiro capítulo**, foram apresentados os principais resultados encontrados na análise, confirmando a hipótese formulada. Reconstruindo a argumentação dos discursos judiciais nos seis julgados selecionados, antes que um pensamento sistemático, com definições precisas e uniformes que se projetam dedutivamente sobre os casos, os raciocínios construídos para determinar a imputação das omissões estatais podem ser melhor descritos como resultantes de uma tópica. O elemento central dessa estrutura, como uma manifestação da aporia fundamental nesse campo, é a busca por uma imputação equilibrada, que ao mesmo tempo afasta o Estado de uma posição de irresponsabilidade, consentindo violações a direitos fundamentais, e de seguridade universal, assumindo o insustentável fardo de se antecipar a todas as suas possíveis violações, ainda que não por ele causadas.

Concretizando essa busca nos casos concretos, observou-se um conjunto de *topoi* que especificam o sentido da imputação, funcionando como ponto de partida para a criação dos argumentos. Alguns *topoi* materiais foram identificados, sendo eles o risco administrativo, a especificidade do dever agir, a dignidade humana e a relação direta e imediata na causalidade. Assumem a posição nos discursos de premissas iniciais e, ressignificadas à luz do problema, servem para a defesa de uma posição sobre o padrão de atuação estatal, expandindo ou restringindo os critérios para a imputação.

Ao lado deles, agora em uma perspectiva formal, os *topoi* da razoabilidade e do absurdo, opostos, mas complementares, servem como um esquema argumentativo em direção à posição equilibrada da responsabilidade estatal. Organizam as premissas apresentadas de um modo que a posição defendida seja vista como razoável, por sopesar os distintos fundamentos e consequências não absolutizados, ou ainda de modo que a posição oposta, identificada a uma posição extremada de irresponsabilidade ou de seguridade universal, seja considerada absurda, e por isso irrazoável.

Apresentado esse quadro expositivo, destaca-se as suas molduras indicando os limites com que se deparou a investigação e o sentido das afirmações defendidas. Em primeiro lugar, as posições defendidas não implicam, diretamente, qualquer avaliação ou crítica sobre a prática argumentativa desempenhada, por coerência ao problema de pesquisa e às possibilidades epistêmicas do marco teórico. Além disso, os recortes de pesquisa adotados

sugerem a restrição dos resultados a um conjunto delimitado de problemas e de atores jurídicos. Ainda, por ser a prática investigada situacionalmente condicionada, espera-se que, com a mudança do contexto empírico de análise e com as transformações dos condicionantes sociais, a tópica que estrutura essas argumentações seja igualmente adaptada.

Como sugestão, aponta-se alguns caminhos a ser trilhados por outras investigações para ampliar e contrastar os resultados produzidos por esta pesquisa. Outras pesquisas poderiam ampliar o contexto empírico, submetendo à análise retórica problemas de outras temáticas, como a responsabilidade por atos judiciais e legislativos, ou ainda, discursos produzidos em outros contextos institucionais. Nesse sentido, particularmente interessante seria uma análise do modo como as distintas narrativas fáticas são disputadas pelas partes autora e ré em julgados de primeira instância, buscando identificar a tópica que condiciona a sua produção e valoração.

Além disso, valendo-se de um adicional marco teórico, os resultados alcançados nesta e em outras pesquisas poderiam ser criticamente avaliados em sua correção. Em contraste a distintos parâmetros normativos, poder-se-ia questionar a justeza da utilização desses *topoi* e das consequências a que conduzem. Sendo rejeitados, poderiam ser discutidos os fundamentos econômicos, éticos e sociológicos que oferecem uma perspectiva justa para a imputação, dando origem a novos *topoi*. De outro modo, sendo admitidos, poderiam ser suficientemente desenvolvidos para estruturar de modo mais ordenado e previsível a dogmática desse campo.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. RETÓRICA ANALÍTICA COMO METÓDICA JURÍDICA. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 18, p. 11–30, 2013.

AMADO, Juan Antonio García. Tópica, Derecho y método jurídico. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 4, p. 161-188, 1987.

ARCE, Sergio Daniel Ruiz Díaz. La estructura tópica de los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília: Faculdade de Direito. 2022.

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito - Teorias das Argumentações Jurídicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. E-book.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. **Revista brasileira de filosofia**, v. 39, n. 163, p. 175-184, 1991.

BEDONE, Igor Volpato. Imputação de danos na omissão estatal. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Metodologia da Pesquisa Jurídica. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. E-book.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory G.; WILLIAMS, Joseph M. The craft of research. 3 ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 841526 - Rio Grande do Sul. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 30 de março de 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>. Acesso em 14/11/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 136861 - São Paulo. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 11 de março de 2020. (2020a) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754863510>. Acesso em 14/11/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 608880 - Mato Grosso. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08 de setembro de 2020. (2020b) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753981868>. Acesso em 14/11/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 1209429 - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 10 de junho de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757815033>. Acesso em 14/11/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1385315 - Rio de Janeiro. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 11 de abril de 2024. (2024a) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=777838012>. Acesso em 14/11/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário nº 1212272 - Alagoas. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 de setembro de 2024. (2024b) Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=782473186>. Acesso em 14/11/2025.

BROWNE, Luciana Pereira Gomes. Omissão do Estado: Faute du Service ou Risco Administrativo? Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado: Uma Análise Histórica

(do Século XIX ao Moderno Direito Brasileiro e Português). Tese de Doutorado. Universidade de Lisboa (Portugal), 2023.

CARDANO, Mario. Manual de pesquisa qualitativa: a contribuição da teoria da argumentação. Elisabeth da Rosa Conill (trad.). 1 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 39. ed., Barueri: Atlas, 2025. Ebook.

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

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 16. ed., Barueri: Atlas, 2023.

CHUEIRI, Vera Karam de; MOREIRA, Egon Bockmann; CÂMARA, Heloisa Fernandes; GODOY, Miguel Gualano de. Fundamentos de Direito Constitucional: novos horizontes brasileiros. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado de Direito Civil I. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2016. E-book.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e Método. Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Tese de Doutorado. 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. Filosofia, Direito e Linguagem. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2023.

COSTA, Alexandre Araújo; FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. Educação Jurídica e Metodologia de Pesquisa: desafios da formação contemporânea. **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 3, n.3, p.78-99, set./dez., 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. Ebook.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 9 ed., Salvador: JusPodivm, 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2025. E-book.

FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. **Revista de direito administrativo**, v. 241, p. 21-38, 2005.

GALLIGAN, Denis J. Legal Theory and Empirical Research. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (ed.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2010.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, v.1, n. 1, p. 121 - 134, maio, 2005.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Comentários ao artigo 37, § 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L.; LEONCY, Léo F. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur/Almedina/IDP, 2023.

GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, Katharina. Iluminismo retórico: contribuições para uma teoria retórica do direito. 1 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2022.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica: curso de epistemologia jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HUMENHUK, Hewerstton. Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. Dissertação de Mestrado. Universidade do Oeste de Santa Catarina. 2015.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista forense**, v. 86, n. 454, 1941.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 144, p. 239-260, 1999.

KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 1, p. 244-271, 2016.

LAMY, Marcelo. Metodologia da Pesquisa Jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEAL, Luísa Borges. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado: são indenizáveis os danos decorrentes de conduta estatal lícita? Monografia de Conclusão de Curso. Universidade de Brasília: Faculdade de Direito. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. v. V. t. II. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO, Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). **Jurisdição e Direito Privado: Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 389-418.

MARTINS-COSTA, Judith; GIANNOTTI, Luca. A culpa no direito das obrigações: notas para uma história de conceitos jurídicos fundamentais. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.); **Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Ebook.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Série IDP – Curso de Direito Constitucional. 20. ed. – São Paulo : Saraiva Jur, 2025. Ebook.

MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. Ebook.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia da Pesquisa em Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. E-book.

PARINI, Pedro. A análise retórica na teoria do direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS**, v. 12, n. 1, 2017.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; Flavia Portella PÜSCHEL (orgs.). **Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

REIS, Isaac. Análise Empírico-Retórica do Discurso Constitucional: uma contribuição metodológica para a pesquisa de base em Direito. **Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos**. Florianópolis/SC: CONPEDI, p. 70-90, 2014.

RODOTÀ, Stefano. Modelos e Funções da Responsabilidade Civil. Trad. de Eduardo Nunes de Souza. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 33, n. 1, p. 171-191, jan./mar. 2024.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? (para uma crítica do direito brasileiro). 1 ed., Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade. 2ª ed. - Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. Ebook.

ROESLER, Cláudia Rosane. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. **Quaestio Iuris** vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.

ROESLER, Claudia Rosane. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: ROESLER, Claudia Rosane; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.). **Retórica e Argumentação Jurídica - Modelos em Análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro - Volume 1 - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Paulo Alves. O caráter argumentativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o desenvolvimento dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília: Faculdade de Direito. 2024.

SASTRE, Silvia Díez. La tópica como método en el Derecho público. **Revista de Derecho Público: Teoría y Método**, v. 1, p. 34-34, 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 26, 2002.

SOBOTA, Katharina. System and flexibility in law. **Argumentation**, v. 5, n. 3, p. 275-282, 1991.

SODRÉ, Jorge Irajá Louro. Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública Brasileira Devido às Omissões: Entre o Monarca Irresponsável e o Estado Segurador Universal - Critérios Objetivos de Fixação da Responsabilidade Estatal. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo n. 1192. Brasília, Distrito Federal, 6 de outubro de 2025. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/Informativo_PDF/Informativo_stf_1192.pdf. Acesso em: 26 out. 2025.

TARGA, Maria Luiza Baillo; RIEMENSCHNEIDER, Patricia Strauss; BECK, Rafaela. Da culpa ao risco: os fundamentos da responsabilidade civil contemporânea. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 3, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2025.

TORRES, Victor Nunes. Raça e racismo no Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir da tópica jurídica. Monografia de Conclusão de Curso. Universidade de Brasília: Faculdade de Direito. 2025.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (trad.), Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Ernesto Garzón Valdés. (org. e trad.), 2 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem: 2a. versão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

WEBLEY, Lisa. *Qualitative Approaches to Empirical Legal Research*. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (ed.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2010.

WILBURG, Walter. *Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil*. tradução de Raúl Guichard. Lisboa: **Direito e justiça**, vol. XIV, tomo 3, 2000; p.51-75.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura?* In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ANEXO - Fichas de Análise

Ficha de Análise - Caso 1 - RE 841526		
Estrutura do Acórdão	Conteúdo / Informação	Fundamentos
Informações do caso e ementa (p. 1-3)	Negado provimento ao recurso extraordinário, por unanimidade.	
Relatório (p. 4-7)	Na origem, trata-se de ação indenizatória contra o Estado do Rio Grande do Sul ajuizada por familiares de presidiário, falecido nas dependências da penitenciária. O TJRS confirmou a sentença, condenando o Estado a indenizar a família do morto, reconhecendo a responsabilidade objetiva e não verificando a excludente do nexo de causalidade, posto não comprovada a causa direta da morte.	
Voto do Min. Fux - (p. 8-39)	Não provimento do recurso	Responsabilidade como pilar do Estado de Direito e adoção da teoria do Risco Administrativo pela Constituição, impondo a responsabilidade objetiva, mesmo nas condutas omissivas. Não caracterização do risco integral, inadmitido nestes casos (p. 8-21). Ressalva a possibilidade de exoneração de responsabilidade pelo Ente, caso comprove a impossibilidade de cumprimento do dever (p. 21-3; p. 33-7). Contudo, a hipótese não foi caracterizada no caso concreto (p. 38-9). O <i>jus puniendi</i> estatal não o exonera de garantir a proteção da dignidade do condenado. Direito subjetivo garantido pelo art. 5º, XLIX, da CR, e lembrança histórica dos casos Herzog e Carandiru (p. 23-33).
Antecipação ao Voto do Min. Fux (p. 40-1)	Reafirma a posição e sintetiza os argumentos do voto	Afirmou solidariedade com o ocorrido, lembrança do caso Herzog e reforço à proteção da dignidade humana.
Esclarecimento (p. 42-44)	Min. Lewandowski pondera sobre a indiscutibilidade da matéria de fato (Súmula 279/STF), ressaltando, para constar na tese, a possibilidade de exclusão da responsabilidade, embora caiba ao Estado o ônus da prova	
Antecipação ao Voto do Min. Fachin (p. 45-6)	Acompanha o relator e sugere um complemento na fundamentação do acórdão (ocorrência de dever específico/ilícito omissivo próprio).	
Voto Min. Fachin (p. 47-52)	Não provimento do recurso	Fundamento adicional ao voto do relator, ressaltando que a proteção à integridade física do detento configura dever específico de agir.
Voto do Min. Barroso (p. 53-4)	Não provimento do recurso	Acompanha o relator
Voto do Min. Zavascki (p. 55)	Não provimento do recurso, com sugestão de tese	Acompanha o relator

Debate (p. 55-64)	Discussão sobre a inobservância do dever específico	Em uma interpretação, constitui a hipótese em que o Estado responde, e por isso condição que restringe a responsabilidade ao admitir a excludente por dever genérico; em outra, a inobservância seria apenas o fundamento da responsabilidade, que sempre se configura em morte de detento.
Voto da Min.ª Weber (p. 65)	Não provimento do recurso	Acompanhou o voto do relator e a sugestão de alteração da tese, proposta pelo Min. Teori
Aditamento ao Voto do Min. Fux (p. 66)	Acolhimento da sugestão do Min. Teori, alterando a redação da tese.	
Antecipação ao Voto da Min.ª Cármen Lúcia (p. 67-70)	Não provimento do recurso, nos termos do voto relator, acolhida a alteração da tese	Convite à reflexão sobre a possibilidade de resolução desses conflitos por via administrativa, ressaltando a importância de julgar a matéria, com posição já consolidada, em regime de repercussão geral.
Voto da Min.ª Cármen Lúcia (p. 71-96).	Não provimento do recurso	Trouxe precedentes com orientação semelhante. Defende estar a matéria de fato cristalizada (Súmula 279/STF) e, conforme o acórdão recorrido, foi reconhecido o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o fato danoso. Além disso, reconhece que mesmo em caso de suicídio, ainda subsistiria o dever do Estado de zelar pela higiene psíquica do preso, razão pela qual não se demonstrou estar afastada a causalidade.
Voto do Min. Marco Aurélio (p. 97)	Não provimento do recurso	Acompanha o relator
Voto do Min. Lewandowski (p. 98)	Não provimento do recurso	Acompanha o relator
Esclarecimento (p. 99-100)	Confirmação sobre a redação a ser adotada na tese	
Ata de Julgamento (p. 101)		
<u>Achados</u>		
Aporia fundamental	Em trecho do voto do Min. Fachin, fica explícita, embora não nestes termos, a referência à aporia fundamental, posta diante do problema: “A natureza dúplice do debate posto consubstancia-se no fato de que se de um lado se afigura necessário traçar os potenciais e limites da responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de omissão, de outro , igual e concomitantemente, deve-se responder à indagação acerca do direito fundamental do preso estampado no art. 5º, XLIX, da Constituição da República, verdadeiro e, em meu sentir, específico dever estatal” (p. 47, grifos nossos).	
Risco Administrativo	O voto do Min. Fux já inicial com a afirmação segundo a qual a responsabilização do Estado é um tema que “ <i>encerra um dos pilares do</i>	

	<p><i>Direito Constitucional contemporâneo” e que a submissão do Estado ao império da lei “ configura o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito” (p. 8).</i></p> <p>Desenvolvendo o raciocínio, reconstroi a evolução das diversas concepções sobre a responsabilidade estatal (p. 9-12), bem como sua repercussão no histórico constitucional brasileiro (p. 12-6), para concluir que <i>“a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro hodierno é a do risco administrativo e não a do risco integral, o que torna juridicamente possível a oposição de causas excludentes do nexo de causalidade e exoneradoras de responsabilização pelo ente público”</i> (p. 16, grifos nossos).</p> <p>Registrado esse ponto, logo apresenta a seguinte consideração: <i>“A omissão estatal, entretanto, merece considerações específicas. É que esses casos de responsabilidade civil do Estado por omissão retratam questões jurídicas tormentosas, tanto em sede jurisprudencial, quanto doutrinária”</i> (p. 16-7, grifos nossos). Mais à frente, depois de afirmar a responsabilidade objetiva também para as condutas omissas, adotando sua posição frente a controvérsia, faz novamente a ressalva: <i>“não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal, como já mencionado acima”</i> (p. 20, grifos nossos).</p> <p>A mesma fórmula argumentativa é repetida no Voto do Min. Fachin: <i>“ao arrepio do nítido tratamento uniforme previsto no art. 37, §6º, CRFB, entendo, tal qual o ilustre Relator, tratar-se de responsabilidade objetiva, porém no sentido de um “regime especial de responsabilidade”. Isso igualmente não significa, de qualquer modo, que tenha sido adotada a teoria do risco integral pela ordem constitucional brasileira” (p. 49)</i></p>
<p>Dignidade humana</p>	<p>No voto do Min. Fux, há um esforço em vincular a responsabilidade humana à garantia de proteção do Estado de direitos subjetivos fundamentais. Se, por um lado, o Estado é autorizado a suprimir a liberdade do indivíduo em decorrência de uma condenação por prática criminosa, por outro, não exonera-se de seu dever de guarda. O fundamento dessa ponderação é trazido no voto com fundamento na dignidade da pessoa humana.</p> <p>Após considerações teóricas, com referências às discussões sobre teoria da pena (Beccaria, Bentham, Foucault, Zaffaroni) e sobre a teoria dos direitos fundamentais (Hesse, Alexy), bem como considerações históricas sobre os casos Vladimir Herzog e Massacre do Carandiru (p. 24-30), conclui que o direito fundamental do preso, <i>“intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais”</i> (p. 28, grifos nossos), garantido pelo art. 5º, inciso XLIX, da Constituição, atribui a obrigação específica de garantir a sua integridade física, bem como o direito subjetivo do preso de exigí-la do Estado (p. 30).</p>

	<p>Também na antecipação ao voto do Min. Fux, lembrou-se o caso Herzog: <i>“aqui falou-se muito em suicídio, e eu gostaria de lembrar, porque todos aqui são mais ou menos daquela geração, que um dos casos mais exponenciais de destaque da responsabilidade do poder público, em termos de morte de preso, foi exatamente no momento em que as liberdades públicas estavam suprimidas e que morreu o jornalista Vladimir Herzog, vítima do suicídio de um cinto de um macacão que não tinha cinto. Então, naquela oportunidade, até mesmo no suicídio, impõe-se a responsabilidade civil da União.”</i> (p. 40).</p> <p>Logo em seguida, reitera a afirmação sobre a proteção da dignidade humana: <i>“a Constituição pós-positivista de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como centro axiológico de todo o sistema jurídico, tudo gravita em torno do Homem e, como consectário dessa tutela da dignidade humana, a Constituição é claríssima em impor ao Estado assegurar aos presos o respeito à integridade física e, também, à integridade moral, que nós já vimos que é vilipendiada com essas cenas, que o eminente Defensor-Geral da União destacou, existentes na rede mundial de computadores”.</i> (p. 40-1)</p>
Dever específico de agir	<p>No voto do Min. Fachin, embora reconheça a responsabilidade civil objetiva, afirma-se a necessidade de comprovação de violação do dever específico de agir (p. 48-52). No caso concreto, este estaria configurado pelo <i>“art. 5º, XLIX, CRFB, [que] estabelece um especial dever de proteção da integridade física e moral daquele em situação de encarceramento. Como tal, não pode ser relegado ao escaninho interpretativo das normas assim classificadas como programáticas”</i> (p. 48).</p>
Redução ao absurdo	<p>No seguinte trecho do debate, em que discutiam a necessidade de construir uma tese clara, que assegurasse ao Estado a possibilidade de se exonerar da responsabilidade ao comprovar que o dever era genérico, o Min. Barroso, como expressão da discordância em relação à posição mais ampliada, usa a fórmula argumentativa de redução ao absurdo:</p> <p><i>“O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E não acho que seja justo. Quer dizer, vamos imaginar que o preso esteja engendrando um artefato para matar o adversário, aí explode na mão dele. O Estado é responsável?”</i></p> <p><i>O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sob o ângulo da vigilância, sim. Há inspeções rotineiras.</i></p> <p><i>O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Como é que esse artefato ingressou na penitenciária?</i></p> <p><i>O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, mas aí nós vamos ter que responsabilizar o poder público por todos os homicídios, porque não fiscaliza o contrabando de armas.”</i> (p. 60-1, grifos nossos)”</p> <p>O contra-argumento do Min. Barroso reduz ao absurdo a posição de restringir as possibilidades de exoneração do Estado por meio da ampliação do escopo do dever de agir, ao comparar com a situação de responsabilizar o Estado por “todos os homicídios”, claramente insustentável.</p>

Ficha de Análise - Caso 2 - RE 136861		
Estrutura do Acórdão	Conteúdo / Informação	Fundamentos
Informações do caso e ementa (p. 1-3)	Por maioria, negou-se provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Min. Alexandre de Moraes, redator do acórdão, vencidos o Relator, Min. Edson Fachin, e os Min. Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Dias Toffoli.	
Relatório (p. 4-9)	Uma loja de fogos de artifício, que solicitou licença de comercialização e pagou a referente taxa, três meses após o pedido, provocou uma explosão, causando prejuízos aos moradores do local. Reformando a sentença de primeiro grau, o TJSP afastou a condenação do Município de São Paulo, afirmando não existir falha do serviço, posto a empresa funcionar clandestinamente, e que não foi comprovado o nexo entre a explosão e a omissão da fiscalização municipal.	
Ata (p. 10)	Suspensão do Julgamento após relatório e sustentações orais	
Voto do Min. Fachin (p. 11-47)	Provimento parcial do recurso	Recorrendo à evolução do instituto, aduz estar pacificada a posição da Corte pela responsabilidade estatal objetiva por condutas omissivas (p. 12-29). Também reconhece a necessidade de comprovação da violação pelo Estado de dever específico de agir ocasião em que se verifica ilícito omissivo próprio, o qual, por sua vez, não prescinde da verificação do nexo de causalidade (p. 29-32). Ante as teses expostas, reconhece que a fiscalização de comércio de fogos de artifício, por constituir função típica da administração (poder de polícia), bem como a existência de lei expressamente determinando a obrigação estatal, resta caracterizado a violação o dever específico in casu e o nexo de causalidade entre seu descumprimento e a ocorrência do dano (p. 37-45). Não proveu o recurso, por se tratar de questão infraconstitucional, quanto ao cabimento de indenização por danos morais e a possibilidade de denunciação da lide (p. 45).
Debate (p. 48-50)	Ponderação da Min. ^a Cármen Lúcia, acerca do parcial provimento, posto, em sua posição, tratar-se de hipótese de não conhecimento do recurso, por falta de prequestionamento. Posteriormente, discussão com o Min. Marco Aurélio acerca da diligência do Município e do funcionamento clandestino do estabelecimento.	
Voto do Min. Alexandre de Moraes (p. 51-60)	Negou provimento ao recurso	Esclareceu uma premissa de fato, que descaracteriza o ilícito omissivo do Ente Municipal e atribui a ocorrência do dano tão somente à clandestinidade dos

		proprietários do estabelecimento. Segundo a legislação federal, complementada pelas referidas normas municipais, cabe à Polícia Civil e, portanto, ao Estado, e não ao Município de São Paulo, realizar a vistoria após a solicitação. Em verdade, o Município teria agido na estrita legalidade, o que importa no reconhecimento da inexistência de violação a dever específico e, conseqüentemente, em nexos de causalidade entre a omissão municipal e o dano.
Voto do Min. Barroso (p. 61-4)	Não provimento do recurso	Acompanhou a divergência do Min. Alexandre de Moraes, mas sugeriu a manutenção da tese de repercussão, já que, a seu ver, era compatível com as duas posições.
Voto do Min. Fux (p. 65-8)	Provimento parcial do recurso	Acompanhou o relator, ressaltando que o simples fato do estabelecimento se localizar em área residencial é suficiente para fazer surgir o dever específico de agir.
Observação (p. 69)	Min. Barroso aponta sua concordância com a fundamentação do Min. Fux, mas que a leitura dos fatos não corrobora a sua conclusão	
Antecipação ao Voto da Min. Cármen Lúcia (p. 70-2)	Parcial provimento do recurso	Acompanha o relator e sintetiza os argumentos do voto
Voto da Min. Cármen Lúcia (p. 73-94)	Conhecimento parcial, e nesta extensão, provimento do recurso	Acompanhou o relator, exceto pelo não conhecimento da questão do dano moral, por ausência de prequestionamento. Nos fundamentos, reiterou que o pedido de licença e a ausência de vistoria caracteriza violação ao dever de agir, acarretando a responsabilidade estatal. Mesmo adotada a teoria da culpa administrativa, ter-se-ia a responsabilidade do Município, posto ter conhecimento da natureza perigosa da atividade da localidade do estabelecimento e nada ter feito.
Voto do Min. Lewandowski (p. 95)	Não provimento do recurso	Acompanhou a divergência
Voto do Min. Marco Aurélio (p. 96-7)	Não provimento do recurso	Acompanhou a divergência
Voto do Min. Gilmar Mendes (p. 98-102)	Não provimento do recurso	Acompanhou a divergência
Voto do Min. Celso de Mello (p. 102)	Parcial provimento do recurso	Acompanhou o relator
Pedido de Vista (p. 103) e Voto-Vista do Min. Toffoli (p. 105-14)	Parcial provimento do recurso com proposta para a não formação de tese	Ponderou sobre as duas posições reconhecendo: 1) que a controvérsia não recai sobre as premissas teóricas, todos concordam com a responsabilidade objetiva por omissão específica; 2) que a divergência reside na caracterização ou não do dever de agir do Estado em realizar a vistoria do estabelecimento.

		Contudo, reconheceu ainda uma especificidade do caso concreto, segundo a qual a portaria expedida pelo município caracterizaria uma excepcional assunção do dever de vistorias às instalações, ainda que, pela disposição da lei federal, caiba à Polícia Civil e não ao município. Sendo assim, existiu violação do dever específico pelo Município, ao exigir os demais requisitos e cobrar a taxa de licença sem ter antes realizado a vistoria.
Voto da Min.ª Weber (p. 115-20)	Não provimento do recurso	Acompanhou a divergência.
Discussão sobre a Redação da Tese (p. 121-7)	Min. Marco Aurélio e Dias Toffoli defendiam a não fixação de tese de repercussão geral, mas vencidos, prevaleceu a tese proposta pelo Min. Relator e acolhida pelo Min. Alexandre de Moraes.	
Ata de Julgamento (p. 128-9)		
<u>Achados</u>		
Aporia fundamental / Redução ao Absurdo	<p>Em debate com o Min. Relator, pondera o Min. Marco Aurélio: “<i>Houve exigências, e o interessado não as cumpriu e, em que pese a inexistência de licença, começou a funcionar; em campo muito delicado, que é o da comercialização de fogos.</i>”</p> <p><i>Vamos partir para o endosso da teoria do risco administrativo total? Não podemos. Não houve ato comissivo do Estado, nem ato omissivo. Houve comissivo, sim, no que impôs exigências. E, antes do atendimento dessas exigências, o estabelecimento começou a funcionar, sem licença prévia, de forma clandestina</i>” (p. 49) A posição externada (contra o risco administrativo total, ou risco integral) expressa a preocupação com uma imputação equilibrada e que não exija em níveis irrealistas um padrão de atuação do Município que, ao seu ver, vai além da legalidade.</p> <p>Também em defesa da posição divergente, afirma o Min. Barroso em seu voto: “<i>eu acho que o Estado não pode ser transformado em segurador universal de atos ilícitos praticados por particulares. Portanto, é preciso que esteja presente uma causalidade direta e imediata que possa ser reconduzida à conduta do Estado em face do dano sofrido. Vale dizer, é preciso que exista, por parte do Estado, para que se caracterize a omissão, um dever jurídico específico de agir. Não é um dever jurídico genérico de legislar ou de adotar uma política pública, é um dever administrativo específico de ter atuado</i>” (p. 62)</p> <p>No mesmo sentido é o voto do Min. Lewandowski: “<i>Eu concordo também com a observação feita pelo Ministro Barroso de que o Estado não pode ser um segurador universal. E lembro - alguns de nós vivemos em São Paulo - que, nas Festas Juninas, abrem-se centenas, senão milhares de estabelecimentos clandestinos que vendem fogos, além dos camelôs e daquelas pessoas que, nos faróis, também vendem fogos de artifício. Portanto é impossível a prefeitura fiscalizar todas essas ações e ser responsabilizada integralmente, objetivamente por eventuais acidentes.</i>” (p. 95)</p> <p>Ainda, o voto do Min. Marco Aurélio, reitera sua ponderação: “<i>Vêm-nos fatos que afastam, a não ser que tomemos o Estado como segurador</i></p>	

	<p><i>universal, a menos que agasalhemos a teoria da responsabilidade civil integral do Estado, a responsabilidade.” E ainda: “senão, daqui a pouco vai-se dizer que o Estado é responsável, no campo da responsabilidade civil, considerados assaltos em via pública, devendo indenizar os cidadãos que têm o celular ou outros bens subtraídos, ou indenizar até a família ante o resultado morte em caso de assalto. A não ser mediante esquecimento de regras básicas de Direito Administrativo, não há como, tendo em vista esse contexto fático, concluir-se que o Município foi omissso”</i> (p. 97)</p> <p>Por fim, e ainda mais ilustrativa, é a resposta do Min. Barroso, em debate, respondendo diretamente ao questionamento do Min. Fux sobre a injustiça da posição e da exposição que traz à vítima:</p> <p><i>“ O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Também não estou convencido, porque, na verdade, uma família foi dizimada e ficou sem indenização nenhuma. Sempre acompanho a colegialidade no tocante à tese, mas, sinceramente, entendo, data maxima venia, que é um resultado muito injusto. Mas acompanho a colegialidade.</i></p> <p><i>O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não vou reabrir o debate, mas é que senão o Estado vira segurador universal de tudo de ruim que acontece” (p. 124, grifos nossos)</i></p>
Dever específico	<p>A questão do dever específico teve centralidade no caso. Distintas posições, decorrentes de diferentes interpretações sobre a portaria municipal, vislumbraram também diferentes “deveres específicos de agir”. As interpretações, como se imagina, leva a resultados diferentes.</p> <p>Uma primeira posição, presente no Voto do Min. Fachin, afirma ser o dever específico realizar a vistoria: <i>“Diante da existência de um agir devidamente especificado em lei, a posição do Ente estatal encontra-se ali definida, e se a resposta ao alegado descumprimento da norma constituir-se em dano a outrem, constata-se, assim, o dever de indenizar o ofendido. Assim, a mera existência de concausas não se presta a elidir a existência de um nexo de causalidade entre a conduta omissiva estatal e o dano, se o agir do Estado era obrigatório por decorrer de obrigação legal. Diante da existência de um agir devidamente especificado em lei, a posição do Ente estatal encontra-se ali definida, e se a resposta ao alegado descumprimento da norma constituir-se em dano a outrem, constata-se, assim, o dever de indenizar o ofendido.</i></p> <p><i>Adentrando mais incisivamente à temática específica da responsabilidade civil por omissão do Estado no dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência, compreendo que se aplicam à hipótese todas as teses acima referidas”</i> (p. 37).</p> <p>Complementando:</p> <p><i>“Embora seja qualificada como um agir administrativo discricionário, no sentido da eleição de oportunidade e conveniência quanto ao momento de efetivo exercício desse poder, restando todos os seus condicionamentos expostos em lei, inclusive quanto ao tempo para sua realização, tratar-se-á de competência vinculada aos termos legais. Embora seja qualificada como um agir administrativo discricionário, no sentido da eleição de oportunidade e conveniência quanto ao momento de efetivo exercício desse poder, restando todos os seus condicionamentos expostos em lei, inclusive quanto ao tempo para sua realização, tratar-se-á de</i></p>

<p>competência vinculada aos termos legais” (p. 38)</p> <p>E diante da previsão legal: “<u>Assim, a omissão no dever legal de fiscalizar determinada atividade, se dano acarretar a terceiro em virtude dessa conduta omissiva específica, gera o dever de indenizar por parte do Estado.</u></p> <p>O <u>caso concreto</u> que gerou o reconhecimento da repercussão geral ora sob julgamento envolve, justamente, a alegação de violação do dever fiscalizatório por parte do Município de São Paulo, o qual, apesar de provocado, pela via do processo administrativo, para promover a fiscalização com a finalidade de obter autorização para comércio de fogos de artifício no local, manteve-se inerte, ocorrendo o acidente narrado nos autos, cerca de dois meses após o pedido formulado. Assim, a omissão no dever legal de fiscalizar determinada atividade, se dano acarretar a terceiro em virtude dessa conduta omissiva específica, gera o dever de indenizar por parte do Estado. O caso concreto que gerou o reconhecimento da repercussão geral ora sob julgamento envolve, justamente, a alegação de violação do dever fiscalizatório por parte do Município de São Paulo, o qual, apesar de provocado, pela via do processo administrativo, para promover a fiscalização com a finalidade de obter autorização para comércio de fogos de artifício no local, manteve-se inerte, ocorrendo o acidente narrado nos autos, cerca de dois meses após o pedido formulado.</p> <p>A atividade municipal na fiscalização do local de instalação dessa espécie comercial, pelo Município de São Paulo, era, à época dos fatos, regulamentada pela Lei Municipal nº 7.433/1970 e pela Portaria nº 843/SAR/81” (p. 39, grifos no original)</p> <p>Nesta hipótese o dever específico aparece definido como uma obrigação legal. Contudo, apresentando interpretação diversa da portaria municipal, à luz da legislação federal que a complementa, o <u>Voto divergente do Min. Alexandre de Moraes</u> parte da mesma premissa, mas conclui pela inexistência do dever específico de agir: “A atividade realizada pelos proprietários que queriam comercializar isso era absolutamente clandestina. A legislação, à época, regravava o assunto, e obviamente a legislação municipal tentava otimizar, suplementar a Federal. Seja a lei municipal seja, depois, a portaria, em determinados períodos do ano – como a questão de Festa Junina, principalmente –, tentavam otimizar o assunto, mas não podem fugir da legislação federal. A legislação estabelece a necessidade do protocolo com requisitos, com a comprovação, inclusive, de que teria já ocorrido um pedido na Polícia Civil para vistoria; e o pagamento da taxa é tão somente para iniciar esse procedimento e para que seja realizada a vistoria, que é elemento constitutivo da possibilidade da concessão de licença.” (p. 52).</p> <p>E sendo atribuição da Polícia Civil, no âmbito estadual, não há dever específico do Município: “Então a premissa que nos distancia é exatamente essa. A atividade realizada pelos comerciantes era clandestina ou lícita? Clandestina. O Poder Público deveria ter realizado a vistoria para verificar as condições nas quais eles vendiam fogos de artifício? Não; deveria ter realizado, após a complementação da documentação, uma vistoria para autorizar ou não que eles pudessem iniciar.” (p. 54).</p>
--

	<p>E ainda complementa, afirmando a impossibilidade do dever de agir do Município ante a clandestinidade do estabelecimento ter “<i>Agora, a clandestinidade, aqui, não significa que se fez totalmente oculto. Ah, o Poder Público poderia saber? Não, há clandestinidade no tempo. O Poder Público teria condições razoáveis de saber que ele começaria a comercializar antes do procedimento? É impossível exigir isso do Poder Público</i>” (p. 56)</p> <p>Num terceiro posicionamento, mas também buscando caracterizar o dever específico, o Voto da Min.^a Cármen Lúcia afirma, dando ênfase a um outro aspecto do problema, a periculosidade da atividade, afirma ter sido violado dever específico por outro fundamento: “<i>o contexto demonstra, independente da verificação ou de revolvimento de provas, ter sido comprovado quadro fático e administrativo a demonstrar que o Município foi acionado, sabia portanto que ali havia uma instalação do que seria um comércio de fogos de artifício.</i></p> <p><i>Da leitura que se faz, parece que era quase um paiol de pólvora ali instalado, pronto a explodir, numa região residencial, sujeito a esse tipo de situação. E é de responsabilidade, sim, do Poder Público a verificação, não como vistoria por ele saber, mas neste caso ele tinha sido notificado, porque instado a vistoriar, ainda que, como se comprovou - e tem razão o Ministro Alexandre de Moraes e também o Ministro Roberto Barroso -, ao afirmar que não o fez por outras exigências.</i>” (p. 71-2)</p> <p>Mesmo concordando com a “incompetência” do Município para realizar a vistoria diretamente, diante da periculosidade da atividade e do pedido de licença exigiria uma cautela adicional, determinando a vistoria no local, agora com fundamento no dever de fiscalização previsto na lei de parcelamento do solo urbano.</p>
--	---

Ficha de Análise - Caso 3 - RE 608880		
Estrutura do Acórdão	Conteúdo / Informação	Fundamentos
Informações do caso e ementa (p. 1-3)	Os votos do Min. Relator, Marco Aurélio, acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia e Rosa Weber, foram vencidos pelo voto divergente do Min. Alexandre de Moraes, Redator do Acórdão, acompanhado por Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Roberto Barroso. Recurso provido, afastando a condenação do Estado.	
Relatório (p. 4-7)	Na origem, trata-se de uma ação indenizatória contra o Estado do Mato Grosso, ajuizado pelos familiares de uma vítima de latrocínio, praticado por presidiário foragido do regime fechado. O TJMT confirmou a sentença, condenando o Estado, reconhecendo a responsabilidade objetiva.	
Voto do Min. Marco Aurélio (p. 8-10)	Não provimento do recurso	Reconhecimento da negligência do Estado na custódia do detento e da evidência do nexo de causalidade, embora mencione que a causa é remota e indireta.

Voto do Min. Fachin (p. 11-20)	Não provimento do recurso	Definição e reconhecimento de violação a dever específico do Estado em garantir a segregação social do preso quando cumpre pena em regime fechado. Não comprovação, pelo Estado, de que o ato de terceiro inviabilizou o cumprimento do dever específico.
Voto do Min. Alexandre de Moraes (p. 21-34)	Provimento do recurso	Reconhecimento da hipótese de exclusão do nexo de causalidade, ato de terceiro, com fundamento na teoria da causalidade direta e imediata.
Ata de Julgamento (p. 35)		
<u>Achados</u>		
Aporia fundamental	<p>No voto do Min. Fachin, há a expressão da aporia fundamental, ao buscar posição justa e equilibrada: mesmo imputando responsabilidade ao Estado, busca “<i>evitar que o Estado se convolasse em verdadeiro segurador universal, ignorando as premências, dificuldades e limitações da concretude.</i>” (p.16)</p> <p>Também no voto do Min. Alexandre de Moraes, há idêntica preocupação em reconhecer a existência de limites na responsabilização do Estado: “<i>o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima</i>” (p. 24)</p>	
Risco Administrativo	<p>No voto do Min. Fachin, em trecho idêntico ao seu voto no RE 841526, consignou: “<i>entendo tratar-se de responsabilidade objetiva, porém no sentido de um “regime especial de responsabilidade”</i>”. Isso igualmente não significa, de qualquer modo, que tenha sido adotada a teoria do risco integral pela ordem constitucional brasileira.” (p. 13-4)</p>	
Dever específico	<p>Surge uma referência ao dever específico no voto do Min. Fachin. É feita uma distinção, considerando as particularidades do caso concreto, entre as situações em que o preso foge, estando em regime aberto ou semi-aberto (dever genérico de segurança) ou estando em regime fechado (dever específico).</p> <p>“<i>Como disse ao principiar o voto, se aqui se estivesse a se perquirir a existência de uma omissão ligada ao dever geral do Estado de prover a segurança pública, o que, em meu sentir, constituiria nítida hipótese de ilícito omissivo impróprio, tal como ocorreria diante de execução de pena de restrição da liberdade nos regimes semi-aberto e aberto, caberia à parte que alega o dano procurar demonstrar que o Estado deixou de adotar as medidas cabíveis dele razoavelmente expectáveis. (...)</i></p> <p><i>No presente caso, porém, trata-se de nítida hipótese de omissão própria, tendo em vista que o Estado ao chamar para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado, não apenas se atribui a importante responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade do condenado que se encontra sob sua tutela, mas igualmente a responsabilidade específica de mantê-lo segregado do convívio social.</i></p>	

	<p><i>No presente caso, porém, trata-se de nítida hipótese de omissão própria, tendo em vista que o Estado ao chamar para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado, não apenas se atribui a importante responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade do condenado que se encontra sob sua tutela, mas igualmente a responsabilidade específica de mantê-lo segregado do convívio social. Diante disso, somente é possível afastar a responsabilidade civil objetiva do Estado diante de <u>omissão própria</u> em face do dever de manter segregado em regime fechado nas hipóteses em que o Poder Público efetivamente comprove a inexistência de nexos de causalidade entre a sua omissão específica e o resultado danoso perfectibilizado no mundo fático decorrente da fuga que antecede o antecede.”</i>(p. 15-6, grifos no original)</p> <p>Também há nesse topos uma relação com a aporia fundamental: ao se exigir a violação de dever específico, “[i]sso se daria a fim de evitar que o Estado se convolvesse em verdadeiro segurador universal, ignorando as premências, dificuldades e limitações da concretude.” (p.16)</p>
<p>Causalidade direta</p>	<p>O voto do Min. Alexandre de Moraes, embora reconheça a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, afirma que esta somente surge, verificado o nexo de causalidade. Segundo ele, citando precedentes da Corte, teoria sobre a causalidade adotada é a da causalidade direta e imediata, também chamada “teoria da interrupção do nexo causal” (p. 27-8).</p> <p>Ressalta-se que a definição do que é “causa direta” somente se apresenta diante do caso concreto: segundo o voto, a inexistência da proximidade temporal (três meses entre a data da fuga e da ocorrência do dano) e a ocorrência de causas supervenientes independentes (formação de quadrilha), “contribuíram para suprimir o nexo de causalidade”, não podendo afirmar que a omissão estatal é causa direta e imediata (p. 29).</p>

<p align="center">Ficha de Análise - Caso 4 - RE 1209429</p>		
<p>Estrutura do Acórdão</p>	<p>Conteúdo / Informação</p>	<p>Fundamentos</p>
<p>Informações do caso e ementa (p. 1-3)</p>	<p>Por maioria, foi dado provimento ao recurso extraordinário, vencido no mérito, apenas o Min. Nunes Marques. Quanto à tese de julgamento, prevaleceu a redação do Min. Alexandre de Moraes, redator do acórdão, vencidos os Min. Marco Aurélio, relator, Edson Fachin e Luiz Fux.</p>	
<p>Relatório (p. 4-9)</p>	<p>No caso concreto, um jornalista, ao realizar a cobertura de uma manifestação, foi ferido por disparo de bala de borracha de arma policial, tendo sido atingido no olho e perdido grande parte da visão. Reformando a sentença, o TJSP afastou a condenação do Estado, reconhecendo excludente de culpa exclusiva da vítima, posto o jornalista ter assumido o risco ao filmar a manifestação no local. Interposto o extraordinário, pretende-se a condenação do Estado com fundamento na responsabilidade objetiva por não advertir sobre os riscos de permanecer no local e de,</p>	

	indiretamente, censurar atividade de imprensa.	
Voto do Min. Marco Aurélio (p. 9-15)	Provimento do recurso	Destaca a importância do direito ao exercício profissional, em suas dimensões individual e social, e ainda do direito-dever de informação, arts. 5º, IX, XIII e XIV, e 220 da CR. Citando precedentes de cortes internacionais de direitos humanos, afirmou que para assegurar esse direito, deve o Estado agir com cautela e ainda proteger essa importante atividade, sendo o violadora da Constituição o reconhecimento de culpa exclusiva da vítima
Ata (p. 16)	Após sustentações orais e voto do relator, a sessão foi suspensa pelo visto do Min. Alexandre de Moraes	
Debate (p. 17)	Consideração sobre o pronunciamento em sessão do voto Min. Relator	
Voto do Min. Alexandre de Moraes (18-50)	Provimento do recurso, com divergência na redação da tese.	Após considerar a adoção da responsabilidade objetiva com fundamento na teoria do risco administrativo, reconheceu, com fundamento na apreciação da própria apelação recorrida, a existência dos requisitos: dano, conduta e nexo de causalidade (p. 28-35). Contudo, ao discutir a causa de excludente de nexo de causalidade, culpa exclusiva da vítima, reconheceu o legítimo exercício da atividade profissional pelo jornalista e, ainda, que imputar-lhe o risco de lesão ao realizar a cobertura jornalística violaria o direito à informação e liberdade de imprensa. Defende que a tese do Relator acolhe, equivocadamente, a teoria do risco integral. Por fim, acolhe o pedido para condenar o Estado, também na pensão por incapacidade de trabalho
Pedido de Vista (p. 51-2)		
Voto do Min. Fachin (p. 53-60).	Provimento do recurso	Acompanhou o relator no mérito e o Min. Alexandre na tese. Em complemento, ressaltou que a liberdade de imprensa exige do Estado um dever de proteção, que restou violado no caso
Ata (p. 61-2)	Suspensão da sessão, pela vista do Min. Nunes Marques, tendo adiantado o voto o Min. Fachin	
Voto-Vista do Min. Nunes Marques (p. 63-72).	Não provimento do recurso	Em razão da pacífica admissão da culpa da vítima como possível hipótese de exclusão do nexo de causalidade, não haveria controvérsia jurídica relevante, mas tão somente questão probatória, cuja apreciação não caberia à Suprema Corte. Incidência da Súmula 279/STF.
Observação (p. 73-4)	Min. Alexandre de Moraes ressaltou que, pelos fatos já cristalizados no acórdão, seria possível decidir a questão, sem a necessidade de revalorar fatos e provas	
Voto do Min. Barroso (p. 75-7)	Provimento do recurso	Acompanhou o relator.

Voto da Min.^a Weber (p. 78-80)	Provimento do recurso	do	Acompanhou o relator, no mérito, e na tese, o Min. Alexandre de Moraes.
Voto do Min. Toffoli (p. 81)	Provimento do recurso	do	Acompanhou o relator.
Voto da Min.^a Cármen Lúcia (p. 82-5)	Provimento do recurso	do	Acompanhou o relator
Voto do Min. Lewandowski (p. 86-7)	Provimento do recurso	do	Acompanhou o relator
Voto do Min. Gilmar Mendes (p. 88-123)	Provimento do recurso	do	Além de fundamentar a adoção da responsabilidade objetiva, admite que a exposição ao perigo, inerente à atividade do jornalista, gera mera presunção, mas não é suficiente para caracterizar, a culpa da vítima, sobretudo quando esta não está realizando ato ilícito. Ainda que a conduta do Estado tivesse sido conforme a lei, lícita portanto, subsistiria a responsabilidade por atingir terceiro não participante da manifestação.
Voto do Min. Fux (p. 124-6)	Provimento do recurso	do	Acompanhou o relator
Observação (p. 127-8)	Colhidos os votos, discute-se a tese.		
Discussão sobre a redação da tese (p. 128-41)	Acolhida a proposta de tese do Min. Alexandre, por consignar expressamente a possibilidade de exclusão do nexos de causalidade quando, no caso concreto, se caracterizar a culpa da vítima.		
Observação (p. 142-5)	Observação sobre a redação de trecho da tese e decisão sobre a redação do acórdão.		
Esclarecimento (p. 146-50)	Discussão sobre uma questão de fato, trazida pela advogada da parte, quanto à omissão do pedido de majoração dos danos morais		
Ata de Julgamento (p. 151-2)			
<u>Achados</u>			
Relevância do caso concreto	<p>No Voto Min. Nunes Marques, há uma relevante consideração sobre a importância do caso concreto, que o levou a inadmitir o recurso e defender a impossibilidade de fixar tese geral e abstrata para regular o caso.</p> <p><i>“Posta assim, em termos maniqueístas e abstratos, a resolução dos casos particulares acaba muito empobrecida, pois os juízes ficarão privados da avaliação das características originais das demandas, imputando-se ao Estado, caso se adote a interpretação favorável à indenização, o dever de pagar em praticamente todas as ações formalizadas por jornalistas” (p. 68)</i></p> <p><i>“A liberdade de imprensa, como qualquer liberdade, implica riscos. O profissional de imprensa, tal qual todo cidadão, não está livre de sofrer acidentes no trabalho. E é claro que o jornalista ferido por abuso ou imperícia policial deve ser indenizado. Não estou negando isso de maneira alguma. O que ocorre é que não se pode, sob o argumento da liberdade de imprensa, instituir a regra abstrata de que a vítima –</i></p>		

	<p><i>apenas pelo fato de ser jornalista – jamais contribuirá para o evento danoso. Assim, profissional que assuma riscos extremos, imprudentemente contrariando todas as normas de segurança, seria indenizado depois por eventuais danos sofridos. Ou seja, a sociedade pagaria pela concretização do grave risco assumido voluntariamente por ele. Essa solução já adotaria a concepção da teoria do risco integral, que não está na base do art. 37, § 6º, da Constituição, conforme se pode colher na unanimidade da doutrina nacional.”</i> (p. 70, grifos no original)</p> <p><i>“Em outros termos, esses direitos constitucionais não têm a dimensão necessária para que se possa assentar, genericamente, que a responsabilidade civil objetiva do Estado, em relação a profissional da imprensa ferido durante cobertura jornalística, no contexto de manifestações e tumultos, passe a ser orientada pela extremada teoria do risco integral, a qual, diversamente da teoria do risco administrativo, não admite o rompimento do nexu causal pelas causas de excludentes de responsabilidade.”</i> (p. 71)</p>
<p>Risco administrativo</p>	<p>Menção à não adoção da teoria do risco integral no Voto do Min. Alexandre de Moraes: <i>“Pela teoria do risco administrativo, consagrada em nosso ordenamento jurídico como fundamento da responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, §6º, CF/1988), a coletividade deve ressarcir eventuais prejuízos causados a terceiros com a atividade administrativa. Cenário diverso se configura na teoria do risco integral, segundo a qual o Poder Público responde objetivamente pelos danos, mas não lhe é concedida a possibilidade de apresentar qualquer excludente da relação de causalidade entre a conduta e o dano”</i> (p. 30)</p> <p>Reitera a preocupação ao afastar a excludente de causalidade: <i>“Não se trata aqui - é a observação que faço, já indo para conclusão -, Presidente, de assumir postura de responsabilização do Estado com base no risco integral, não é isso. Por exemplo, se o acesso à área já estivesse proibido para qualquer manifestante ou qualquer jornalista, e, eventualmente, o jornalista ou qualquer outra pessoa tivesse desrespeitado isso, aí sim, por sua culpa exclusiva colocou-se em risco, mas não é disso que se trata na presente hipótese. Aqui ele estava tão somente exercendo, de formal absolutamente legítima, a sua profissão de jornalista”</i> (p. 42)</p> <p>Essa preocupação, inclusive, é o que faz divergir na tese: <i>“a referida tese, nos termos em que proposta pelo Eminentíssimo Relator, induz a uma interpretação de que, em hipótese alguma, poderá ser considerada a culpa exclusiva da vítima, quando se tratar de profissional da imprensa ferido em cobertura jornalística de manifestações pública”</i> (p. 42-3, grifos no original).</p> <p>E ainda: <i>“Parece-me - posso estar equivocado na minha interpretação – que, a prevalecer a proposta de tese do Ilustre Relator, acabariamos reconhecendo a teoria do risco integral: todas as vezes, independentemente da análise dos fatos, não há culpa exclusiva do profissional de imprensa. Não foi isso que ocorreu na hipótese, aqui realmente não houve culpa exclusiva.</i></p> <p><i>A Constituição, no § 6º do art. 37, permite o afastamento da responsabilidade objetiva no caso de culpa exclusiva da vítima. Foi o exemplo que eu dei: o local onde está ocorrendo um tumulto já está</i></p>

	<p><i>vedado ao acesso da imprensa, exatamente para evitar que alguém possa ser ferido, e esse jornalista, suposto jornalista, invade, e se coloca exclusivamente em risco. Então, nesse caso é um caso diverso da hipótese.</i></p> <p><i>Então, Presidente, somente em relação à tese, parece que devemos restringir no tocante à responsabilidade com base no risco administrativo.” (p. 43, grifos nossos)</i></p>
<p>Dignidade humana e dever de proteção</p>	<p>No julgamento, o ponto central da controvérsia era a verificação da culpa exclusiva da vítima e o principal fundamento para afastá-la foi o reconhecimento do direito à livre exercício da atividade, e a liberdade de imprensa. No voto do Min. Alexandre de Moraes: <i>“se a Suprema Corte vier a reconhecer que um jornalista que esteja, de forma legítima, realizando uma cobertura de uma manifestação social, política, exercício de direito de reunião, e que venha a ser ferido por atuação do Estado tão somente por estar exercendo sua profissão não tem direito à indenização, porque trata-se de culpa exclusiva da vítima, estaríamos cerceando o próprio exercício da liberdade de imprensa e, lato sensu, da própria liberdade de expressão.” (p. 41)</i></p> <p>No voto do Min. Fachin, de modo ainda mais incisivo, amplia-se a dimensão de eficácia do direito fundamental, para compreender ainda a sua dimensão prestacional, além da proteção contra a ingerência do Poder Público, exigindo deste, não apenas abstenção, a adoção de comportamentos ativos que se destinem a impedir a violação: <i>“o reconhecimento desse direito à liberdade implica, não apenas um dever de se abster de restringir a liberdade de expressão e de imprensa, mas especialmente: um dever positivo de proteção. Trata-se, pois, de promover e garantir um ambiente de estímulo à imprensa livre.” (p. 56).</i></p> <p>Dever de proteção exige a diligência do Estado, cujo descumprimento acarreta responsabilidade objetiva: <i>“Assim, descumprido esse dever de diligência, no caso, de atuar positivamente na proteção do profissional de imprensa, imputa-se ao Estado o dever de indenizá-lo. Num regime democrático, a referência à culpa exclusiva da vítima, a qual estava, não apenas exercendo atividade inerente a sua profissão e, portanto, exercendo seu regular direito, mas exercendo uma atividade que deve ser estimulada e protegida pelo Estado, soa anacrônica e autoritária, violando a Constituição de 1988 e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em favor de uma imprensa livre” (p. 60)</i></p> <p>Também no Voto do Min. Barroso: <i>“A liberdade de expressão, além de ser uma manifestação da dignidade da pessoa humana, também é indispensável para a democracia, para que haja uma livre circulação de informações, de ideias e de opiniões, e também é imprescindível como registro histórico, registro da história que está acontecendo. A liberdade de expressão, além de ser uma manifestação da dignidade da pessoa humana, também é indispensável para a democracia, para que haja uma livre circulação de informações, de ideias e de opiniões, e também é imprescindível como registro histórico, registro da história que está acontecendo. O jornalismo é o registro da história corrente e representa uma fonte de aprendizado para as novas gerações. O que é jornalismo hoje vai ser a história do dia seguinte, portanto o jornalista não estava lá correndo um risco em nome próprio ou por interesse próprio. Ele estava</i></p>

	<i>lá correndo risco pelo interesse público que todos temos de saber exatamente o que acontece em uma manifestação e se a repressão policial se deu de maneira proporcional.” (p. 76)</i>
Redução ao absurdo	Voto da Min.^a Weber: “Nesta hipótese que estamos a examinar, não houve participação alguma do fotógrafo no evento. Ele apenas fazia a cobertura, no exercício de sua atividade profissional, a menos que se admita, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo, com a devida vênia, que sua simples presença física, no momento do confronto, fosse susceptível de caracterizar tal situação. Essa compreensão implica inviabilizar o exercício da atividade jornalística em qualquer situação de risco. Se a simples presença do repórter é causa excludente de responsabilidade por qualquer dano que venha a sofrer, impõe-se a sua ausência e, com isso, limitada se encontra a atividade, justamente em situações que, de modo geral, exigem essa presença, máxime em um Estado Democrático de Direito” (p. 79, grifos nossos)

Ficha de Análise - Caso 5 - ARE 1385315		
Estrutura do Acórdão	Conteúdo / Informação	Fundamentos
Informações do caso e ementa (p. 1-3)	Recurso provido por maioria, nos termos do voto reajustado do Relator, Min. Edson Fachin	
Relatório (p. 4-8)	A ação originária buscava a condenação da União e do Estado do Rio de Janeiro e foi ajuizada pelos familiares de um morador vitimado fatalmente em meio a uma incursão militar em uma comunidade do Rio de Janeiro. Reformando a sentença, o TJRJ reconheceu não estar provado o nexo de causalidade entre a ação estatal e a morte do morador, sobretudo pela inconclusividade da perícia acerca da origem do disparo	
Voto do Min. Fachin (p. 9-39)	Provimento do recurso	Contextualizando o estado da violência urbana e da letalidade policial no Rio de Janeiro, além dos precedentes da condenação da CIDH (caso Favela Nova Brasília) e ADPF 635, destacou a importância dos deveres de diligência na segurança pública. Reconheceu no caso, a responsabilidade civil objetivo do Estado, sendo irrelevante a origem do projeto, e tão somente pela ausência das cautelas a serem adotadas na condução da operação. Ainda, admitindo a possibilidade de exclusão do nexo de causalidade pelo Estado, esta restou não comprovada no caso.
Ata (p. 40-1)	Colhido o voto da Min. ^a Weber, acompanhando o relator, a sessão foi suspensa após pedido de vista da Min. André Mendonça.	
Voto-Vista do Min. André Mendonça (p. 42-62)	Provimento parcial do recurso, condenando apenas a União e excluindo	Embora seja adotada a teoria do Risco Administrativo, a causalidade não pode ser presumida, devendo ser demonstrado a atuação desastrosa do Poder Público para fins de responsabilização e evitando um desestímulo à

	condenação do Estado do Rio de Janeiro, além de proposição de tese alternativa	realização de operações, que, segundo defende, reduzem a criminalidade. Ainda assim, reconhece que o Estado tem o dever de averiguar as mortes e, diante de um menor standard probatório (que não é o mesmo que presunção), é possível condenar o Estado diante de perícia inconclusiva. Por fim, excluiu a condenação do Rio de Janeiro, posto a operação ter sido realizada apenas por militares da União.
Voto do Min. Alexandre de Moraes (p. 63-84)	Negou provimento ao recurso.	A teoria do risco administrativo não pode prescindir da demonstração do nexo de causalidade e, segundo defende, este está caracterizado apenas caso se comprove ter sido o disparo efetuado por agente público, razão pela qual a perícia inconclusiva leva à não condenação do Estado.
Voto do Min. Zanin (p. 85-107)	Provimento parcial do recurso, condenando apenas a União	Partindo também do risco administrativo, cabe ao Estado demonstrar a ocorrência de excludente de causalidade, mas a prova em sentido contrário seria apta a configurar a excludente.
Voto do Min. Gilmar Mendes (p. 108-18)	Provimento do recurso	Acompanhou o relator, no sentido da prescindibilidade da prova do disparo, sendo a própria atividade causadora do risco o fundamento da responsabilidade estatal.
Ata (p. 119-20)	Registro dos votos: 4 favoráveis ao provimento do recurso, 5 ao parcial provimento e 2 pelo não provimento	
Aditamento ao Voto do Min. Fachin (p. 121-4)	Após discussão, Min. Edson Fachin adita seu voto para a formação da maioria no sentido do parcial provimento, condenando apenas a União.	
Discussão sobre a Tese (125-36)	Os Ministros buscaram a construção da redação da tese de repercussão geral, adotando a tese do voto do Min. Zanin com algumas alterações.	
Ata de Julgamento (p. 137-9)		
<u>Achados</u>		
Risco Administrativo	Diante do caso concreto, ao menos 4 sentidos assumiu a referência ao Risco Administrativo . A primeira , presente no voto do Min. Fachin , parte de uma concepção mais ampla, que identifica a esfera de assunção da responsabilidade à atividade como um todo (desde o planejamento até a realização da operação). Nessa concepção mais ampla, sequer importa saber de qual arma saiu o disparo letal ; se este ocorreu, foi a operação que, em o sentido amplo, o causou ou propiciou o seu acontecimento: <i>“Se a incursão da Força de Pacificação do Exército não tivesse ocorrido, não haveria troca de tiros e, por conseguinte, Vanderlei Conceição de Albuquerque não teria sido assassinado. Assim sendo, independe saber se o projétil proveio da arma dos militares do Exército ou dos confrontados, haja vista que os integrantes da Força de Pacificação do Exército assumiram o risco (dano colateral) ao proceder uma operação em local habitado.</i> <i>Nesse sentido, o fato gerador do dano não é o projétil em si, mas sim a</i>	

operação da Força de Pacificação do Exército. Daí porque, para configurar o nexo de causalidade, não é necessário saber se o projétil proveio da arma dos militares do Exército ou dos confrontados, mas sim se houve operação da Força de Pacificação do Exército no momento e no local em que a vítima foi atingida por disparo de arma de fogo.

Aliás, a operação da Força de Pacificação do Exército em local habitado ratifica o descumprimento do dever de proteção do Estado, o que enseja a sua responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição.” (p. 26-7)

Ainda assim, há uma preocupação de contrapor a essa concepção ampla a possibilidade de comprovação da excludente de causalidade, que é presumida: *“In casu, cabe à União provar a exclusão do nexo causal, o qual é presumido em razão de a vítima ter sido atingida durante uma operação da Força de Pacificação do Exército, ato que deu causa ao dano. Para que se pudesse excluir a responsabilidade estatal, seria imprescindível, portanto, a comprovação de força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou de terceiro” (p. 31)*

No **voto do Min. Gilmar**, que acompanhou o Relator, há também a defesa dessa perspectiva:

“Na ambiência de uma Constituição como a nossa, que veda veementemente a pena de morte, é obrigação contrafactual do intérprete construir soluções que restrinjam o exercício da força pelo ente que detém o seu monopólio, inclusive no que tange aos parâmetros de responsabilização objetiva por danos provocados no exercício (ainda que legítimo) da violência.” (p. 113)

Uma **segunda concepção**, presente no **voto do Min. Zanin**, também presume o nexo de causalidade. Contudo, o risco administrativo está vinculado não à atividade como um todo, mas à **conduta dos agentes**, de modo que a perícia conclusiva, em sentido contrário, seria eventualmente apta a excluir a causalidade. Depois de citar precedentes internacionais e o posicionamento que estava se formando na ADPF 635, para defende um parâmetro qualificado da atuação policial:

“A partir desses julgados e da ADPF 635, é possível afirmar que, nesse cenário delicado de operações policiais para preservação da ordem, o Estado deve exercer a tarefa de segurança pública por meio de polícias controladas, com uso de dados de inteligência que amparem, de forma técnica, as incursões, visando à minimização de riscos e externalidades” (p. 105)

Contudo, há de se permitir ao Estado que, quando conduzia a necessária operação militar, não causou diretamente o dano, devendo, de outro lado realizar a prova, embora não tenha feito no caso concreto: *“Em casos como o presente, afastada a culpa exclusiva da vítima, que estava em sua residência, caberia ao ente federativo demonstrar alguma excludente de responsabilidade, para além do mero argumento da perícia inconclusiva. Caberia ao Estado, no específico contexto vertido nestes autos, trazer elementos que, em acréscimo ao aludido laudo, pudessem demonstrar o rompimento do nexo de causalidade, a exemplo de planejamento eficaz e controlado da operação e adoção de cautelas no sentido da estrita necessidade do uso de força letal, como ponderado na jurisprudência internacional precitada.” (p. 105)*

Uma **terceira interpretação** do risco administrativo, presente no **voto do Min. André Mendonça**, já **não admite a presunção**. *“Tendo como vetor principal a dignidade da pessoa humana, e os demais direitos fundamentais a serem concretizados, perfilho-me, ainda, ao entendimento de que a presença das forças de segurança pública é mais desejável do que a sua omissão, não havendo razão para que o Poder Judiciário, nesse ensejo, fomente a sua inércia”* (p. 49)

Toma, inclusive, a posição ampliada sobre o Risco Administrativa como uma indevida adoção do risco integral: *“Ao invés de descrever a formação do liame, o autor presume a existência do nexo causal, atinente à causação do alveijamento (que é dano) por força da atividade administrativa (que seria a conduta). Ao tomar a atividade administrativa como causa infalível para a ocorrência do dano, o autor torna o nexo de causalidade como premissa, igualmente, inafastável.”* (p. 51) *“Reputo de suma importância a compreensão de que o liame de causalidade está à mercê da realidade empírica, somente identificado caso a caso, de modo que a abstrativização tal qual proposta, com todas as vênias, tornaria presuntiva a existência de um elemento fático que ligasse a ação estatal ao dano injusto. No limite, a prosperar tal linha, o elemento nexo de causalidade passaria a ser secundário, se não dispensável, o que não me parece estar de acordo com as balizas prevalentes da teoria da responsabilidade civil do Estado”* (p. 52)

Esse posicionamento, todavia, não impediu o reconhecimento da responsabilidade. Embora caiba à vítima a comprovação de que o disparo foi causado pela conduta dos agentes, é possível **exigir um diminuído standard probatório**, já que essa prova onera excessivamente a vítima do disparo. *“A proposta que faço, portanto, está em linha com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e permite a aplicação de critérios de responsabilização do Estado de maneira facilitada — sem, contudo, tomar a linha drástica da responsabilização automática.*

No que é pertinente à realização da perícia nesse tema de repercussão geral, vislumbro a possibilidade de o Estado se eximir da responsabilização quando demonstrar que, no caso concreto, apesar de todos os esforços técnicos, e em tempo razoável que não inviabilize a colheita de provas ou informações, a perícia invariavelmente seria não conclusiva.” (p. 59)

“Logo, não estaríamos de antemão a carrear o ônus probatório integralmente ao Estado, mas a esmaecer a dificuldade da prova do nexo causal em determinadas hipóteses, sem prejuízo de o Poder Judiciário, na casuística de novos processos, conceber os mais diversos standards” (p. 60)

Por fim, **numa quarta posição**, mais restrita, adotada no **voto do Min. Alexandre de Moraes**, o risco administrativo significa tão **somente a prescindibilidade da culpa**. Cabe à vítima comprovar que a lesão decorreu da conduta dos agentes, o que o levou a reconhecer que a **inconclusividade da perícia leva à não condenação do Estado**: *“O Estado deve se submeter à responsabilidade civil, que não necessita discutir se o Estado agiu com dolo ou culpa. Exatamente por isso o avanço da Constituição de 88 em estabelecer, no § 6º do art. 37, a responsabilidade objetiva, de forma que, desde que estejam presentes e*

	<p><i>configurados a ocorrência do dano, o nexa causal entre o evento danoso e a ação ou omissão do agente público, a oficialidade da conduta lesiva e - aqui, importantíssimo para o presente caso - a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil - força maior, caso fortuito ou comprovada culpa exclusiva da vítima -, desde que ocorram os requisitos e inexistam causas excludentes, é dever do Estado indenizar. O nexa causal é imprescindível como pressuposto da responsabilidade civil para fins de afirmação do dever de indenizar” (p. 76)</i></p> <p>Dessa forma: “Não vejo como a responsabilização do Estado, mesmo quando não comprovado o nexa causal direto e imediato, possa solucionar ou amenizar a dramática situação da segurança pública.” (p. 82)</p>
<p>Redução ao Absurdo / Razoabilidade</p>	<p>Pode-se perceber uma estrutura argumentativa de redução ao absurdo ou de apelo à razoabilidade em defesa das duas posições, isto é, favoráveis ao contrárias à responsabilização do Estado. No voto do Min. Gilmar Mendes, a preocupação com a o dever de proteção do Estado, conduz a um argumento que reduz ao absurdo a exigência de comprovação da causalidade pela vítima: “<i>Nesse contexto, é inequívoco que as operações das forças de segurança no Brasil, e especialmente no Estado do Rio de Janeiro, são desproporcionalmente letais e desacompanhadas de medidas aptas a assegurar a conformidade fática e jurídica da ação estatal. Essa é a premissa inafastável da questão controvertida neste processo: o Estado brasileiro, a propósito de conter atividades ilícitas, fere e mata diariamente seus cidadãos, especialmente em comunidades carentes. É disso que se trata. A definição da responsabilidade civil do Estado não pode ignorar esse cenário, sob pena de ressuscitar, por via transversa, o paradigma da irresponsabilidade estatal.</i>” (p. 112)</p> <p>Contudo, no voto do Min. Alexandre de Moraes, a mesma estrutura é utilizada para defender o equilíbrio de sua concepção e, ao mesmo tempo, reduzir ao absurdo uma posição que exige um, ao seu ver, excessivo padrão de atuação do Estado: “<i>É evidente que as operações policiais devem ser planejadas e estruturadas com rigor. Ocorre que as forças militares não têm como atuar na repressão do crime organizado sem adentrar nas comunidades, onde o imponderável estará sempre presente por mais bem estruturada que seja a missão.</i>” (p. 80) “<i>O Estado de Direito não pode permitir tortura; o Estado de Direito não pode permitir bala perdida; o Estado de Direito não pode permitir abuso de autoridade. É uma necessidade imperiosa equilibrar fiscalização, repúdio ao abuso de autoridade e punição dos maus policiais com a continuidade desse serviço essencial que é a segurança pública e proteção à toda sociedade. Mas isso não significa responsabilizar o Estado mesmo quando não comprovado que foi a conduta de seus agentes que resultou do evento danoso.</i>” (p. 82) “<i>Ao assim não entender, estaríamos adotando a tese da responsabilidade integral do Estado, a qual só é admitida nos casos de dano nuclear.</i>” (p. 83)</p>

Ficha de Análise - Caso 6 - RE 1212272		
* em razão de não tratar-se a questão principal do caso a responsabilidade estatal, a análise dos votos será apenas indicativa quanto a questão constitucional, trazendo nos achados os trechos em que discute-se a omissão do Estado.		
Estrutura do Acórdão	Conteúdo / Informação	Fundamentos
Informações do caso e ementa (p. 1-4)	Por unanimidade julgaram o recurso prejudicado, nos termos do voto do Min. Relator, Gilmar Mendes, embora tenha sido fixada a tese de repercussão geral.	
Relatório (p. 5-9)	Discutiu-se o direito à recusa de transfusão de sangue por paciente testemunha de Jeová, com a possibilidade de oferta de tratamento alternativo razoável no sistema público de saúde, com fundamento na liberdade religiosa. Confirmando a sentença de primeiro grau, Turma Recursal da Seção Judiciária de Alagoas manteve a obrigatoriedade do termo de consentimento de transfusão de sangue testemunha para submeter-se a procedimento cirúrgico.	
Esclarecimento (p. 10-2)	Questionamento do Min. Flávio Dino sobre algumas premissas fáticas.	
Observação (p. 13-5)	Observação do Min. Fux quanto a possibilidade de admissão de sociedade internacional sem sede no Brasil como <i>amicus curiae</i> .	
Esclarecimento (p. 16-9)	Resposta da advogada ao questionamento sobre uma premissa de fato feito pelo Min. Flávio Dino.	
Ata (p. 20-1)	Suspensão da sessão após leitura do relatório e sustentações orais.	
Voto do Min. Gilmar Mendes (p. 22-45)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Com fundamento na liberdade religiosa, citando lições doutrinárias e precedentes, defendeu-se a possibilidade de recusa da recusa.
Antecipação ao Voto do Min. Flávio Dino (p. 46-51)	Prejudicialidade do Recurso, com observações sobre a tese.	
Voto do Min. Flávio Dino (p. 52-74)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator. Fundamentos quanto às condicionantes do exercício do direito, especialmente nas hipóteses de emergência (sem manifestação do consentimento) e envolvendo crianças e adolescentes. Além disso, afirmou o dever do Estado de oferecer, nos limites do razoável e da disponibilidade orçamentária, tratamento alternativo.
Observação (p. 75-6)		
Antecipação ao Voto do Min. Zanin (p. 77-83)	Síntese da posição e dos argumentos. Defende a possibilidade de recusa, com direito ao tratamento alternativo, ressaltando o melhor interesse da criança em casos em que não é possível realizá-lo.	
Voto do Min. Zanin (p. 84-120)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator. Adicionou ainda a não incidência da autorização do art. 146, § 3º, do Código Penal, se o tratamento for contrário à vontade do paciente.

Debate (p. 121-29)	Discussão iniciada pelo Min. Fux sobre a consignação na tese a ressalva dos casos em que o paciente é criança ou adolescente.	
Esclarecimento (p. 130)	Esclarecimento sobre a possibilidade de tratamento fora do domicílio.	
Observação (p. 132-3)	Discussão sobre a tese de julgamento quanto a possibilidade de escolha dos pais quanto ao tratamento alternativo do menor.	
Antecipação ao Voto do Min. André Mendonça (p. 134-40)	Antecipação dos argumentos do voto	
Voto do Min. André Mendonça (p. 141-62)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator.
Ata (p. 163-4)	Suspensão do julgamento após os votos.	
Esclarecimento (p. 165)	Esclarecimento do Min. Dino para fazer constar a possibilidade de objeção de consciência do profissional da saúde.	
Voto do Min. Alexandre de Moraes (p. 167-246)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator.
Antecipação ao Voto do Min. Fachin (247-9)	Antecipou a concordância com o relator e alguns argumentos.	
Voto do Min. Fachin (250-75)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator.
Observação (p. 276-7)	Questão trazida pelo Min. Mendonça sobre a inexistência do dever de representação ao MP pelo médico nos casos de recusa legítima.	
Antecipação ao Voto do Min. Fux (278-82)	Antecipou a concordância com o relator e alguns argumentos.	
Voto-Vogal do Min. Fux (283-311)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator.
Antecipação ao Voto da Min.ª Cármen Lúcia (312-4)	Prejudicialidade do Recurso com exame da questão constitucional	Acompanhou o relator.
Observação (p. 315-6)	Parabenização do Min. Barroso pelo resultado do julgamento.	
Ata de Julgamento (p. 317-8)		
<u>Achados</u>		

<p>Dignidade Humana</p>	<p>De um lado, a Dignidade Humana é o fundamento que garante o direito à liberdade religiosa, dando força à manifestação consciente sobre a recusa do tratamento, e isso obriga o Estado a não intervir nesta escolha, protegida pelo âmbito de proteção do direito fundamental. Por outro, se o fundamento da responsabilidade do Estado é a violação do dever de agir, e este é inclusive obrigado a não agir, esta escolha também dá fundamento ao reconhecimento do fato exclusivo da vítima como hipótese de excludente de responsabilidade civil. Em diversos votos essa linha argumentativa foi adotada:</p> <p>Voto do Min. Gilmar Mendes: <i>“O Tribunal, apesar de ter estabelecido um âmbito de proteção amplo em relação ao direito à liberdade religiosa, evidentemente, acentuou que essa liberdade, conquanto garantida, possui limites inerentes ao sistema de direitos fundamentais. Assim, a liberdade religiosa, enquanto parte de bens e valores de índole fundamental, está submetida ao dever de tolerância, intrinsecamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana”</i> (p. 43) <i>“De igual sorte, adotados todos os mecanismos aceitos pelo paciente, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado ou do agente responsável em razão de danos sofridos pela ausência de transfusão de sangue”</i> (p. 45).</p> <p>Voto do Min. Flávio Dino: <i>“Demais disso, frise-se que o exercício da autodeterminação pelo paciente não pode refletir em eventual condenação do Poder Público a reparação decorrente do regular exercício de um direito (do paciente) ou do cumprimento de um dever assim definido a seus agentes. A liberdade religiosa exprimida na autonomia do paciente não pode gerar reflexos negativos à sociedade e ao interesse público primário, que, em última análise, seriam prejudicados em caso de eventual condenação de entes públicos ao pagamento de indenizações em decorrência de responsabilização civil, quando não havia outra escolha senão seguir as diretrizes de tratamento adequadas à fé professada pelo paciente”</i> (p. 72).</p>
--------------------------------	--