

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

JORGE IRAJÁ LOURO SODRÉ

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA DEVIDO ÀS OMISSÕES: ENTRE O MONARCA
IRRESPONSÁVEL E O ESTADO SEGURADOR UNIVERSAL - CRITÉRIOS OBJETIVOS
DE FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL**

Porto Alegre

2017

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO

JORGE IRAJÁ LOURO SODRÉ

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA DEVIDO A OMISSÕES:
ENTRE O MONARCA IRRESPONSÁVEL E O ESTADO SEGURADOR UNIVERSAL
– CRITÉRIOS OBJETIVOS DE FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL**

Porto Alegre

2017

JORGE IRAJÁ LOURO SODRÉ

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA DEVIDO A OMISSÕES:
ENTRE O MONARCA IRRESPONSÁVEL E O ESTADO SEGURADOR UNIVERSAL
– CRITÉRIOS OBJETIVOS DE FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre

2017

JORGE IRAJÁ LOURO SODRÉ

**DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA DEVIDO A OMISSÕES:**

**ENTRE O MONARCA IRRESPONSÁVEL E O ESTADO SEGURADOR UNIVERSAL
– CRITÉRIOS OBJETIVOS DE FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, defendida e aprovada em: Porto Alegre/RS, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto – PPGDPUCRS

Membro interno: Prof. Dr. Juarez Freitas – PPGD/PUCRS

Membro interno: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro – PPGD/PUCRS

Membro interno: Prof. Dr. Fabio Siebeneichler de Andrade – PPGD/PUCRS

Membro externo: Prof. Dr. Cláudio Ari Pinheiro de Mello – Escola de Direito/PUCRS

Membro externo: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis – PPGD/UNISC

*À minha mãe, Maria (em memória),
saudade que dói demais...*

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é resultado de muitas mãos que, direta ou indiretamente, permitiram-me construí-lo.

Agradeço a minha amada mãe, Maria Louro, cujo exemplo de dignidade e luta não me permite desistir da busca de sonhos.

Agradeço aos meus amores Andréa, minha esposa, e Tiago e Francisca, meus filhos e maiores conquistas.

Agradeço ao Professor Doutor Ricardo Aronne em memória, e ao Prisma, onde conheci uma nova lente de observação do direito.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Doutor Eugênio Facchini Neto, cuja orientação fora imprescindível na elaboração deste trabalho, desde sua origem, pois foi sua a ideia de se estudar critérios de delimitação da responsabilidade pública por omissão, até o resultado final, pois o sacrifiquei pedindo a leitura do texto por diversas vezes. Professor Facchini, se cheguei a um final foi porque o senhor iluminou meu caminho.

Agradeço aos bibliotecários da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Ao colega Sérgio Gillet pelo hercúleo trabalho de revisão do texto.

Aos professores do PPGD/PUCRS, o meu mais sincero agradecimento pelo conhecimento ofertado.

Por fim, ao PPGD/PUCRS e à CAPES pela concessão da bolsa parcial.

RESUMO

A responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública brasileira é informada por dispositivo legal que lhe atribui natureza objetiva, onde as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Contudo, desde aquela época, a doutrina e jurisprudência majoritária não admitem uma responsabilidade pública objetiva quando o dano ocorre por um comportamento negativo da Administração Pública. Sob o fundamento do artigo 15 do Código Civil de 1916, afirmam que a responsabilidade pública por omissão deve ser lida de forma subjetiva, mediante a teoria francesa da *faute de service*, cuja responsabilidade dá-se quando o serviço não funcionou, ou funcionou de forma deficiente, ou intempestivamente, admitindo-se inclusive a culpa anônima da Administração Pública. Não obstante, tendo em vista a manutenção constitucional da responsabilidade pública objetiva e a vigência do Código Civil de 2002, cuja regra de imputação da responsabilidade do Estado a diz objetiva, mediante análise hipotético-dedutiva da doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, percebeu-se que a resistência à objetivação da responsabilidade pública também ocorre, nos casos de omissões administrativas, por questões ideológicas e não teóricas, pois (i) a *faute de service*, inclusive na França, tem sua leitura objetivada, (ii) a jurisprudência nacional pesquisada, quando do julgamento de comportamentos estatais positivos danosos, motiva seus acórdãos no mau funcionamento do serviço público, sem dizer que está aplicando a teoria da *faute de service*, (iii) essa mesma jurisprudência, quando analisa as omissões administrativas, o faz mediante critérios objetivos, e (iv) a Constituição não faz qualquer distinção de fatores de atribuição da responsabilidade pública. Por essa razão, conclui-se que, melhor do que transplantar um instituto alienígena, é possível afirmar uma responsabilidade pública por omissões de forma objetiva, dando a prevalência imprescindível ao nexo causal, por intermédio da teoria da causalidade adequada, permitindo um juízo retrospectivo de probabilidade, sob as luzes dos princípios informadores da Administração Pública, em especial os da razoabilidade e eficiência, na concretização da boa administração pública, obrigação inerente aos poderes públicos de promover os direitos fundamentais das pessoas, fomentando sua dignidade de forma que as atuações administrativas harmonizem critérios de objetividade, imparcialidade, justiça e equidade, e que sejam prestadas em prazos

razoáveis, possibilitando o livre e solidário desenvolvimento de cada pessoa em sua sociedade. A razoabilidade exige a existência de determinada relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, conferindo a ligação do fim que se busca e do meio que se utiliza com o exame desta adequação de forma abstrata, geral e antecedente. A eficiência no oferecimento das utilidades concretas ao cidadão, na conjugação de equidade e eficiência do serviço público, mediante uma atuação concertada, fomentadora, negociada, na concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Administração Pública. Responsabilidade Civil. Omissão. Dignidade humana. Eficiência. Serviço público. Nexo de causalidade. Razoabilidade.

ABSTRACT

The non-contractual civil liability of the Brazilian Public Administration is informed by legal provision that attributes objective nature to it, where the legal people under domestic public law are civilly liable for the damages cause by their employees, as such, to third parties. However, since that time, doctrine and majority jurisprudence do not admit an objective public liability when the damage occurs due to a negative behavior of the Public Administration. Based on the article 15 of the Civil Code of 1916, they affirm that public liability for omission should be read subjectively, through the French theory of *faute de service*, whose responsibility is given when the service has not worked, or has functioned in a deficient way, or inopportunately, even admitting the anonymous fault of the Public Administration. Nevertheless, considering the constitutional maintenance of objective public liability and the validity of the Civil Code of 2002, whose rule of attribution of the liability of the State says it is objective, through a hypothetical-deductive analysis of national and foreign doctrine and jurisprudence, it was perceived that resistance to the objectification of public liability also occurs, in cases of administrative omissions, due to ideological and non-theoretical reasons, because (i) the *faute de service*, even in France, has its reading objectified, (ii) the investigated national jurisprudence, when judging damaging positive state behavior, motivates its judgments into the malfunctioning of the public service, not revealing that it is applying the theory of *faute de service*, (iii) this same jurisprudence, when analyzing administrative omissions, does it through objective criteria, and (iv) the Constitution does not make any distinction of factors of attribution of public liability. For this reason, it is concluded that rather than transplanting an alien institute, it is possible to assert a public liability for omissions in an objective way, giving the essential prevalence to the causal nexus, through the appropriate causality theory, allowing a retrospective judgment of probability, under the lights of the informative principles of Public Administration, especially those of reasonableness and efficiency, in the implementation of good public administration, the inherent obligation of the public authorities to promote the fundamental rights of people, fostering their dignity in a way that administrative actions harmonize criteria of objectivity, impartiality, justice and equity, which are provided within reasonable time, making possible the free and solidary development of each person in their society. Reasonableness requires the existence of a certain equivalence relation between the adopted measure and criteria

that dimensions it, connecting the searched purpose to the means to be used with the examination of this adequacy in abstract, general and antecedent way. The efficiency in offering the concrete utilities to the citizen, in the combination of equity and efficiency of the public service, through a concerted, encouraging and negotiated action in the realization of fundamental rights.

Keywords: Public Administration. Civil liability. Omission. Human dignity. Efficiency. Public service. Causality nexus. Reasonableness.

RÉSUMÉ

La responsabilité civile non contractuelle de l'Administration Publique brésilienne est informé par dispositif légal qui lui attribue caractère objectif, dans laquelle les personne morale de droit public interne sont civilement responsables pour les dommages que ses fonctionnaires, dans cette qualité, causent à tiers. Toutefois, depuis ce temps, la doctrine et la jurisprudence majoritaire n'admettent pas une responsabilité publique objective lorsque les dommages surviennent par le comportement négatif de l'Administration Publique. Sous l'article 15 du Code Civil de 1916, ils prétendent que la responsabilité publique par omission doit être lue de manière subjective, par la théorie française de la faute de service, dont la responsabilité est occasionnée quand le service n'a pas fonctionné ou a fonctionné de manière déficiente, ou intempestivement, en admettant même la culpabilité anonyme de l'Administration Publique. Néanmoins, en ayant vue du maintien constitutionnel de la responsabilité publique objective et de la validité du Code Civil de 2002, dont la règle d'imputation de la responsabilité de l'État lui dit objectif, par une analyse hypothétique-déductive de la doctrine et de la jurisprudence nationales et étrangers, il a été constaté que la résistance à l'objectivation de la responsabilité publique aussi occasionne, en cas d'omissions administratives, par questions idéologiques et non théoriques, parce que (I) la faute de service, même en France, a sa lecture objective, (II) la jurisprudence national recherché, lorsque le jugement des comportements étatique positifs nuisibles, motive ses jugements dans le dysfonctionnement du service public, sans dire qu'il applique la théorie de faute de service, (III) cette même jurisprudence, lors de l'analyse des omissions administratives, elle fait avec des critères objectifs, et (IV) la Constitution ne fait pas la distinction entre les facteurs d'attribution de la responsabilité publique. Pour cette raison, il est conclu que, mieux que la transplantation d'un institut étranger, il est possible d'affirmer une responsabilité publique pour les omissions d'une manière objective, en donnant la prévalence essentielle au lien de causalité, par la théorie de causalité appropriée, permettant une jugement rétrospectif de probabilité, sous la lumière des principes informateurs de l'Administration Publique, en particulier ceux du caractère raisonnable et de l'efficacité, dans la réalisation d'une bonne administration publique, obligation inhérente aux pouvoirs publics de promouvoir les droits fondamentaux de personnes, en favorisant leur dignité de telle sorte que les actions administratives harmonisent les critères d'objectivité, d'impartialité, de justice

et d'équité, et qui sont rendus dans un délai raisonnable, permettant le développement libre et solidaire de chaque personne dans sa société. Le caractère raisonnable exige l'existence d'une certaine relation d'équivalence entre la mesure adoptée et le critère qui l'échelle, en donnant le lien de la fin qui est demandée et les moyens qu'elle utilise avec l'examen de cette adéquation sous une forme abstraite, générale et antécédente. L'efficacité de l'offre de services publics concrets au citoyen, conjointement avec l'équité et l'efficacité de la fonction publique, par le biais de concertation, de promotion, de négociation, dans la réalisation des droits fondamentaux.

Mots-clés: Administration Publique. Responsabilité civile. Omission. Dignité humaine. Efficacité. Service public. Lien causal. Raisonabilité.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O ESTADO DA ARTE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA-CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PELAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS	22
1.1 Breve histórico da responsabilidade civil extracontratual da administração pública.....	26
1.2 A responsabilidade civil extracontratual da administração pública no Brasil	41
1.3 A dicotomia entre regimes para ações e omissões estatais no Brasil: o entendimento doutrinário e jurisprudencial	47
1.4 Responsabilidade subjetiva x objetiva: da culpa moral à socialização do dano.....	68
1.5 A natureza da <i>faute de service</i> : a culpa administrativa francesa.....	84
1.6. A <i>faute de service</i> na doutrina e jurisprudência da justiça federal brasileira	102
2 O DEVER CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL	110
2.1 A relação de administração no atual sistema constitucional brasileiro: o direito fundamental à boa administração pública	124
2.2 O conceito de serviço público na Constituição Federal brasileira	136
2.3 Uma Administração eficiente toma medidas razoáveis na busca do bem comum: os princípios da razoabilidade e da eficiência como balizadores da responsabilidade pública	151
2.4. A relevância do nexo causal na análise da responsabilidade civil extracontratual da Administração pública.	170
2.5. Da dogmática à pragmática: a análise de alguns casos.....	189
CONCLUSÃO	203
REFERÊNCIAS.....	208
ANEXOS – DECISÕES ABORDADAS NA TESE	231

INTRODUÇÃO

O Brasil vive um momento delicado em seu universo político. Desde o último pleito eleitoral para Presidente da República, houve a deposição, por impedimento, da presidente eleita, a cassação e prisão do então Chefe do Poder Legislativo brasileiro, e as denúncias contra o novo Presidente da República, não admitidas pelo Congresso Nacional.

Somado a isso, tanto o governo federal como os estaduais apresentam um déficit econômico que atinge inclusive direitos fundamentais sociais. No âmbito da União, seu orçamento para 2017 sofreu um contingenciamento de R\$ 42 bilhões de reais, correspondendo a um corte nas receitas dos Ministérios, como o do Meio Ambiente, de 51%.

Estados com economias antes pujantes, como Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, hoje não conseguem pagar em dia os vencimentos de seus agentes públicos. As dívidas estatais com precatórios, devido a postergação, são enormes, existindo, no ano de 2012, um acúmulo de R\$ 94,3 bilhões em precatórios devidos por Estados e Municípios¹.

Nesse espectro, ainda se vislumbram situações paradoxais referente a direitos fundamentais sociais. O direito à alimentação adequada é um dos exemplos, pois ao mesmo tempo em que mais de 7 milhões de pessoas convivem com a fome no Brasil², a cada cinco brasileiros, um está obeso³.

No tocante ao direito à moradia adequada, aponta-se um déficit nacional de 6,2 milhões de moradias⁴; contudo, ao mesmo tempo tem-se cerca de 5 milhões de unidades vazias⁵, o que levou a relatora especial da ONU para o direito moradia

¹ Disponível em <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/contas-publicas/realidade-brasileira/pagamento-de-precatorios-e-restos-a-pagar-sao-outros-problemas-para-estados-e-municipios.aspx>>. Acesso em: 17 out. 2017.

² “Mais de 7 milhões de pessoas passam fome no Brasil, diz IBGE”. Notícia disponível em <<http://www.msnoticias.com.br/editorias/geral-ms-noticias/mais-de-7-milhoes-de-pessoas-passam-fome-no-brasil-diz-ibge/72567/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³ “As razões da obesidade no Brasil.” Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39625621>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁴ Dados disponíveis em <<http://www.fiesp.com.br/noticias/levantamento-inedito-mostra-deficit-de-62-milhoes-de-moradias-no-brasil/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁵ Dados disponíveis em <<https://sintrajufe-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2588598/de-acordo-com-a-onu-imoveis-vazios-do-brasil-poderiam-acomodar-a-maioria-dos-sem-teto>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

adequada, Raquel Rolnik, a afirmar que o Brasil não tem um déficit de moradia, mas sim de cidade.

Tem-se um sistema prisional inchado, com a terceira população carcerária do mundo (711.463 presos), mas com um déficit de 354 mil vagas, gerando as superlotações já conhecidas⁶.

Na saúde, a má gestão de vagas de leitos, faz com que, em números globais, um Estado como o do Rio Grande do Sul atenda os parâmetros definidos pelo Ministério da Saúde, mas, na análise pontual, percebe-se a má distribuição, sobrecarregando o sistema público⁷.

Confirmando esse déficit de gestão, no dia 21 de novembro de 2017, o Banco Mundial lançou o Relatório “Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil”⁸, concluindo, por exemplo, a ausência de um olhar integrado sobre os programas sociais, onde a multiplicidade e a incoerência dos instrumentos aumentam os riscos dos gastos excessivos e incentivos perversos.

Dentro deste contexto surgiu a ideia do presente trabalho, como proposta do orientador, Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto, para se tratar da responsabilidade civil extracontratual do Estado por suas omissões administrativas, visto a divergência ainda assente na doutrina e jurisprudência.

Na sua ideia, a responsabilidade pública, mesmo nas omissões, é objetiva, existindo a necessidade de fixação de critérios objetivos para a delimitação dessa responsabilidade, o que ainda não é oferecido pela doutrina ou jurisprudência pátria.

Na tentativa de suprir este vazio, o primeiro passo foi a leitura de algumas obras atuais e a pesquisa nas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF – e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, percebendo-se que:

(i) a doutrina está dividida entre subjetivistas, que adotam a teoria francesa da *faute de service*, e objetivistas, cujo fundamento era o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal brasileira; e

⁶ Dados coletados no projeto “Cidadania nos presídios”, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁷ Relatório de levantamento de subsídios para a elaboração do relatório sistêmico da Saúde no Rio Grande do Sul. TC 021.049/2013-0, Tribunal de Contas da União. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/acord/20131017/ac_2791_40_13_p.doc>. Acesso em: 01 nov. 2017.

⁸ Disponível em <<http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2017/11/21/brazil-new-world-bank-report-analyzes-efficiency-equality-public-expenditure>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

(ii) a posição majoritária atual do STF é objetivista; já a posição do STJ permanece subjetivista.

Mediante essas observações iniciais, formulou-se o problema principal a ser respondido no trabalho: qual o regime de responsabilidade deve ser aplicado às omissões administrativas brasileiras geradoras de danos a terceiros?

As hipóteses eram (i) a de que o sistema jurídico brasileiro contém um regime objetivo de responsabilidade civil extracontratual da administração pública quando de omissões; ou (ii) quanto às omissões administrativas, somente é possível imputar uma responsabilidade subjetiva ao Estado.

Para melhor compreensão da dicotomia, buscou-se entender o estado da arte sobre a responsabilidade civil do Estado brasileiro, sendo necessária uma pesquisa no instituto da responsabilidade civil desde sua origem até a incidência nas atividades estatais, acompanhando sua evolução histórica.

A noção de responsabilidade civil pelos danos causados a bens jurídicos de terceiros não é recente, partindo-se de uma ideia vinculada à vingança privada, chegando hoje à coletivização desses danos, mediante fixação de seguros, admitindo-se inclusive presunções de causalidade e responsabilidades sem nexos causais.

A responsabilidade civil permaneceu atrelada à penal até a modernidade, cujo fundamento teórico era a responsabilidade subjetiva ou culposa. A inclusão da culpa na responsabilidade civil significou uma evolução do instituto, pois mesmo se afirmando que todo indivíduo era garante de suas ações, somente seria responsável se praticou um procedimento repreensível.

Não obstante, pela vagueza da noção de culpa, acrescida das consequências da revolução industrial, que trouxe inovação tecnológica acompanhada de novas situações geradoras de dano, começam questionamentos quanto à necessidade desse elemento subjetivo para a constituição da responsabilidade.

A doutrina, resistindo à admissão de uma nova teoria, especialmente objetiva, representando um retrocesso evolutivo da responsabilidade, utilizou de métodos e procedimentos, como o estabelecimento ou reconhecimento de presunções de culpa; substituição, por vezes, da noção de culpa pelo conceito de risco; e até a extensão da responsabilidade contratual, eliminando a responsabilidade delitual.

Contudo, os fatos da vida exigiram a adoção de uma nova teoria, deixando a lei a liberdade cada indivíduo por seus atos, proibindo aqueles que se conhecem como

causadores direto de dano, impondo àqueles que tomam o risco a seu encargo a obrigação de ressarcir danos porventura ocorrentes, não importando a coexistência da culpa.

Quanto ao Estado, foi na afirmação do Estado de Direito, dentro da premissa de que todos estavam submetidos à lei, o momento de sua responsabilização pelos danos causados a terceiros devido a comportamentos estatais, materiais ou jurídicos.

Assim, partiu-se de um Estado irresponsável, atravessando um estágio de responsabilidade sob fontes de direito privado, chegando-se a uma publicização da responsabilidade, mediante institutos e princípios próprios de direito público.

Essa mudança da responsabilidade pública está vinculada à transformação da própria noção de Estado e do Direito Administrativo. Após a revolução francesa, ainda se teve um direito administrativo autoritário, essencialmente exorbitante, sendo a legalidade administrativa procedente do Estado liberal de direito guia norte da atuação administrativa.

A revolução industrial, com o cercamento dos campos, empurrou uma grande massa humana para as cidades, gerando uma enorme oferta de mão-de-obra, permitindo aos industriários manter seus empregados, em especial crianças e mulheres, em uma condição quase análoga a escravo, levando os trabalhadores a se insurgirem, reivindicando novos direitos em prol do operariado.

Na conquista desses direitos, competiu ao Estado o planejamento e a execução das políticas públicas para assegurá-los, assumindo uma posição ativa no reconhecimento e afirmação desses direitos sociais: tem-se uma nova concepção de Estado, agora social de direito.

Não obstante, a participação social também apontou como elemento necessário para a implementação e avaliação dessas políticas públicas, passando a Constituição a possuir papel central no sistema jurídico, modificando a própria ideia da legalidade administrativa como principal fonte do Direito.

A Administração Pública comprometeu-se com a realização dos valores e objetivos constitucionais e seus postulados do Estado social e democrático de Direito, almejando a boa administração pública como direito fundamental.

O Direito Administrativo, fluindo da Constituição, aspira à realização efetiva do Estado social e democrático de direito, mediante uma gestão e administração equitativa, na busca da satisfação das necessidades coletivas em um marco de racionalidade e justiça.

Na esfera da administração pública brasileira, a responsabilidade civil extracontratual objetiva é norma constitucional desde 1946, quando, no artigo 194, definiu que as pessoas jurídicas de direito público interno seriam civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A Carta Constitucional de 1988, respeitando a tradição, disse, em seu artigo 37, § 6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A doutrina e jurisprudência também seguiram firme na unicidade de pensamento quanto à natureza objetiva da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, referente às suas ações; contudo, fragmentou-se quanto à natureza dessa responsabilidade nos casos de omissões.

Essa resistência em se aceitar a responsabilidade civil nas omissões administrativas já se percebia em AMARO CAVALCANTI, adepto da teoria objetivista para os comportamentos estatais positivos, mas subjetivista, para os omissivos, exigindo a adoção de um critério distinto para a averiguação da responsabilidade estatal, respondendo o Estado somente quando a omissão fosse proposital.

BANDEIRA DE MELLO, cuja doutrina foi a adotada pelos doutrinadores subjetivistas atuais, também disse que a responsabilidade do Estado por omissão somente poderia ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, assentada assim sobre a teoria francesa da *faute de service*.

Ora, sabendo-se do estágio da responsabilidade civil no direito privado, onde cada vez se mais admite-se inclusive presunções do nexo causal, ou até responsabilidade sem nexo causal, em salvaguarda do direito das vítimas, valorando-se ao máximo a injustiça do dano, por que não se admitir uma responsabilidade objetiva estatal também nas omissões administrativas, especialmente quando não se percebe exigência de culpa no dispositivo constitucional da responsabilidade civil do Estado?

Ademais, se um dos fundamentos dessa dicotomia era a vigência do artigo 15 do Código Civil brasileiro de 1916, sua revogação pelo artigo 43 do novo Código Civil brasileiro que praticamente repetiu o dispositivo do artigo 37, § 6º, da Constituição

Federal, não é motivo suficiente à adoção da responsabilidade objetiva também nas omissões administrativas?

Esta resistência ao rompimento do cordão umbilical entre responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública e a culpa não é apenas brasileira. A análise inicial sobre a real formatação dos sistemas de responsabilidade civil extracontratual das Administrações Públicas alienígenas estudadas no trabalho, como a do Uruguai e da Colômbia, permitiu afirmar que:

(i) Naqueles onde a responsabilidade estatal fora tratada em sede constitucional, a ausência de descrição do elemento subjetivo nos textos não fora suficiente para afastar a responsabilidade subjetiva; e

(ii) Mesmo na Espanha, onde houve uma guinada de 180º na responsabilidade estatal, da ausência de responsabilidade para a objetiva, parte da doutrina reclama fortemente a reinserção da culpa, arguindo a transformação do Estado em um segurador universal.

Segundo BROUELLE, tratando-se de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, sempre houve uma prevalência da responsabilidade subjetiva⁹. Essa prevalência perdura, sem a necessidade de qualquer dispositivo legal a ressaltar a coexistência da culpa.

O sistema francês de responsabilidade estatal, construído de forma jurisprudencial, mantém a culpa como seu elemento central, ao delimitar a teoria do risco aos casos previstos por lei, ou a fatos jurídicos preestabelecidos pela jurisprudência do Conselho de Estado; conforme DUEZ, o sistema francês de responsabilidade pelo risco é complementar ao da *faute de service*¹⁰.

Na Constituição colombiana, seu artigo 90 diz que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”; na Constituição uruguaia de 1997, em seu artigo 24, tem-se que “El Estado [...] y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección.”

Nestes textos, não se percebe qualquer alteração semântica ou sintática entre essas e o texto da Constituição espanhola, onde, em seu artigo 106, 2., diz que “Los

⁹ BROUELLE, Camille. Le risque en Droit Administratif «classique» (fin du XIXe, milieu du XXe siècle). *RDSP*, 2008. p. 1513-1520.

¹⁰ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Éditions Dalloz, 2012. p. 58-59.

particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, o que fez sua doutrina e jurisprudência majoritária adotar a tese da responsabilidade objetiva.

Não obstante, a responsabilidade estatal prevalente nesses países é a subjetiva. Aliás, a Colômbia, vinculada ao conceito de dano antijurídico, tem delimitado a fonte de atribuição ao caso concreto topicamente, pois sua Suprema Corte entende que nem a Constituição, nem a jurisprudência colombiana estabeleceram um título único e excludente de imputação de responsabilidade.

No Brasil, tem-se uma certeza quanto à objetividade da responsabilidade estatal ao se tratar de danos gerados por condutas positivas; quanto às omissivas, tem-se uma miscelânea de ideias e fundamentos, especialmente na jurisprudência, onde a própria forma de redação de votos ou decisões confundem qual a fonte de atribuição da responsabilidade, se objetiva, ou subjetiva.

Assim, percebe-se uma difusão de conceitos e fundamentos jurídicos para fixação de responsabilidade da Administração Pública quando de omissões administrativas. Tem-se da responsabilidade subjetiva até a objetiva, sob as mesmas razões, denotando um objetivo claro de, primeiro, assegurar à vítima seu direito ressarcitório, para, em um segundo momento, desvelar a fonte dessa responsabilidade estatal.

Somente essa razão, permite aceitar as palavras de Di Pietro, quando trata da responsabilidade do Estado por omissão, ao se filiar a teoria subjetivista, ressaltando a ausência de interesse em se discutir qual a teoria adotada pela Constituição, visto que ambas gerarão um dever de indenizar ao Estado¹¹.

Mas será que a distinção realmente é tão pequena, ou se tem uma leitura induzida dos distintos institutos jurídicos, a fim de se chegar ao mesmo caminho, previamente escolhido? Se a diferença é tão pequena, por que se admitir presunções

¹¹ Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 801.

de culpa? Por que não se admitir que a dificuldade probatória pode ser eliminada ou reduzida com a aplicação da responsabilidade objetiva?

Aliás, de que culpa se está falando no estágio atual da doutrina e jurisprudência brasileira? A *faute de service* nada mais é do que a culpa civil com nome em francês para ser aplicada ao direito administrativo, ou se está tratando de um instituto imanente a este ramo do direito?

Na Espanha, autores, como PUIGPELAT, escrevem obras em oposição à objetivação da responsabilidade estatal, o qual seria convertido em segurador universal. Contudo, o sistema brasileiro destaca-se, pois exige uma responsabilidade subjetiva somente para as omissões administrativas.

Assim, sobre a responsabilidade estatal brasileira, percebeu-se:

(I) que existe uma divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de uma persistente culpa como requisito desta responsabilidade estatal quando das omissões administrativas; todavia,

(II) aqueles doutrinadores que adotam uma teoria subjetiva, em algum momento admitem uma responsabilização objetiva, seja pelo fato da coisa, ou pela posição de guardião do Estado, ou por ser uma omissão específica¹², ou pela omissão estatal não ser a única causa do dano; por essa razão; e

(III) outros afirmam que a utilização de qualquer uma das teorias não resultará em grande distinção.

Quanto a *faute de service* e sua natureza, da análise dos sistemas estrangeiros, percebeu-se também uma divergência, inclusive no seu País de origem, a França, onde a doutrina divide-se entre objetivistas e subjetivistas. Na Espanha e na Argentina, a *faute* é vista de forma objetiva; no Uruguai, subjetiva; em Portugal, como uma culpa objetivada.

Ora, afinal, quando se trata de omissão estatal geradora ou possibilitadora de um dano, analisamos a responsabilidade de forma objetiva, ou subjetiva? Quando falamos em culpa do serviço ou administrativa estamos vinculados a um regime

¹² PINTO faz um comentário interessante sobre essa divisão, ao analisar as correntes doutrinárias sobre omissões administrativas e suas manifestações na jurisprudência do STF, afirmando que a corrente que admite casos de responsabilidade objetiva e casos de subjetiva não tem sido adotada expressamente pela Suprema Corte, visto que “nos votos não se identifica uma preocupação com a sistematização da questão jurídica, mas apenas uma busca de solução para o caso concreto”. PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 176.

subjetivo de responsabilidade, ou a culpa do serviço é realmente a objetivação da culpa?

Existindo a divergência doutrinária, partiu-se para a análise jurisprudencial, retendo-se nos julgados do STF, STJ, e nos Tribunais Regionais Federais – TRFs, pois a justiça federal brasileira, mediante a Lei nº 5.010, de 30.5.1966, e competência delimitada pela Carta Constitucional de 1988, julga primordialmente as causas onde existem interesses, bens ou serviços de uma pessoa jurídica de direito público interno - a União federal.

Desta pesquisa, a prisão à culpa transparece nas decisões versando sobre comportamentos positivos da administração pública, onde, reconhecendo-se a responsabilidade objetiva do Estado, esta se deu devido ao mau funcionamento do serviço, que não funcionou, ou funcionou de forma deficiente, ou intempestivamente. Mas isso não é a *faute de service*? E esta não implica em uma responsabilidade subjetiva?

Tentando responder a esses questionamentos, inicia-se a primeira parte do trabalho fazendo uma releitura do instituto da responsabilidade civil estatal no tempo e suas mutações, desde uma visão geral, até o sistema jurídico brasileiro, encerrando com o estudo da dicotomia entre regimes para ações e omissões estatais no Brasil.

Neste caminhar, analisa-se a evolução da responsabilidade civil desde sua constituição com o elemento anímico culpa, até a objetivação desta responsabilidade e a resistência oferecida pela doutrina para admitir que a realidade social exigia uma leitura da responsabilidade sem a presença de culpa.

Fez-se também uma comparação entre sistemas jurídicos alienígenas. O Francês, pois origem da teoria da *faute de service*; o espanhol, pois exemplo de sistema jurídico que adotara a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Ainda, o colombiano, pois sua Constituição rompeu com a tradição administrativista francesa, usando como paradigma o sistema espanhol, o que, em verdade, não foi admitido pela jurisprudência do país, inclusive sua Suprema Corte. O sistema argentino e uruguaio, pela proximidade com o Brasil, bem como a adoção da mesma teoria, da *faute de service*, mas a considerando com naturezas distintas.

Ademais, instigado pelas palavras de Di Pietro quanto ao pouco interesse prático sobre o tema, visto que a diferença entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva, na modalidade culpa do serviço, encerrou-se a primeira parte com o estudo da teoria da *faute de service* na França, e sua natureza, o que ensejou uma análise

da evolução histórica de sua jurisdição administrativa e da construção jurisprudencial, pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos, da responsabilidade estatal.

A segunda parte inicia com a afirmação de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado brasileiro por danos causados por omissões administrativas é objetiva, prevalecendo o texto constitucional que nada distingue entre os comportamentos da Administração Pública.

Depois, apresenta o direito fundamental da boa administração, direito que impõe uma obrigação inerente aos poderes públicos de promover os direitos fundamentais das pessoas, fomentando sua dignidade de forma que as atuações administrativas harmonizem critérios de objetividade, imparcialidade, justiça e equidade e que sejam prestadas em prazos razoáveis, possibilitando o livre e solidário desenvolvimento de cada pessoa em sua sociedade.

Em seguida, propõe-se uma metodologia de análise da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por omissões administrativas de forma objetiva, mediante sua leitura nas lentes dos princípios da razoabilidade e da eficiência, ressaltando a importância do nexo causal para a fixação dessa responsabilidade.

No cabedal de doutrinas versando sobre o nexo causal, ressalta-se as teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da necessidade, acreditando na importância da previsibilidade, optando-se pela teoria que permite a análise das condições em abstrato, delimitando qual fora, não apenas necessária, mas adequada à concretização do dano, análise produzida prognose.

Ao final, tentando demonstrar a aplicabilidade dos critérios apontados no trabalho para a delimitação da responsabilidade pública por omissões, apresenta-se estudo de casos.

1 O ESTADO DA ARTE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA PELAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

O tema responsabilidade não é novo para a humanidade; de uma análise da história do homem e sua relação com os bens da vida, percebe-se o preço fixado a estes, onde uma lesão praticada por terceiros, desde o início, tinha por consequência uma responsabilidade, mesmo que vinculada apenas à vingança privada¹³.

A aferição desta responsabilidade era feita de forma objetiva, bastando a demonstração do nexo causal entre o dano e seu autor para a aplicação da vingança privada, sendo “a dor que governa de maneira soberana o sentimento jurídico do homem da natureza”¹⁴.

Em um segundo estágio, a intervenção do Estado na regulação dos limites dessa vingança, como o fez a lei de talião, foi o marco evolutivo. Aliás, extratos do Código de Ur-Nammu (cerca de 2040 antes de Cristo) e do Código de Hamurabi (cerca de 1694 antes de Cristo) demonstram a oficialização da vingança privada¹⁵¹⁶.

Após, a assunção da justiça pelo Estado, não apenas na regulação mas também na aplicação, conduziu a responsabilidade civil de uma mera limitação do desejo de vingança para uma composição tarifada, em especial quando já se tinha a compreensão de que é possível aplacar o ódio com a entrega de objetos ou pecúnia. Nesse sentido, dizia o item 9 da Tábua Sétima – dos delitos - que “Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses”¹⁷.

Contudo, importa ressaltar que a responsabilidade pelo dano, naquele momento, recaía inclusive sobre a pessoa do responsável; não por outra razão, a pena para aquele que fizesse o seu rebanho pastar em terreno alheio, sem autorização, era

¹³ “Era a reparação do mal pelo mal, no que se estava falando em pura vingança da vítima contra o ofensor pelo prejuízo ocasionado, sem que se cogitasse de qualquer noção sobre culpa ou ressarcimento, [...]” SOUZA, Wendell Lopes de. A perspectiva histórica da responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 11.

¹⁴ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 15.

¹⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013. p. 64-65.

¹⁶ GABURRI, Fernanda. Da insuficiência da noção de culpa e risco: da necessidade de um sistema geral objetivo de imputação da responsabilidade civil extracontratual. In: HIRONAKA, Gisele; FALAVIGNA, Maura Clara (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 77.

¹⁷ LEI da XII Tábuas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ser “fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo.”¹⁸, concepção alterada apenas com o advento da *lex poetelia papiria*¹⁹, aproximadamente em 326 a.c.

No direito romano, a *lex aquilia* impunha a noção de culpa como base na reparação por danos²⁰, sofrendo transformações substanciais no decorrer do tempo, alcançando, no período justiniano, sua máxima amplitude, “para dizer respeito a toda e qualquer espécie de dano extracontratual²¹.”

Na idade moderna, a exigência de um elemento anímico – dolo ou culpa – na constituição da responsabilidade estava atrelada à ideia de liberdade, concebida como marca indelével da pessoa humana.

Nos tempos atuais, chega-se a uma nova visão do direito da responsabilidade civil, não mais atrelada à pessoa do agressor, mas sim a da vítima e do dano injusto²² a si provocado.

Retoma-se uma concepção objetiva de responsabilidade, afastando-se do conceito de liberdade como direito absoluto, aderindo-se a um direito mais solidário. Assim, pode-se afirmar a coexistência entre o próprio existir do homem e uma concepção de responsabilidade por suas condutas positivas e negativas.

Em relação ao Estado e sua responsabilidade por danos a particulares, na idade média tinha-se o reconhecimento dos princípios da representação, sobre os

¹⁸ LEI da XII Tábuas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁹ Foi em 326 a.C., com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, que o *nexum* perdeu sua força executória, ou seja, ocorreu a supressão da *manus iniectio* e o credor não mais podia obrigar o devedor a trabalhar, ou mesmo castigá-lo. Em razão da falta de sanção pessoal, o próprio instituto do *nexum* caiu em desuso, e é por isso o direito romano o desconhecia em seu período clássico. SIMÃO, José Fernando. Notas sobre a responsabilidade no Direito Romano. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/notas-sobre-a-responsabilidade-no-direito-romano/9078>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

²⁰ A doutrina diverge sobre a veracidade dessa afirmação. Nas palavras de MELLO, “[...] se é certo que, para uma grande maioria, a *Lex Aquilia* tenha carreado um contingente de espiritualização para a obrigação de indenizar, ao estribá-lo no dolo ou na culpa, [...] não menos certo é, também, que, para muitos outros autores, tal assertiva careceria de maior cunho de veracidade, uma vez que, segundo eles, de culpa não se cogitava ainda aí, nesse diploma legal dos romanos, pelo menos no sentido subjetivo do vocábulo.” SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 17. // DIAS, seguindo o pensamento dos MAZEAUD, afirmará que a noção de culpa fora precária no direito romano. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 44.

²¹ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 18.

²² O dano injusto é figura central no estudo da responsabilidade civil do Estado atualidade: corresponde à junção da noção de dano com a de antijuridicidade objetiva, sob a ótica da equidade e da função social da responsabilidade civil. Trata-se do dano que não deve ser suportado pelo lesado ou, em outras palavras, é o dano a uma situação juridicamente protegida. Note-se que não há maior novidade no seu reconhecimento no contexto da responsabilidade civil do Estado. O que há de novo é a relevância que lhe é atribuída. PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 120-121.

quais se assentava a teoria do Estado²³; todavia, foi na concepção de Estado moderno como um ente de direito que resultou a sua responsabilidade geral²⁴.

Assim, a responsabilidade estatal é um dos pilares do Estado de direito²⁵, quando do início da idade contemporânea, dentro de uma revolução gerada em oposição a um determinado modo de Estado, definindo-se como direito da sociedade o pedido de prestação de contas a todo agente público pela sua administração²⁶.

Nesse sentido, a afirmação da responsabilidade como princípio geral de direito impõe-se pelo fato de o Estado e todos seus órgãos, funções e meios estarem ao serviço do bem comum, repelindo qualquer âmbito de irresponsabilidade, por menor e excepcional que seja, em salvaguarda do Estado de Direito²⁷.

Contudo, os limites dessa responsabilidade estão adstritos a um determinado tipo de sociedade, os fundamentos de construção do Estado, quais seus objetivos a serem alcançados, etc. Em suma, o que essa sociedade entende como os motivos de existência do próprio Estado²⁸.

Não por outras razões, dissera CAVALCANTI sobre uma persistência de continuidade de um Estado irresponsável²⁹:

É certo, que muito embora já consagrado o novo credo do *Estado de direito* (Rechtsstaat), não falta, todavia, quem ainda persista em sustentar, na prática das leis e da jurisprudência, que o Estado, *entre político ou soberano*, age em esfera superior ao próprio direito, e que, conseqüentemente, é irresponsável, se, como tal, violar os direitos individuais... Tanto pode, com efeito, a fôrça do dogma tradicional de *Estado-criador* do direito!

²³ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 376.

²⁴ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 371.

²⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 479.

²⁶ « Art 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Art 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

²⁷ DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad em el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho*. Disponível em <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/839/842>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 61.

²⁸ “A teoria da responsabilidade apresenta uma extrema importância: a possibilidade de os administrados obterem reparação dos danos imputáveis ao poder público é uma peça essencial do Estado liberal; para além do seu valor prático, toda a teoria da responsabilidade reflecte uma certa forma de civilização.” RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 305.

²⁹ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. XIII.

Como exemplo, pode-se distinguir entre os marcos iniciais de responsabilização do Estado na França, Inglaterra e Espanha. Enquanto na França, em 1873, o acórdão Blanco confirmará a responsabilidade da Administração Pública pela *faute de service*, na Inglaterra, somente em 1947, com o *Crown Proceeding Act*, se reconhecerá essa responsabilidade estatal; já na Espanha, até 1954 ter-se-á praticamente uma situação de irresponsabilidade da Administração Pública³⁰.

Também as fontes normativas de responsabilidade serão distintas. Na França, a responsabilidade estatal foi construída pela jurisprudência administrativa de seu Conselho de Estado; na Alemanha, essa responsabilidade está descrita no artigo 34 de sua Lei Fundamental, configurada pelo trabalho pretoriano³¹. No Reino Unido, quanto à responsabilidade da Coroa, “a fonte fora, curiosamente – atendendo à idiossincrasia de todo um edifício jurídico – de índole legal (“Crown Proceedings Act”).”³²

Essa distinção ainda poderá ser pela análise dos pressupostos da responsabilidade, pela forma de definição dos atos ensejadores dessa responsabilidade, pela jurisdição competente a analisar tal responsabilidade estatal.

O trabalho tem como objeto específico a análise de uma possível revalidação da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública brasileira, pelos danos causados por omissões, mediante uma responsabilização objetiva, adstrita à existência de dano e nexos causal; todavia, preliminarmente, há de se descrever a leitura atual sobre o tema.

Para isso, parece importante uma revisão da história da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, sobretudo a francesa, visto nossa

³⁰ RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In: QUADROS, Fausto (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 232.

³¹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en Alemania carece de un tratamiento jurídico unitario y sistemático²⁸, aunque de ella se sustentizan, claramente, la indemnización expropiatoria y la responsabilidad por riesgo, así como otras acciones de reparación que derivan de las relaciones contractuales o de obligaciones sujetas al Derecho Administrativo.” BERBEROFF AYUDA, Dmitry. ¿Una responsabilidad de la administración objetiva? perspectivas de derecho comparado y comunitario. In: ORTIZ BLASCO, Joaquín; MAHILLO GARCIA, Petra (Coord.). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015. Disponível em <http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Propuestas_reforma_responsabilidad.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 74.

³² RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In: QUADROS, Fausto (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 236.

vinculação àquela teoria^{33 34}. Nesta leitura, também se apreciará, de forma superficial, como outros Estados evoluíram no tema responsabilidade estatal.

Em um segundo momento, far-se-á uma análise na evolução da responsabilidade da Administração Pública brasileira desde a Constituição do Império até a presente data, observando a afirmação de uma responsabilidade estatal objetiva por atos comissivos desde 1946, sem olvidar de doutrinadores que já a admitiam antes.

Após, discutir-se-á a dicotomia ainda existente no País quando se trata de omissões administrativas, demonstrando, mediante a análise de doutrina e jurisprudência estrangeira, a especificidade dada por nossa doutrina e jurisprudência quando da aplicação da teoria francesa da *faute de service*, aplicando-a somente às omissões, inclusive a considerando, em alguns momentos, como uma responsabilidade objetiva, e, em outros, subjetiva.

Ao final, tentando delimitar o que é a *faute de service*, apresenta-se a responsabilidade subjetiva da objetiva, mediante uma análise histórica; após, estuda o instituto da *faute de service* na doutrina e jurisprudência francesa, na busca de delimitar a natureza dessa culpa, encerrando com a interpretação dada na justiça federal brasileira desta *faute de service*.

1.1 Breve histórico da responsabilidade civil extracontratual da administração pública

Como visto, distinto da esfera privada, onde sempre existiu uma ideia de responsabilidade civil extracontratual, mesmo que significando apenas vingança privada³⁵, na esfera pública parte-se (a) de uma irresponsabilidade estatal³⁶,

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladstone; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 394.

³⁴ Do direito administrativo francês, legamos a noção de serviço público, o conceito e a estruturação do contrato administrativo, a autoexecutoriedade dos atos administrativos e a teoria da responsabilidade da administração pública. AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr. 2015. p. 76.

³⁵ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 15.

³⁶ « Dans une continuité remarquable entre l’Ancien Régime, la Révolution et une grande partie du XIX^e siècle, la supériorité de l’État et la spécificité de ses missions, fondées sur l’intérêt général, avaient justifié une irresponsabilité quasi totale: [...] » GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 554.

seguindo-se (b) uma responsabilidade civil do Estado mediante institutos do direito civil, (c) adentrando-se a uma responsabilidade civil extracontratual publicista.

Assim, no quadro evolutivo, parte-se da irresponsabilidade do Monarca^{37 38} por seus atos e omissões pois, afinal, o criador das normas não poderia a elas estar submetido (*the king can do no wrong*), ideal vinculado a um pretensão poder divino dos reis absolutistas³⁹.

Afinal, a noção de soberania pode ser limitada, inclusive pelo direito do indivíduo, mediante a lei, expressão da vontade geral. Sendo o Estado quem cria o direito, não se pode admitir que possa ser responsabilizado, pois “quien crea el Derecho por acto de su voluntad soberana, no puede violarle.”⁴⁰.

Aliás, CAVALCANTI, tratando da limitação ao princípio da responsabilidade, ressaltou que, no Estado romano, “[...] parecia repugnante com os princípios do direito comum dominante que ao indivíduo coubesse '*jure próprio*' o poder de acionar o Estado[...]"⁴¹ em virtude de lesão a direito próprio.

A irresponsabilidade⁴² fora o axioma construído sobre o princípio da infalibilidade do monarca⁴³, competindo ao administrado a busca de tutela de seu

³⁷ “Secondo quanto emerge da un’attenta indagine, l’affermazione teorica dell’incapacità d’illecito dello Stato sarebbe da ricondurre alla nascita dei moderni Stati sovrani, inquanto solo da tale momento si porrebbero le premesse sia per il riconoscimento dello Stato come autonomo soggetto d’imputazione giuridica, sia per il radicarsi della concezione della illimitatezza e infallibilità del sovrano (assoluto), il cui carattere sacrale (*divine right of king*) sarà compiutamente teorizzato nel XVII esolo nell’ambito di una configurazione del principio monarchico come sola forma di governo legittimo.” CARRÀ, Matilde. L’affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee. In: SORACE, Domenico (Coord.). *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 37.

³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: 2004. v. 1. p. 116.

³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 301.

⁴⁰ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada, Carlos G. Posada e Ramón Jaén. Granada: Editorial Comares, 2007.

⁴¹ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 371.

⁴² CARRÀ, Matilde. L’affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee. In: SORACE, Domenico (Coord.). *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 34-37.

⁴³ Segundo RIVERO, “[...] a irresponsabilidade não abrangia nem os danos imputáveis à gestão do domínio privado, nem os causados pelas actividades locais, não soberanas.” RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 307.

direito violado apenas contra o funcionário público⁴⁴, isso quando vencidos os obstáculos administrativos de admissibilidade da referida pretensão^{45 46 47}.

Nem o advento do Estado moderno extirpou este princípio⁴⁸. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 17⁴⁹, trouxe a salvaguarda do patrimônio contra expropriações estatais.

Todavia, quanto à responsabilidade civil do Estado por danos não expropriatórios, manteve a irresponsabilidade, sub-rogando-se o Estado moderno no lugar então pertencente ao príncipe^{50 51}.

⁴⁴ SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

⁴⁵ MOREAU, Jacques. L'esperienza della Francia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 84-85.

⁴⁶ É bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma “garantia administrativa dos funcionários”. Instituída pelo art. 75 da Constituição do Ano VIII (de 13 de dezembro de 1799), estabelecia que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1020.

⁴⁷ Recorde-se que, com a Lei de 28 Pluviôse do ano VIII (17 de fevereiro de 1800) — dois meses após a criação do Conselho de Estado pela Constituição do ano VIII —, foram instituídos os *Conseils de Préfecture*, responsáveis pelo contencioso dos impostos diretos, das obras públicas e das empresas estatais — em seguida, em 1953, substituídos pelos *tribunaux administratifs*, tribunais administrativos de primeira instância com competência geral. A respeito das obras públicas, tratava-se, sobretudo, de ressarcir os danos causados, justamente, pelas obras executadas sob a supervisão dos engenheiros do Estado. A criação dos conselhos de prefeitura se deu menos de dez anos após a famosa Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a separação entre as autoridades administrativas e judiciárias, a qual impedia qualquer ação contra o Estado ou seus funcionários perante os tribunais, considerados, pelos revolucionários, como órgãos que se opunham à reforma. Tal proibição tornava impossível a aplicação dos princípios de responsabilidade civil aos funcionários do Estado. ZILLER, Jacques. Modelos de responsabilidade da Administração em alguns ordenamentos europeus. Tradução de Gabriel Perlingeiro. *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, a. 16, n. 86, jul./ago. 2014. p. 185.

⁴⁸ Por estranho que pareça, a morte do absolutismo, que deveria perfurar a cidadela da imunidade total, reforçou-a sob a inspiração do princípio da “separação dos poderes”, sob color de que a afirmação de uma responsabilidade da Administração importaria uma censura do judiciário ao procedimento do Executivo, e via de consequência em uma interferência de um Poder na atividade de outro Poder, uma vez que o Judiciário deveria estar adstrito ao conhecimento dos litígios entre particulares. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 174.

⁴⁹ « Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». DÉCLARATION des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Art 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

⁵⁰ ENTERRÍA, ao falar sobre o princípio *the king can do not wrong*, nos diz que “*La fuerza del principio no disminuyó, sino todo lo contrario, com el advenimiento del Estado moderno, em cuyos presupuestos teóricos encontré, incluso, nuevos alientos (Bodin: <<or la souveraineté n'est limitée, ni en pussinance ni en charge>>), que los teóricos del absolutismo, sobre la base del principes legibus solutus, no dudaror en realzar*. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. II. p. 357.

⁵¹ Como bem disse DUGUIT, “Si nos es permitido emplear expresiones poco francesas, pero muy caracterísitcas, diremos que los autores de la Declaración de los derechos eran muy estadistas,

Na luta pela manutenção de sua irresponsabilidade, o Estado impôs ao seu agente a responsabilidade pelos malfazer, visto que a sua representação não continha permissões para a prática de atos ilícitos; contudo, para que o Poder Judiciário pudesse julgar a devida causa, o Estado devia previamente autorizar o processamento de seu agente, autorização que não se conseguia⁵².

Não obstante, de forma paradoxal, foi o vazio criado pela não autorização de processamento dos agentes públicos, e consequentes danos injustos não indenizáveis, que ensejou uma nova visão do Estado como responsável por danos causados em seu nome⁵³.

Desta feita, conforme, RODRIGUES, na França, a referida autorização passou à competência do Conselho de Estado, o qual começou progressivamente a limitá-la aos casos de falta pessoal do agente⁵⁴.

Desta feita, com o primado do Estado de Direito, no sentido de que todos a ele estão submetidos, por volta da primeira metade do século XIX, o Estado - em especial, o francês^{55 56} - também era responsável pelos danos por si praticados⁵⁷.

pero eran todavía más propietaristas.” DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada, Carlos G. Posada e Ramón Jaén. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 120.

⁵² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. II. p. 357.

⁵³ Conforme CAVALCANTI, a ideia da responsabilidade civil do Estado pelos atos lesivos dos seus funcionários não é de invenção moderna, mas sim reconhecida por juristas medievais, mediante o reconhecimento dos princípios da representação. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 375-376.

⁵⁴ RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In: QUADROS, Fausto (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 145.

⁵⁵ Coube à França abrir o caminho na consagração do princípio da responsabilidade do Estado, por volta da primeira metade do século XIX, em admitidas ações propostas contra o Estado, por vítimas de danos causados pela Administração Pública, para obter a sua reparação de ordem patrimonial, uma vez recusada por ela a sua composição amigável. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 479

⁵⁶ La riorganizzazione del Conseil d'État e del Tribunal de conflits, operata dalla legge 24 maggio 1872, inoltre, rendendo la giurisdizione amministrativa indipendente dall'esecutivo, facilita il formarsi di un diritto amministrativo soprattutto in materia di responsabilità: grazie alla giurisprudenza del Conseil d'État essa assumerà sempre più i connotati di una responsabilità oggettiva per *faute de service* e per *risque exceptionnelle*. CARRÀ, Matilde. L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee. In: SORACE, Domenico (Coord.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 48.

⁵⁷ MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 733.

Contudo, o Estado somente era responsável quando o dano fosse gerado por seus atos de gestão⁵⁸, não de império⁵⁹, exigindo-se também a culpa ou dolo de seus agentes, aplicando-se as regras gerais do direito civil⁶⁰, passando-se a um segundo estágio dos fundamentos da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Conforme ARANGUREN, ao citar, o artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1879, a substituição da teoria do poder divino dos reis por uma relação de confiança entre governante e nação permitiu a responsabilização do Estado por seus atos⁶¹.

Os atos de gestão eram aqueles praticados pela administração pública em igualdade de condições para com os particulares, sem o amparo de prerrogativas e privilégios deferidas aos atos de império.

Os atos de império eram aqueles praticados sob a regência de um direito especial, exorbitante do direito comum, constituído de privilégios e prerrogativas, mas também sujeições legais à Administração Pública.

Esta segunda fase foi definida pela necessidade da culpa civil do agente emissor da vontade estatal, pois o Estado somente tinha responsabilidade devido a ato culposo praticado por representante ou mandatário seu, cuja ação ou omissão gerou um dano; houve uma remissão aos princípios da responsabilidade civil por fato de terceiros⁶².

A divisão dos atos como de império, ou de gestão sofreu contundentes críticas, pois deixou à jurisprudência o poder de determinação da qualidade de um ato administrativo e a possível responsabilização estatal, bem como impunha à vítima o ônus probatório de comprovação da culpa civil do agente público.

CAVALCANTI, ressaltando a resistência estatal em responder pelos danos praticados em seu nome, ao analisar a jurisprudência francesa sobre responsabilidade

⁵⁸ A influência do princípio da culpa e a permanência da soberania transcendente levaram os autores a admitir, como fórmula de compromisso, um direito de ressarcimento dos cidadãos em relação aos *actos de gestão*, os únicos enquadráveis nos esquemas da responsabilidade aquiliana. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 44.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 791-792.

⁶⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 479.

⁶¹ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 456-457.

⁶² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20

civil da administração pública, criticou esta divisão, pois os fundamentos das decisões da Corte de Cassação e do Conselho de Estado eram semelhantes⁶³. Dizia o autor⁶⁴:

[...] a tendência da jurisprudência francesa é, manifestamente, a de amparar os direitos individuais contra as lesões, cometidas pelos representantes ou funcionários do Estado. Mas de um lado, a preocupação tradicional dominante de que os atos administrativos *só podem ser apreciados pela autoridade administrativa*, o que leva a fazer distinções e subdistinções nos atos ou funções públicas, para evitar a interferência do poder judiciário, [...]

MASAGÃO também criticou esta classificação, pois impedia a indenização em casos que se percebia ser devida, bem como reduzia o alcance do sistema, ao exigir das vítimas a comprovação de culpa civil do administrador.

Para o autor, os atos de império eram uma contradição aos próprios postulados do Estado moderno⁶⁵, ou, conforme dissera DUEZ, “*l'agencement constitutionnel n'est guère favorable à une notion ample de l'acte de gouvernement.*”⁶⁶.

Não obstante, a teoria orgânica da administração pública afastou a necessidade de análise do agente emissor da ação, imputando à própria administração a execução do ato lesivo⁶⁷.

Todavia, ainda atrelado à necessidade da culpa, se construiu a noção de culpa anônima^{68 69}, cujo sustentáculo foi a teoria francesa da *faute de service*, bastando a comprovação de que o serviço não funcionou, ou funcionou tardiamente⁷⁰, ou

⁶³ Essa também é a posição de GORDILLO, ao dizer que “Y ello ha obligado en Francia a llegar a la conclusión de que la irrevisabilidad de tales actos no es más que un hecho: el hecho de que los tribunales se niegan a ejercer control jurisdiccional sobre un número de actos que por tal causa se designan “de gobierno”. Se ha abandonado la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una posible diferenciación pues la distinción es tan incierta y vaga que no distingue nada. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. *La defensa del usuario y del administrado*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. VIII-10.

⁶⁴ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 481.

⁶⁵ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 297.

⁶⁶ DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Librairie Sirey, 1935. p. 135.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 48.

⁶⁸ Não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individualizá-la, e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica. Prefigura-se a culpa no não funcionamento do serviço, se obrigatório, ou na sua má prestação, ou, então, na sua prestação retardada. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 482.

⁶⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45.

⁷⁰ Cornu afirma também que a obrigação de agir é um princípio próprio da administração, em busca do interesse geral, podendo daqui surgir dois fundamentos de responsabilidade: (1) por que o

funcionou de forma ineficiente, dando causa ao dano, para gerar a responsabilidade civil do Estado.

Aqui, adentrou-se a terceira fase de efetivação da responsabilidade estatal, conhecida como publicista, onde a Administração responderá, de forma objetiva, pelos danos infligidos aos particulares, pouco importando a existência da culpa de seus agentes, por um imperativo de justiça e de solidariedade social⁷¹.

CRETELLA JÚNIOR⁷² dividiu a fase publicista em três momentos, tendo-se a obrigação pública de indenizar em decorrência da “culpa administrativa”, de “acidente administrativo e em decorrência do risco, integral, ou administrativo, seguindo o pensamento de LESSA⁷³.

O autor, analisando o *arrêt* Anguet⁷⁴, pareceu afirmar que ocorre a culpa administrativa quando se apura a culpa também do funcionário, dizendo também que a obrigação de indenizar em decorrência de acidente administrativo surge como teoria necessária à responsabilidade da Administração Pública quando não se prova a culpa do funcionário⁷⁵.

Já MEIRELLES, ao afirmar a teoria da responsabilidade sem culpa como a única compatível à relação entre poder público e cidadãos, a dividiu em teoria da culpa administrativa, do risco integral e do risco administrativo⁷⁶.

Nessa terceira fase, o risco destaca-se em uma sociedade contemporânea, marcada por uma evolução tecnológica, cuja incerteza é ponto fulcral, surgindo princípios como o da prevenção, da precaução e do pagador poluidor, especialmente no direito ambiental.

serviço não funcionou; ou (2) funcionou tardiamente. CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 194.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 657.

⁷² CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 71-85.

⁷³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 165.

⁷⁴ No dia 03 de fevereiro de 1911, o Senhor Anguet vai até uma agência de correios, na França, quando esta é fechada minutos antes da hora regulamentar. Impedido de sair pela porta da frente, dirigiu-se para outra saída, nos fundos, como lhe indicaram, tendo de passar pelo interior do prédio. Percebendo-o nas dependências do edifício, dois carteiros, depois identificados, com ele discutiram, expulsando-o mediante violência física, causando-lhe a fratura de uma perna.

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 74-75.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 780-782.

A responsabilidade incide pelos riscos do desenvolvimento sobre o fabricante do bem ou prestador do serviço (risco proveito), ou daquela atividade naturalmente perigosa (risco criado), admitindo, a doutrina e jurisprudência, presunções do nexo causal, ou uma causalidade agravada.

Esta evolução tecnológica criadora de riscos sociais também acompanhou a atuação estatal na concretização dos direitos fundamentais, dando azo a uma nova concepção de responsabilidade civil patrimonial, de forma objetiva, calcada simplesmente no nexo de causalidade existente entre a conduta/omissão do estado e o dano injusto gerado^{77 78}.

Para DI PIETRO, essa responsabilidade surge de uma leitura do artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde benefícios e prejuízos sociais devem ser repartidos entre os integrantes da sociedade, buscando um equilíbrio nos encargos sociais⁷⁹, bem como do crescimento com a ampliação das atividades de risco praticadas pelo Estado⁸⁰.

Conforme MEDAUAR, a responsabilidade objetiva do Estado afirma-se no princípio da igualdade, onde aquele que causa um prejuízo deve repará-lo, bem como no princípio da solidariedade social, imputando a todos os componentes da sociedade o bônus e ônus gerado em seu seio⁸¹. Assim, a teoria do risco será uma resposta à complexidade da vida moderna, buscando uma maior proteção à pessoa da vítima⁸².

Desta feita, segundo a teoria do risco, sofrendo o administrado prejuízo em virtude de ato material proibido ou ato jurídico irregular praticado pelo ente público,

⁷⁷ BEDENDI, Luís Felipe Ferrari. Responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 446.

⁷⁸ Ao aproximar-se o final do século XIX, as ideias do princípio da igualdade e do risco, que tinham permanecido ocultas num mundo preocupado com o livre desenvolvimento do indivíduo e alheio à distribuição dos danos fortuitamente causados ou derivados de actividades isentas de culpa, passam a ganhar a atenção dos filósofos, sociólogos e juristas, concordantes no facto de o acréscimo incessante da possibilidade de causação de danos pelo Estado não poder ser satisfatoriamente resolvido nos limites dos quadros da responsabilidade subjectiva. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 56.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 793.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladstone; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 398.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 430-431.

⁸² MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 274-275.

comprovado o nexa causal entre o dano experimentado e o ato nocivo, ter-se-á a responsabilidade civil do Estado⁸³.

Todavia, a representação da responsabilidade civil estatal em fases não significará a substituição da responsabilidade por culpa pela responsabilidade objetiva.

Na verdade, tem-se a coexistência das formas de apurar a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dependendo do sistema jurídico nacional e de sua cultura quanto à relação Estado – sociedade, podendo-se muito bem admitir somente a responsabilidade se ocorrente a culpa, ou chegando-se à ideia de um Estado segurador universal, cuja responsabilidade pelo risco será integral.

Portugal, mediante a Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro – conhecida como Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (LRCEE) -, regulamentou a responsabilidade por danos produzidos pelo exercício das atividades administrativas, político-legislativas (artigo 15) e jurisdicionais (artigos 12 a 14), trazendo uma divisão de quando a responsabilidade é subjetiva, ou objetiva.

O capítulo II da referida lei tratou especificamente da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa, afirmando que o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício (artigo 7º, inciso I).

Ainda, inovando, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público serão responsáveis quando os danos não resultarem do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço⁸⁴.

Segundo a própria lei, o funcionamento anormal do serviço dá-se quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, for razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos (artigo 7º, itens 3 e 4).

Também no mesmo texto normativo, além da responsabilidade por culpa, mesmo que do serviço, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público

⁸³ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milano, 1950. v. 1. p. 272.

⁸⁴ MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 14.

respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos (artigo 11).

A exceção do referido artigo está quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

Distinta é a França, cuja criação de um regime de responsabilização da Administração resultou, na sua quase totalidade, do trabalho realizado pela jurisprudência⁸⁵ que, partindo, ainda no século retrasado, do Código Civil, logrou chegar à definição de sistema razoavelmente autônomo e avançado⁸⁶.

Ademais, o direito positivo francês permitiu, mediante uma combinação das regras de responsabilidade administrativa e da responsabilidade da pessoa do agente, a garantia dos legítimos interesses da vítima, na forma mais completa possível, e a responsabilização do funcionário que agira com culpa pessoal⁸⁷.

Referente aos atos ilícitos, embora não possua uma tipificação rígida, a construção do direito da responsabilidade mediante a análise de casos concretos (jurisprudencial), afasta a existência de uma solução inteiramente generalizante.

Quanto ao risco, partindo-se de uma tipificação restrita aos riscos por trabalhos públicos, é hoje possível assistir a um alargamento significativo com base na *faute de service*, cada vez mais objetivada, mas sempre com base no casuísmo⁸⁸, especialmente porque “la responsabilité pour faute reste l’hypothèse la plus fréquente mais la responsabilité sans faute a connu, particulièrement ces dernières années, un développement important.”⁸⁹.

⁸⁵ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 300.

⁸⁶ MOREAU, ao distinguir a responsabilidade civil da responsabilidade de direito civil, no sistema jurídico francês, bem demonstra essa autonomia administrativa, ao dizer que “la responsabilité civile dell’Amministrazione obbedisce a una disciplina sostanziale originale (che per l’essenziale, è stata dettata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, e che diferisce dai principi posti dal codice civile); [...] MOREAU, Jacques. L’esperienza della Francia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 76.

⁸⁷ MOREAU, Jacques. L’esperienza della Francia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 89.

⁸⁸ RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In: QUADROS, Fausto (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 248-253.

⁸⁹ DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 559.

A Espanha evoluiu, saindo de um Estado irresponsável até o início da década de 50⁹⁰, para um sistema de responsabilidade objetiva global⁹¹, cuja quebra é a *Ley de Expropiación Forzosa* de 1954⁹², ao dizer que toda lesão sofrida por particulares em consequência do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos será indenizável⁹³, coexistindo, nas palavras de FALLA, várias causas de responsabilidade patrimonial⁹⁴. Conforme ENTERRÍA⁹⁵:

El fundamento del sistema, su principio inspirador es, ahora otro: la protección y garantía del patrimonio de la víctima, que es lo que la cláusula general pretende, ante todo, preservar frente a todo daño no buscado, no querido, ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa.

Novas leis trataram da responsabilidade patrimonial da administração pública espanhola, como a do *Regímen Jurídico de la Administración del Estado* (LRJAE) de 1957, a do *Regímen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Ley n. 30/1992)⁹⁶, sempre assentadas sobre a

⁹⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: IbdeF, 2012. (Serie Europa-América). p. 10.

⁹¹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. II. p. 368.

⁹² LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos*. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 10.

⁹³ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa. Artículo ciento veintiuno. 1. *Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo*. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15431> > Consulta em 06.12.2016.

⁹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLES, Herminio. *Tratado de derecho administrativo: parte general: conclusión*. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012. v. II. p. 359.

⁹⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. II. p. 373.

⁹⁶ MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer e hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública – AFDUAM*, Buenos Aires, n. 4, 2000. p. 295.

responsabilidade global, cujo fundamento é a própria Constituição espanhola de 1978, em seus artigos 9.3⁹⁷, 149.1.18⁹⁸ e, especialmente, o artigo 106.2⁹⁹.

Hoje, a *Ley n. 40/2015*, de 01.10.2015, do *Regímen Jurídico del Sector Público*, reformou a regulação da responsabilidade patrimonial do Estado legislador, geradora das lesões sofridas pelo particular devido a leis declaradas inconstitucionais ou contrárias ao direito da União europeia, mas manteve a base de responsabilidade global da Administração Pública¹⁰⁰.

Já a responsabilidade estatal italiana é marcada pela discrepância entre sua responsabilidade e àquela cuja submissão estão os particulares¹⁰¹, mesmo que a fonte seja a mesma: o direito civil.

Segundo o artigo 28 da Constituição italiana de 1948, os funcionários públicos são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos realizados em violação a direito, estendendo-se, nestes casos, a responsabilidade ao Estado¹⁰².

⁹⁷ *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&fin=9&tipo=2> Consulta em 06.12.2016.

⁹⁸ *Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.* Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=143&fin=158&tipo=2> Consulta em 06.12.2016.

⁹⁹ *Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.* Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=97&fin=107&tipo=2> Consulta em 06.12.2016.

¹⁰⁰ Artículo 32. *Principios de la responsabilidad. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.* Disponível em <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf> > Consulta em 06.12.2016.

¹⁰¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, sept./dec. 2001. p. 473.

¹⁰² CORPACI, Alfredo. L'esperienza dell'Italia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 468.

A responsabilidade estatal extracontratual italiana tem base especialmente nos artigos 2.043 e 2.059, do Código Civil italiano de 1942¹⁰³, com a permanência do elemento subjetivo culpa, admitindo apenas como excepcionalidade a responsabilidade objetiva¹⁰⁴.

Além disso, a própria jurisprudência italiana tem negado a aplicação de determinadas regras de responsabilização extracontratual de direito privado à administração pública, criando-lhe privilégios e imunidades no escopo de assegurar o exercício de seus poderes discricionários¹⁰⁵.

Também nos países da América do Sul tem-se distinção do tratamento da responsabilidade civil estatal. Na Argentina, onde a doutrina da irresponsabilidade civil extracontratual da Administração Pública imperou até aproximadamente 1930¹⁰⁶, o direito público, ante a incompatibilidade do direito privado, afastou-se do critério da culpa como fator de atribuição de responsabilidade, assumindo uma responsabilidade direta e objetiva¹⁰⁷.

Segundo CASSAGNE, esta incompatibilidade conduziu ao estabelecimento de uma responsabilidade direta e objetiva, sob dois fatores de atribuição: (i) a *faute de service* francesa, o funcionamento anormal do serviço público espanhol e o descumprimento irregular dos deveres e obrigações dos agentes públicos, no direito argentino; e (ii) o sacrificio especial provocado por um ato legítimo ou derivado do normal funcionamento do serviço¹⁰⁸.

¹⁰³ RODRIGUES, Luís Roberto. Da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. Org. Fausto de Quadros, Coimbra: Almedina, 2004, p. 236.

¹⁰⁴ CLARICH, Marcello. La responsabilit  civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 2, n. II, abr./jun. 1989. p. 1096.

¹⁰⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, sept./dec. 2001. p. 476.

¹⁰⁶ BOTASSI, Carlos. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino. *Revista de la Facultad de Derecho – Derecho PUCP*, n. 67, 2011. p. 471.

¹⁰⁷ Também esse   pensamento de GORDILHO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 2. p. 08-10.

¹⁰⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_administracion.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 6. Também, ELIADES, Analía. *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas*. 2013. Disponível em <<http://www.saij.gob.ar/analia-eliades-responsabilidad-estado-prospectiva-perspectiva-clasico-instituto-juridico-atraviesa-nuestras-vidas-dacf130084-2013-05-06/123456789-0abc-defg4800-31fcanirtcod>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 02.

A partir de 2014, conforme firmado pela jurisprudência e doutrina¹⁰⁹, a responsabilidade do Estado argentino pelos danos que sua atividade ou inatividade produzirem aos bens ou direitos de terceiros regula-se pela Ley 26.944, de 07.8.2014¹¹⁰, onde, em seu artigo 1º, afirmou que “La responsabilidad del Estado es objetiva y directa”, não sendo aplicáveis as disposições do Código Civil¹¹¹

Na Colômbia, sua Constituição Federal de 1991, no artigo 90, afirmou uma responsabilidade estatal direta e objetiva¹¹², espelhando-se na doutrina administrativista espanhola, ao dizer que o Estado responderá patrimonialmente pelos danos antijurídicos que lhes sejam imputáveis, causados pela ação ou omissão das autoridades públicas, erigindo-se o conceito de dano antijurídico¹¹³ como pilar da responsabilidade estatal.

Contudo, a doutrina e jurisprudência irão dispor de forma contrária a essa responsabilidade objetiva, considerando o próprio Conselho de Estado que a responsabilidade extracontratual da Administração Pública colombiana continua, em regra, sendo subjetiva, permanecendo a *falla del servicio* como título jurídico de

¹⁰⁹ GORDILHO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 2. p. 27; ABERASTURY, Pedro. *La nueva ley de responsabilidad del Estado – 26.944*. Buenos Aires, [2014?]. Disponível em: <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 2.; PERRINO, Pablo Esteban. La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. In: *EL DERECHO – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 13.698, 31 mar. 2015. p. 3; CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones sobre los factores de atribucion en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administracion .pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_Administracion_.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 6. Também, ELIADES, Analía. *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas*. 2013. Disponível em <<http://www.saij.gob.ar/analía-eliades-responsabilidad-estado-prospectiva-perspectiva-clasico-instituto-juridico-atraviesa-nuestras-vidas-dacf130084-2013-05-06/123456789-0abc-defg4800-31fcanirtcod>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 02.

¹¹⁰ Autores argentinos, como ABERASTURY, Pedro. *La nueva ley de responsabilidad del Estado – 26.944*. Buenos Aires, [2014?]. Disponível em: <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 1.; e PERRINO, Pablo Esteban. La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. In: *EL DERECHO – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 13.698, 31 mar. 2015. p. 2. criticam a referida lei por considerá-la uma retrocesso na posição jurisprudencial já firmada pela Corte Suprema argentina.

¹¹¹ Ley 26.944. Responsabilidad estatal. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=233216> > Consulta em 13.4.2017.

¹¹² MOTTA CASTAÑO, Deissy; BARACALDO AMAYA, Diego. *Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. Facultad de Derecho. Fondo de Publicaciones, 2010. p. 14.

¹¹³ El daño antijurídico é el perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasiona obre él mismo con toda licitud. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Editorial Civitas, 1984. p. 176.

imputação de responsabilidade, conforme sentença emitida em 13.7.1993, no expediente 8163¹¹⁴.

Também a Suprema Corte colombiana compreendeu o artigo 90 da sua Carta Constitucional como a constitucionalização de uma cláusula geral de responsabilidade do Estado, onde o conceito de “dano antijurídico” traz como eixo central a proteção dos particulares frente aos danos causados por ações ou omissões estatais, ficando em segundo plano os fundamentos da atribuição de responsabilidade, se objetiva, ou subjetiva¹¹⁵.

Essa ideia continua atual, mesmo com a adoção da teoria da imputação objetiva na análise do nexo causal, como se percebe na apelação nº 54001-23-31-000-1999-01081-02, julgada em 07.9.2015, pela Subseção C, da Sessão Terceira, da Sala do Contencioso Administrativo, do Conselho de Estado colombiano¹¹⁶, onde, em seu item 5.11, se disse que:

5.11.- Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶³, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁴, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatóricamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas;

¹¹⁴ Existe la tentación inicial de interpretar al art. 90 de la C.P. / 91 como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, tratándose de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable. Quizás sea esta característica la que ha inclinado a pensar que ha ocurrido un tránsito, por imperio constitucional de una responsabilidad de tipo subjetivo a otro objetivo. COLÔMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia n. 8163, de 13 de Julio de 1993*. Disponível em: <<http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/557534415>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

¹¹⁵ COLÔMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia n. 8163, de 13 de Julio de 1993*. Disponível em: <<http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/557534415>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

¹¹⁶ COLÔMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia n. 54001-23-31-000-1999-01081-02*. Disponível em: <<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/54001233100019990108102.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017. p. 18.

o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera (...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación.

Na República Oriental do Uruguai, sua Constituição de 1997 prescreve, em seu artigo 24, que o Estado será civilmente responsável pelos danos causados a terceiros na execução de serviços públicos, confiados a sua gestão ou direção¹¹⁷, coexistindo divergência entre a maior parte da doutrina, que compreende essa responsabilidade como objetiva¹¹⁸, e a jurisprudência, orientada a favor do critério subjetivo^{119 120}.

No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil extracontratual da administração pública também perpassará da irresponsabilidade estatal à responsabilidade objetiva.

1.2 A responsabilidade civil extracontratual da administração pública no Brasil

No Brasil, a doutrina diverge se, em algum momento, a teoria da irresponsabilidade estatal vigeu. Para COUTO E SILVA, no Brasil colônia se teve um Estado plenamente irresponsável, situação modificada com a independência¹²¹.

¹¹⁷ Artículo 24. El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección. Disponível em <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm> > Consulta em 06.3.2017.

¹¹⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actividad administrativa lícita*. Disponível em: <<http://claeu.edu.uy/derecho2/images/stories/BOLETIN/RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL%20EXTRACONTRACTUAL%20DEL%20ESTADO%2020.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹¹⁹ DELPIAZZO, Carlos E. Despliegue del principio de responsabilidad em el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Derecho Público*, a. 24, n. 47, jul. 2015. p. 38-39.

¹²⁰ URUGUAI. Tribunal de Apelaciones Civil. *Sentencia n. 292/2011*. Disponível em: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=142607>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

¹²¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 151. Parece que DI PIETRO concorda com COUTO E SILVA, ao dizer que, “Embora se negue que o Brasil tenha acolhido a teoria da irresponsabilidade do Estado, o fato é que as Constituições de 1824 e

Já para CAVALCANTI, no Brasil nunca prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos de seus agentes, a parte da inexistência de regramento, pois “a teoria aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio.”¹²²

RUY BARBOSA também afirmou essa ideia, dizendo¹²³:

Na jurisprudência brasileira nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos de seus empregados. Apesar de profundamente repassada na influência do direito romano, a nossa evolução jurídica, modificada pelo concurso dos elementos liberais que intervieram sempre na educação do pensamento nacional, não deixou penetrar no espírito dos nossos tribunais essa revivescência democrática dos privilégios regalistas.

Mais do que divergência, tem-se uma distinção do momento histórico analisado; sem dúvida, no Brasil colônia a irresponsabilidade régia é a nota da própria natureza do sistema de governo à época, não se repetindo pós-declaração da independência.

A Constituição de 1824¹²⁴ adotou e a de 1891¹²⁵ repetiu a tese de imputação de responsabilidade exclusiva ao empregado público pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções¹²⁶, o que não significou a irresponsabilidade estatal. Teve-se, em verdade, uma concepção de solidariedade entre o ente estatal e

1891 não previam a responsabilidade do Estado, mas apenas a do funcionário, que respondia por prejuízos causados a terceiros em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladstone; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 399.

¹²² CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 611. No mesmo sentido, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 325.

¹²³ BARBOSA, Ruy. *A culpa civil das administrações públicas*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1898. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242382>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 53.

¹²⁴ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XXIX. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos.

¹²⁵ Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

¹²⁶ Não obstante, tal preceito estava contido nos direitos políticos fundamentais, considerando, Pimenta Bueno, em sua obra, *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Rio: Ministério da Justiça, 1958, p 428, como uma garantia básica do cidadão.

o agente público¹²⁷, construída mediante textos legislativos esparsos e a jurisprudência¹²⁸.

Como exemplo, cita-se o Código Penal promulgado no alvorecer da República, Decreto nº 847, de 11.10.1890, atribuindo ao Estado a responsabilidade direta pelos danos decorrentes de erros judiciários reconhecidos em sentença de reabilitação¹²⁹.

Também, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ao completar a organização da Justiça Federal da República, definiu como competência dos juízes e tribunais federais o processamento e julgamento das causas fundadas em lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União¹³⁰.

Ainda, essas situações de responsabilidade estatal ocorreram quanto à administração individual ou coletiva de uma estrada de ferro (Dec. 1930, de 26.4.1857), na colocação de linhas de telégrafo, no serviço especial dos correios, em matéria de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, no serviço aduaneiro, levando CAVALCANTI a afirmar que¹³¹:

Conforme se verifica das últimas disposições citadas, o princípio da *responsabilidade civil* se acha admitido contra os atos do poder público nos termos mais expressos. Só resta fazê-lo aplicar às espécies análogas. Se o princípio é verdadeiro com relação à administração dos serviços municipais e da saúde pública, êle deve sê-lo igualmente com relação aos demais serviços públicos, em que se der a lesão dos direitos individuais: “*Ubi eadem ratio, ibem idem jus*”.

Foi o Código Civil de 1916, em seu artigo 15¹³², o introdutor de uma responsabilidade civil extracontratual do Estado¹³³, vinculada à culpa dos agentes

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1046.

¹²⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 151.

¹²⁹ Art. 86. A reabilitação consiste na reintegração do condenado em todos os direitos que houver perdido pela condenação, quando for declarado inocente pelo Supremo Tribunal Federal em consequência de revisão extraordinária da sentença condenatória. [...] § 2º A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html> > Consulta em 24.4.2017.

¹³⁰ Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm > Consulta em 24.4.2017.

¹³¹ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 619.

¹³² Art 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

¹³³ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 161.

públicos, em oposição a tese da responsabilidade estatal objetiva proferida por juristas de monta, como RUY BARBOSA, PEDRO LESSA e AMARO CAVALCANTI¹³⁴.

Não obstante, a interpretação e aplicação do referido artigo, devido sua formatação imprecisa, foi discrepante quanto à natureza da culpa ali mencionada: se a culpa civil¹³⁵ da administração, mediante uma presunção *juris tantum*¹³⁶; ou uma culpa inserida na teoria do risco¹³⁷¹³⁸.

Em 1934, o governo provisório revolucionário expediu o Decreto nº 24.216, de 09 de maio de 1934, introduzindo a ideia de irresponsabilidade civil estatal pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços.

Assim, a União Federal, o Estado ou o Município não responderiam civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação¹³⁹, ficando seus bens sujeitos a sequestro para garantia da respectiva indenização.

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDEFELD, Carlos Ari (Org.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1168.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 783.

¹³⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 302.

¹³⁷ À época já se pensava em adequação da noção de culpa aos moldes publicistas. Mencionava a doutrina que não era necessária a identificação da culpa individual de determinado agente do Estado para deflagrar sua responsabilidade, bastando a demonstração da *falta do serviço*, ou da *culpa anônima do serviço*, identificada quando este não funcionou, funcionou mal ou tardiamente. CIANDI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. Responsabilidade civil do Estado sob o enfoque do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Questões controvertidas: responsabilidade civil*. São Paulo: MÉTODO, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 5). p. 427.

¹³⁸ Devemos reconhecer que, sem encarar com alguma audácia – que consideramos um dos melhores atributos do juiz – o artigo 15 do Código Civil, é na doutrina da falta do serviço público que se deve basear a ação da responsabilidade do Estado. Confessamos, entretanto, do mesmo passo, nossa preferência pela doutrina objetiva, também chamada do risco administrativo [...] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 567.

¹³⁹ CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 351.

Todavia, já na Constituição de 1934¹⁴⁰, adotou-se um sistema de responsabilidade pública prevendo a solidariedade entre funcionário e Estado pelos danos causados¹⁴¹, ideia mantida pela Carta de 1937¹⁴².

A Constituição de 1946¹⁴³ trouxe o avanço na matéria responsabilidade pública, permitindo uma leitura objetiva¹⁴⁴ desta, pois afirmava a responsabilidade direta do Estado pelos danos causados por seus funcionários, nessa qualidade, garantindo ao ente público a ação regressiva em caso de culpa do funcionário¹⁴⁵.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da Constituição de 1946, consolidou a tese de que a responsabilidade civil do Estado deveria se pautar pelos comandos normativos do Código Civil, sendo posição discordante o Ministro Ozimbo Nonato, o qual sustentou a existência de substancial diferença entre a culpa civil e a culpa administrativa¹⁴⁶.

Neste sentido, o eminente jurista acompanhou o espírito francês de elaboração da culpa administrativa, já descrita no *arrêt Rotschild*, de 1855, onde o Conselho de Estado francês reconheceu o caráter especial do ordenamento próprio do Direito Administrativo e afastara a incidência do Código Civil¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. § 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

¹⁴¹ Segundo BONFIM, é a Carta de 1934 a compartilhar a responsabilidade personalíssima do funcionário com a Fazenda Pública. BONFIM, José Calheiros et al. (Org.). *Comentários à Constituição Federal*: artigos 12 a 91. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1992. v. 2. p. 173

¹⁴² Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.

¹⁴³ Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

¹⁴⁴ A Constituição de 1946 veio ampliar extraordinariamente o campo de atuação do instituto da responsabilidade patrimonial do Estado, pela adoção da teoria objetiva, prescindindo de qualquer noção de culpa ou dolo, bastando que se estabeleça o nexu causal existente entre o evento lesivo e a atuação do agente público. ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 201.

¹⁴⁵ Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, a Constituição de 1946, “em vez de adotar o *princípio da solidariedade*, que vinha de 1934, adotou o *princípio da responsabilidade em ação regressiva*. PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1946*: arts 145-218 e disposições transitórias. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. IV. p. 169.

¹⁴⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. Memória jurisprudencial: Ministro Ozimbo Nonato. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série Memória Jurisprudencial). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/OrozimboNonato.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 85.

¹⁴⁷ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 471.

Tanto a Constituição de 1967¹⁴⁸, quanto a Emenda Constitucional nº 1, de 1969¹⁴⁹, ratificaram a ideia de responsabilidade objetiva, estendida pela Constituição Federal de 1988, mediante seu artigo 37, § 6º, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Com esta nova definição constitucional, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desta leitura, pode-se afirmar a organicidade do agente público, revelando-se não mais atos de representação, mas condutas imputadas à própria Administração Pública.

Ainda, a responsabilidade civil extracontratual da administração pode surgir tanto de um ato lícito quanto ilícito e até da mera situação de guardião imposta ao administrador, como no caso de custodiados do sistema carcerário, desvinculando-se da diferenciação entre responsabilidade e sacrifício.

Assim, caracteriza-se o sistema de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública brasileira como **binário**, visto que a sua responsabilização com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, dá-se quando da prática de relações jurídicas de direito administrativo – o regime de direito público¹⁵⁰.

É um **sistema geral**, pois refere-se a atividades e omissões da Administração Pública, sejam elas materiais ou jurídicas, obedecendo a um critério de responsabilidade **direta**, cabendo à Administração Pública, no caso de culpa ou dolo do agente público, o direito de regresso.

Tem como elementos que compõem a sua estrutura e delineiam o seu perfil (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva,

¹⁴⁸ Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

¹⁴⁹ Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. *Parágrafo único*. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

¹⁵⁰ SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289.

independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal¹⁵¹.

Deste modo, busca a reparação integral, respondendo pelos danos materiais e morais, bem como aqueles indiretos, ou por ricochete¹⁵², admitindo inclusive a indenização de danos antijurídicos gerados de atos lícitos, quando anormais e especiais¹⁵³.

Por fim, em relação aos atos ilícitos, apresenta uma dicotomia – afirmada por doutrina e jurisprudência – quanto ao fator de atribuição da responsabilidade pública – culpa, ou risco - para ações e omissões estatais, mesmo que o fundamento legal seja o mesmo: o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

1.3 A dicotomia entre regimes para ações e omissões estatais no Brasil: o entendimento doutrinário e jurisprudencial

Conforme já exposto, a responsabilidade civil extracontratual da administração pública brasileira está prevista na Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 37, § 6º, onde se diz que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O texto em nenhum momento faz distinção se os danos foram causados por ações ou omissões administrativas; apenas ressalta a responsabilidade anônima da administração, frente à vítima, podendo ressarcir-se de seu agente, se este causou o dano com dolo, ou culpa.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 481110*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 06 fev. 2007. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁵² DIUANA, Rosana Batista Rabello Brisolla. Dano moral reflexo: a legitimação frente ao cenário constitucional. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 49, 2010. p. 278.

¹⁵³ Segundo Canotilho, são requisitos fundamentais da responsabilidade por atos lícitos: a) que o acto da administração fosse legal, isto é, reentrasse formal e substancialmente nos limites do poder concedido ao ente público; b) que o sacrifício resultante de tal acto não constituísse uma simples *limitação do direito objetivo*. Devia, por conseguinte, não se tratar de uma compressão abstracta comum a toda uma categoria de direitos, mas sim de um ataque grave contra determinado direito; c) o sacrifício, para ter dignidade imdenizatória, devia traduzir-se na *ablação ou limitação substancial* de um *direito subjectivo perfeito* e não na simples ofensa de um interesse legítimo; e d) o sacrifício devia ter sido imposto no interesse público e não no interesse da pessoa titular do direito sacrificado. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 82-83.

Não obstante, já na Constituição de 1946, cujo texto é a base do artigo 37, § 6º, atual, também não havia nenhuma restrição a uma leitura de responsabilidade objetiva e a doutrina e jurisprudência majoritária mantiveram a interpretação de uma responsabilidade subjetiva da Administração Pública quando das omissões administrativas.

Mesmo com a vigência do novo texto constitucional, de antemão, a doutrina resistente a uma objetivação da responsabilidade estatal nas omissões alegava a manutenção da responsabilidade subjetiva visto o uso do verbo causar no texto normativo, o que exigiria sempre uma ação estatal, sendo que, nas omissões, será um terceiro ou uma força maior a gerar o dano.

A tese pareceu frágil quando se percebeu a posição doutrinária e jurisprudencial afirmando a responsabilidade objetiva do Estado para situação de guardião, onde o dano é sempre gerado pelo terceiro, alegando-se uma insuficiência do serviço público¹⁵⁴.

Ainda, até o ano de 2002, tinha-se o artigo 15 do então Código Civil brasileiro permitindo uma leitura subjetiva da responsabilidade estatal – no entanto, a melhor interpretação seria a não recepção do referido artigo – visto a exigência de um proceder contrário ao direito ou uma falta a um dever prescrito por lei.

Contudo, em 2002, com a vigência do novo Código Civil, os subjetivistas perderam seu esteio de resistência normativa, pois o artigo 43 do referido Código quase que repetiu o texto constitucional, dizendo que as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem dano a terceiros. Todavia, manteve-se a duplicidade de fundamentos.

A convivência harmônica entre culpa e risco, como já dito por CIRNE LYMA, é possível, pois “trata-se de duas noções de responsabilidade que se completam. A da culpa prende-se a leis morais; a do risco, a leis físicas”¹⁵⁵. Aliás, o Código Civil brasileiro de 2002 traz a culpa como elemento da responsabilidade em seu artigo 186, e o risco, em seu artigo 927.

¹⁵⁴ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 202.

¹⁵⁵ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 198.

Poder-se-ia alegar que, no caso brasileiro, tanto o Constituinte originário quanto o legislador optaram por um sistema objetivo de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública; todavia, estudando o sistema francês de responsabilidade estatal, vê-se a coexistência da *faute*, construída de modo jurisprudencial, com o risco, previsto mediante legislação.

No Brasil, referente às condutas comissivas da administração pública, parece não existir divergência quanto a objetivação da responsabilidade^{156 157}; contudo, isso não se repete com as condutas omissivas¹⁵⁸, pois parte da doutrina¹⁵⁹, e a jurisprudência majoritária somente a admitem de forma subjetiva, exigindo como requisito a culpa, seja ela civil (negligência, imprudência ou imperícia), seja ela administrativa, pela *faute de service*^{160 161}.

Aliás, na análise do próprio instituto da *faute*, CORNU expressa a distinção entre a *faute par commission* e a *faute par omission*, dizendo da simplicidade da análise

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 179; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 788; NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. In: NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade do Estado*. Edição Especial Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 35; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 343; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 135; COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 15; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 630; etc.

¹⁵⁷ Esta também é a posição de COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 151.

¹⁵⁸ Alguns autores pátrios descrevem a divergência, mas não se posicionam quanto à sua posição, pelo menos na obra consultada. Como exemplo, GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.; MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 2009.

¹⁵⁹ Como exemplo, cita-se STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 815; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 345; CÂMARA, Jacinto Arruda. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 12, jan./mar. 1997. p. 44; ISHIKAWA, Liliane Kiomi Ito. Responsabilidade do Estado por omissão no fornecimento de medicamentos. In: HIRONAKA, Gisela Maria; FALAVIGNA, Maria Clara. (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 249-250.

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 650.

¹⁶¹ Essa talvez constitua o aspecto mais controvertido no estudo da responsabilidade civil do Estado. A grande dúvida, persistente até os dias atuais na doutrina e na jurisprudência, consiste em saber se, na omissão, a responsabilidade civil do Estado é objetiva ou subjetiva. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 891-892.

da responsabilidade tanto na esfera privada quanto na pública quando provinda de ações¹⁶², visto que nas omissões um novo elemento é acrescido na delimitação da responsabilidade: uma obrigação de agir preexistente¹⁶³.

Mas, se dito anteriormente que a coexistência de diferentes fatores de atribuição é comum, qual a razão do estudo? O sistema brasileiro traz uma peculiaridade: alega-se a necessidade de uma culpa somente nos casos de omissões, quando que, nos demais sistemas, a *faute de service* poderá também ocorrer em ações, visto ocorrer a culpa do serviço quando o serviço ocorre tardiamente, ou de forma insuficiente.

A divergência doutrinária fica transparente quando citamos o pensamento de juristas pátrios, tendo-se desde a imposição da teoria subjetiva quando das omissões administrativas (CELSO ANTONIO) até a visão objetiva da responsabilidade (FREITAS), intermediando-se com o uso das duas teorias (COUTO E SILVA) até a uma objetivação da culpa (JUSTEN FILHO).

Em verdade, a doutrina trouxe distintos requisitos para a fixação do regime de responsabilidade estatal, desde a necessidade de a obrigação ser específica, até a prevalência da natureza do dano; contudo, o núcleo duro da definição está na presença da culpa, sendo importante uma comparação entre teorias.

Para o trabalho, a análise principal está nos fundamentos de uma manutenção da culpa como elemento da responsabilidade estatal, trazendo-se como definição de uma teoria subjetiva como aquela que, em alguma situação concreta, exigirá a presença da culpa para imputação de responsabilidade.

A) A necessidade da culpa nas omissões administrativas

A grande questão que parece verter está em se admitir uma responsabilidade objetiva da Administração Pública quando da omissão administrativa, pois esta é um não fazer que, em regra, não produzirá o dano, mas possibilitará a sua ocorrência.

Assim é quando, na guarda de crianças em uma escola pública, a criança A fere a criança B, ou quando, pela falta de limpeza nas “bocas de lobo”, um forte

¹⁶² CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 193.

¹⁶³ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 193.

temporal alaga uma região urbana; não obstante, mesmo nestes casos haverá uma discrepância de posicionamento para reconhecer a responsabilidade estatal.

CAVALCANTI já dissera que, quando das omissões administrativas, devido à ausência de um ato estatal, haveria a necessidade de se adotar um critério distinto na averiguação da responsabilidade, devendo este ser a prova da negligência ou de culpa na omissão do ato que devia ser praticado, respondendo o Estado se a omissão fora proposital, culposa ou dolosa¹⁶⁴.

MELLO, tratando da responsabilidade estatal nos textos Constitucionais brasileiros até 1969, afirmara a adoção, conforme a hipótese, da responsabilidade objetiva ou subjetiva.

O autor descreveu a culpa anônima e o risco (ao qual chama risco-proveito, vinculado ao princípio da igualdade) como fontes de responsabilidade estatal, mas ressaltando que dos atos omissos somente surge responsabilidade na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funcionasse, ou funcionasse mal ou intempestivamente, atingindo os usuários¹⁶⁵.

Esta distinção foi adotada por seu filho, CELSO ANTONIO¹⁶⁶, inclusive nos fundamentos da responsabilidade estatal, ao tratar a bipartição desses quando dos atos comissivos, afirmando o dever de reparar o dano como contrapartida dos princípios da legalidade e da igualdade¹⁶⁷.

Para CELSO ANTONIO, o dano decorrente de uma omissão estatal está vinculado à responsabilidade subjetiva, pela *faute de service*, pois somente cabe responsabilizar a administração pública se essa descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo, não bastando para a configuração da responsabilidade do Estado a simples relação entre a ausência do serviço e o dano sofrido; mas, a coexistência da responsabilidade subjetiva, ou anônima, se tem-se como presumida¹⁶⁸.

¹⁶⁴ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 350.

¹⁶⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 487.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1034-1035.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1025.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1031.

Também neste sentido é o pensamento de STOCO, afirmando que se o dano origina-se de uma falta ou falha de serviço da Administração, a responsabilidade do Estado será subjetiva, havendo apenas uma descaracterização da culpa, convertida em uma culpa anônima¹⁶⁹.

Contudo, é imperioso analisar as distinções formuladas por CELSO ANTONIO quanto aos caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade, visto que o autor, quando a lesão é gerada por uma conduta positiva estatal, entende que a responsabilidade será objetiva devido a própria noção de Estado de Direito¹⁷⁰. Desta feita, divide sua análise da seguinte forma:

- a. casos em que é o próprio comportamento estatal o gerador de danos;
- b. casos em que, devido à omissão estatal, evento alheio causa um dano, cujo dever de evitar era do Estado, não tendo funcionado o serviço ou funcionado tardiamente; e
- c. casos em que, por atividade do Estado, cria-se situação propícia para que evento externo gere um dano (caso de guarda).

Assim, nas situações **a** e **c**, a responsabilidade estatal será objetiva devido aos princípios da legalidade e da igualdade (se a ação for ilícita), ou apenas ao princípio da igualdade (se a ação for lícita); na situação **b**, a responsabilidade será subjetiva, responsabilizando-se o Estado se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo¹⁷¹.

COUTO E SILVA parece trazer uma interpretação híbrida quanto à responsabilidade civil extracontratual do Estado, mesmo que citando doutrina de CELSO ANTONIO.

Para o autor, estabelecido o nexo causal entre ação ou a omissão e o dano, e desde que este seja indenizável, há, em princípio, a responsabilidade, podendo inclusive surgir do exercício de atividades perigosas pelo Estado, ou da guarda de coisas e pessoas perigosas, ou ainda de condutas lícitas, por imposição do princípio da desigual distribuição dos encargos públicos¹⁷².

¹⁶⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1006-1007.

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1029.

¹⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1031.

¹⁷² COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 153.

Não obstante, ocorrendo uma conjunção de causas, onde o dano é gerado por uma ação de terceiro ou força maior, havendo cooperação do Estado para a ocorrência, ou agravamento do dano, a conduta do Estado será concausa se ocorrer uma violação do Poder Público a dever jurídico preexistente¹⁷³.

Também, nos casos em que há concausa e em que a ação ou omissão do Estado está relacionada com atividades perigosas por ele desempenhadas, ou com métodos perigosos por ele adotados, ou com coisas e pessoas perigosas de que tem a guarda, a responsabilidade será objetiva somente se o dano estiver diretamente relacionado com o risco assumido pelo Estado¹⁷⁴.

Essa também parecia ser a posição de MEIRELLES, pois, mesmo afirmando a responsabilidade objetiva da administração pública, ressaltou que o artigo 37, ° 6º, da Constituição Federal abarca apenas os danos causados pelos agentes da administração, nesta condição, a terceiros; entretanto, concorrendo atos predatórios de terceiros, ou fenômenos naturais, há de se provar a culpa civil da Administração pública, na forma de negligência, imprudência ou imperícia¹⁷⁵.

FIGUEIREDO parece enquadrar-se em uma posição subjetivista pura, afirmando não ser possível a adequação da imputabilidade do Estado, nos casos de omissões, a não ser pela teoria subjetiva; todavia, cai na objetividade nos casos de omissão do dever de fiscalização das atividades repassadas à iniciativa privada¹⁷⁶.

Ainda na doutrina pátria, JUSTEN FILHO entende que a responsabilidade estatal, por ações ou omissões, é sempre subjetiva, devendo-se apenas objetivar o elemento subjetivo, visto que na ausência de norma de imposição de responsabilidade estatal por atos de terceiros, sempre faz-se necessária a existência de elemento subjetivo de reprovação, podendo inclusive ser presumido.¹⁷⁷

Assim, o autor considera ser mais apropriada uma objetivação da culpa, sendo que “aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de

¹⁷³ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 162.

¹⁷⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 162.

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 787.

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 255.

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 796-797.

adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio”¹⁷⁸.

Para JUSTEN FILHO, não é necessária a investigação sobre a existência de vontade psíquica, bastando a omissão da conduta necessária e adequada, sendo importante a análise dos ilícitos omissivos, se próprios, ou impróprios.

A objetivação da culpa também aparece em SEVERO, afirmando o autor que a erradicação da culpa na responsabilidade estatal não passa de um mito¹⁷⁹, bem como em MOTTA e BARCHET, ao dizerem que em nosso sistema administrativo vige a teoria da responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo, onde “a noção de culpa é ampliada com a ideia de que basta o acidente, a imprevisível irregularidade do serviço, para responsabilizar o Estado”, inexistindo o elemento subjetivo¹⁸⁰.

RIZZARDO diz que a responsabilidade estatal, nos casos de omissão, é subjetiva, dependendo de culpa e dolo, pois, dispendo de serviço estatal organizado e ciente da necessidade de atuação, a omissão corresponderá a um *non facere*, ou a uma atuação deficiente, ou demorada¹⁸¹.

DINIZ segue literalmente a posição de CELSO ANTONIO, afirmando que o lesado, em relação a danos causados, ou proporcionados por omissões administrativas, deverá provar a alegada falta do serviço diante de um dever jurídico de atuar, a Administração somente responderá por comportamentos culposos, segundo a teoria da *faute de service*¹⁸².

COELHO, por sua vez, diz que a distinção da natureza da responsabilidade devido à presença de uma culpa, mesmo que anônima, para os casos de ação ou omissão estatal, não tem sentido, pois estas são apenas modos diferentes de descrever a mesma conduta^{183 184}.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 231-233.

¹⁷⁹ SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 246-254.

¹⁸⁰ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 570.

¹⁸¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil: Lei nº 10.402, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 367.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7. p. 710-716.

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil: obrigações: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 342.

¹⁸⁴ Também são objetivistas CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Responsabilidade civil do Estado: alguns aspectos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

B) Da responsabilidade sem culpa

Já FREITAS, ao dizer que o princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado é um dos pilares constitucionais do Estado Democrático, afirma também não dimanar, do artigo 37, § 6º, da carta Constitucional de 1988, nenhuma distinção entre ações e omissões estatais¹⁸⁵, ao trabalhar a responsabilidade proporcional por ações e omissões da administração pública.

Contudo, é no momento em que fala da distinção entre omissão e falha de vigilância no contexto de guarda de pessoas ou de coisas perigosas que lança uma pá de cal na insistência pela subjetivação da responsabilidade por omissões, demonstrando a incongruência gerada quando de um duplo sistema de imputações, pois a deficiência de uma ação gera uma responsabilidade objetiva; a ausência, subjetiva¹⁸⁶.

ZANCANER, enfocando a responsabilidade estatal como princípio do Estado de Direito e como instituto jurídico garantidor da legalidade e dos direitos individuais ampliativos da esfera jurídica dos administrados, posiciona-se pela objetivação desta responsabilidade, seja por ações, ou omissões, distinguindo apenas os atos em lícitos e ilícitos, visto que os danos gerados por atos lícitos somente serão indenizáveis se anormais e especiais¹⁸⁷.

Também TEPEDINO credita a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública como objetiva, mesmo nos danos gerados por omissões administrativas, visto que nem a Constituição Federal de 1988, nem o artigo 43 do Código Civil estabeleceram qualquer restrição ao âmbito de abrangência do artigo 37, § 6º¹⁸⁸.

v. 6.; Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 47-48. GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade civil do Estado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. p. 47-48.

¹⁸⁵ FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e da inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 177-182.

¹⁸⁶ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99

¹⁸⁷ ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 339-340.

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 221-222.

NERY JÚNIOR afirma a responsabilidade objetiva da Administração Pública, independentemente da natureza da conduta comissiva ou omissiva, sendo necessária, na ocorrência do dano, a demonstração do nexo causal entre a omissão e o dano para que surja o dever de indenizar¹⁸⁹.

Quanto à ocorrência de concausas como elemento de mutação do regime de responsabilidade, DIAS já se opunha, dizendo que o Estado responde com base no risco, onde a eventual concorrência de terceiro só pode dar lugar à ação regressiva, bem como quando se tem a culpa anônima, onde a solidariedade passiva se impõe¹⁹⁰.

Ainda, nesse caldo de ideias, HACHEM traz como elemento impositivo de atuação estatal a garantia do mínimo existencial, onde a omissão geradora de um dano ao cidadão, infringindo o direito fundamental ao serviço público adequado¹⁹¹, sem asseguramento desse núcleo duro, impinge ao Estado a responsabilização civil extracontratual¹⁹².

Para CAVALIERI FILHO, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal engloba as condutas comissivas e omissivas, visto que o ato ilícito hoje não significa mais como antijurídico e culpável, coexistindo o ato ilícito em sentido lato, traduzido na mera contrariedade entre conduta e dever jurídico imposto¹⁹³.

Não obstante, faz o autor uma distinção entre omissões específicas e genéricas a fim de identificação da responsabilidade estatal. Para ele, haverá omissão específica quando o Estado estiver em condição de garantidor e, por sua omissão, se cria uma situação propícia para a ocorrência do evento danoso¹⁹⁴. CAVALIERI FILHO vincula a omissão genérica do Estado à responsabilidade subjetiva, devido a falta do serviço¹⁹⁵.

¹⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. In: NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade do Estado*. Edição Especial Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 33.

¹⁹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 613.

¹⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 174.

¹⁹² HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. In: *A&C – Revista de direito administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, a. 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56002>>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 336.

¹⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

¹⁹⁵ Como se vê, na omissão genérica, que faz emergir a responsabilidade subjetiva da Administração, a inação do Estado, embora não se apresente como causa direta e imediata do dano, entretanto concorre para ele, razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano

Assim, após a leitura desta doutrina, pode-se dizer sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado que:

(I) existe uma divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de uma persistente culpa como requisito desta responsabilidade estatal quando das omissões administrativas¹⁹⁶ ¹⁹⁷; todavia,

(II) aqueles doutrinadores que adotam uma teoria subjetiva, em algum momento admitem uma responsabilização objetiva, seja pelo fato da coisa, ou pela posição de guardião do Estado, ou por ser uma omissão específica, ou pela omissão estatal não ser a única causa do dano; por essa razão,

(III) doutrinadores, como FURTADO e DI PIETRO afirmam que a utilização de qualquer uma das teorias não resultará em grande distinção.

Também, autores de Direito Constitucional versam sobre o tema responsabilidade civil do Estado, mas boa parte destes manuais apresentam o tema de forma muito sintética, resumindo-se a apresentar as teses existentes¹⁹⁸, ou apenas a dizer da objetivação¹⁹⁹ ou subjetivação²⁰⁰ da responsabilidade.

poderia não ter ocorrido. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 338.

¹⁹⁶ Doutrinadores que tratam a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por omissões como subjetiva: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4. p. 119.

¹⁹⁷ Doutrinadores que tratam a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por omissões como objetiva: FARIA, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENLAD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1056; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179-180;

¹⁹⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. v. 2. p. 393-394; AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 401; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 278; CUNHA JUNIOR, Dirlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 750; CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 264-265

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 673-675. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 349. CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 209-211. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 820. BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. p. 170. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 968. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 2013, p. 491-494. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 391-393; PINHEIRO NETO, Othoniel. *Curso de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 2. p. 235, afirma que o Brasil adotou a *teoria do risco administrativo*, no qual o requisito do dolo ou culpa torna-se irrelevante para a configuração da responsabilidade administrativa.

²⁰⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2016. p. 423.

Tendo em vista a discussão doutrinária, observou-se parte da jurisprudência brasileira, em especial aquelas decisões colegiadas emanadas pela justiça que mais se aproxima de uma justiça administrativa, pois sua própria origem atual, mediante a Lei nº 5.010, de 30.5.1966, e competência delimitada pela Carta Constitucional de 1988, julga primordialmente as causas onde existem interesses, bens ou serviços de uma pessoa jurídica de direito público interno - a União federal: a justiça federal.

Pesquisou-se, de forma eletrônica, nos referidos sítios oficiais, os acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, limitando-se aos marcadores **responsabilidade, civil, Estado e omissão**.

Devido a algumas intercorrências nos endereços eletrônicos, houve a necessidade de reformulação ou reorganização dos marcadores. No TRF2, com os referidos marcadores, colocada a conjunção **e**, encontraram-se 1.024 registros; assim, os marcadores ficaram “responsabilidade civil do Estado” e omissão, obtendo 192 registros.

No TRF4, os referidos marcadores, se colocada a conjunção **e**, encontravam 6.402 registros; assim, os marcadores ficaram “responsabilidade civil do Estado” e omissão, obtendo 695 registros.

Quanto os acórdãos do Supremo Tribunal Federal utilizou-se apenas os marcadores **responsabilidade, civil, Estado e omissão**, mas sem limitação temporal, até porque a Corte limita a análise quando necessita reexaminar fatos ou provas²⁰¹. Destarte, foram analisados:

TRIBUNAL	Nº DE ACÓRDÃOS
Supremo Tribunal Federal	150
Superior Tribunal de Justiça	88
Tribunal Regional da 1ª Região	68
Tribunal Regional da 2ª Região	192
Tribunal Regional da 3ª Região	126
Tribunal Regional da 4ª Região	695
Tribunal Regional da 5ª Região	82

²⁰¹ Como exemplo, cita-se a ementa do Agravo Regimental no Recurso Ordinário n. 937635/DF, da Segunda Turma, de 15.3.2016: “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Nexos de causalidade. Elementos configuradores não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 2. Agravo regimental não provido.”

Desta análise, foram aproveitadas 167 decisões, retirando-se acórdãos que traziam algum dos marcadores, ou que os traziam apenas como referencial, mas tratavam de matéria processual, ou de fatos repetitivos.

Da leitura, percebeu-se a prisão à teoria da culpa administrativa, pois, mesmo nos acórdãos onde se alegava a responsabilidade objetiva estatal, a fundamentação sempre apresentava a situação de falta do serviço administrativo, seja da ausência, insuficiência, ou resposta tardia.

Como exemplo, tem-se o Agravo no Recurso Extraordinário com agravo n. 847.116/RJ, da 2ª Turma do STF, versando sobre um acidente em “boca de lobo”, onde o Ministro Relator, mesmo trabalhando a ideia do risco administrativo, manterá a decisão *a quo*, que fala do risco administrativo quando da omissão específica da administração pública, verificada pela ausência da atuação estatal.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 692.332/PB, da 1ª Turma do STF, versando sobre danos causados por rompimento de barragem, o Ministro relator adotou como razões de decidir os fundamentos do Tribunal *a quo*. Este, por sua vez, afirmou a responsabilidade estatal como objetiva, devido a omissão específica do governo paraibano em não fiscalizar e manter a barragem mesmo com informações anteriores, agindo com **imperícia**.

Ainda, no Agravo Regimental nos Embargos Divergentes no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 677.139/PR, a 2ª Turma do STF afirmou que, nos casos de omissão do serviço ou obra pública, cabe ao ente público o **dever de comprovar que agiu de forma eficaz** na execução de seus serviços e que o evento danoso não ocorreu como consequência da conduta omissiva de sua parte, chamando essa responsabilidade de **objetiva pela falta do serviço**.

Aliás, importa analisar o acórdão eletrônico com publicação recente (01 de agosto de 2016), do Recurso Extraordinário n. 841.526/RS, com repercussão geral de mérito, versando sobre a responsabilidade civil do Estado por morte de detento em estabelecimento penitenciário, cuja tese fora a responsabilidade estatal pela morte do detento quando inobservado seu dever específico de proteção.

No início do seu voto, o relator do caso, Ministro Luiz Fux, afirmou que a jurisprudência do STF vem se orientando no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Assim, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência - quando tinha a obrigação legal específica de fazê-lo - surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa²⁰².

Não obstante, em seu voto, o Ministro Edson Fachin, mesmo acompanhando a decisão do relator que desproveu o recurso, divergiu daquele ao assentar sua ideia de que, para se poder estabelecer com segurança a ocorrência da responsabilidade civil estatal na omissão, a melhor teoria seria a da objetivação da culpa, pois a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo: a formulação defeituosa da vontade de deixar de agir²⁰³.

Já no Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência está firmada no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessária a comprovação da negligência na atuação estatal (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1345620/RS, com data de julgamento em 02 de dezembro de 2015).

Essa posição confirmou a decisão do Recurso Especial n. 1210064/SP – Recurso Repetitivo – Segunda Seção, com data de julgamento em 08 de agosto de 2012, cuja afirmação fora que a responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, exige a presença da culpa, a qual se origina do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

Também essa discrepância se encontra nos Tribunais Regionais Federais. De modo ilustrativo, os acórdãos a seguir foram comparados por versarem sobre fatos semelhantes, se não iguais, envolvendo acidentes automobilísticos²⁰⁴ devido a animal na pista de rolamento, ou às más condições desta pista – cumpre destacar que os pontos negritos não constam nos originais:

²⁰² Decisão disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28841526.NUME.+OU+841526.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb925p4> > Consulta em 9.10.2017, p. 9.

²⁰³ Decisão disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28841526.NUME.+OU+841526.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb925p4> > Consulta em 9.10.2017, p. 50.

²⁰⁴ O Brasil é o país da América do Sul com a maior quantidade de mortes neste tipo de acidente - cerca de 41.000 pessoas no ano de 2013. Dados da Organização Mundial da Saúde. Disponível em <https://nacoesunidas.org/oms-brasil-e-o-pais-com-maior-numero-de-mortes-de-transito-por-habitante-da-america-do-sul/> > Consulta em 08.5.2017.

1. na Apelação Cível n. 2005.38.06.002600-4/MG, movida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte -DNIT, e negada provimento, de forma unânime, pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), tratou-se de acidente automobilístico em rodovia federal, com a saída de um caminhão da pista devido a sua queda em buraco.

O primeiro item da ementa já deixa bem clara as seguintes ideias²⁰⁵:

(a) a jurisprudência do STJ, adotada pela 5ª Turma, diz que a responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva, impondo-lhe o dever de indenizar se verificado dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto, somente se afastando a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima; todavia,

(b) em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto.

Da análise probatória, a 5ª Turma afirmou que o DNIT não negou a existência de buracos no local em que ocorreu o acidente, nem que tenha cumprido a obrigação de promover, no mínimo, a sinalização indicativa da existência de buracos na pista e muito menos provou que o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima.

Ademais, não havia prova nos autos de que a vítima do acidente trafegava em velocidade acima da permitida na rodovia, o que afastou qualquer alegação de que o evento teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima e que, em consequência, teria se configurado a exclusão da responsabilidade do Estado.

²⁰⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILISTICO OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA MÁ CONSERVAÇÃO DA VIA. OMISSÃO NEGLIGENTE DO PODER PÚBLICO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR COM PROPORCIONALIDADE, MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, “a responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificado dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 602102/RS*. Relator: Mina. Eliana Calmon. Julgado em: 21 fev. 2005).

Bem, mas se houve omissão administrativa, a responsabilidade seria subjetiva, pois assim tinha falado a Turma; todavia, em seus fundamentos afirmou a responsabilidade como objetiva, dizendo:

Em casos tais, a jurisprudência pacificou entendimento de que é objetiva, visto que decorrente de omissão, a responsabilidade do DNIT, nos casos de acidente em rodovia federal, ocasionado pela má conservação da via. Esse entendimento decorre do dever legal que tem o DNIT de prover a segurança do tráfego nas rodovias federais, por meio de ações de manutenção e conservação.

Contudo, não tendo a Administração um dever de agir, pode ela ser responsabilizada por uma omissão? Existiria uma omissão sem o dever legal? E quando será subjetiva a responsabilidade no caso de omissão?

2. na Apelação Cível n. 2007.33.04.016947-4 / BA; do TRF1, a Turma parece adotar a teoria da responsabilidade subjetiva, devido à não conservação da faixa de rolamento, dizendo em sua ementa que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FALECIMENTO EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA MÁ CONSERVAÇÃO DA VIA. OMISSÃO NEGLIGENTE DO PODER PÚBLICO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR COM PROPORCIONALIDADE, MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.

1. Agravo retido conhecido e desprovido. A pensão decorrente de ilícito civil não se confunde com a paga pela Previdência Social. Precedentes. Independente de eventual repercussão previdenciária, o ordenamento jurídico não impede que os dependentes da vítima ajuízem ação pleiteando o reconhecimento dos danos materiais e morais decorrentes de acidente em razão da má conservação de rodovia. Ajuizada a ação contra autarquia federal, o juízo competente é a Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, inc. I da Constituição Federal. Correta a decisão que afastou a alegação de incompetência do juízo federal.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ "[a] responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificado dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto" (REsp 602102/RS; Relatora Ministra Eliana Calmon DJ 21.02.2005).

3. Para comprovar o fato constitutivo do seu direito, a parte autora trouxe aos autos o Boletim de Acidente de Trânsito, lavrado pela Polícia Rodoviária Federal, relatando a ocorrência do acidente em análise, bem como fotos do caminhão e do local do acidente. Há ainda o depoimento de testemunhas, juntado aos autos.

4. No caso, ficou comprovada a falha na prestação do serviço, considerando que o acidente que vitimou fatalmente o pai e marido dos autores decorreu, sobretudo, do fato de o DNIT não ter promovido a conservação adequada do trecho da rodovia onde ocorreu o desastre.

3. todavia, na mesma 5ª Turma, quando da análise da Apelação Cível n. 0002556-46.2011.4.01.3905, versando sobre acidente em uma ponte quebrada, sem qualquer tipo de sinalização, com enorme buraco, caindo a vítima no córrego, resultando em paraplegia, desta vez a posição foi enfática sobre a responsabilidade objetiva da Administração Pública devido suas omissões²⁰⁶;

4. a 3ª Turma do TRF4, na APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO, Processo n. 5027319-94.2010.4.04.7100, versando sobre acidente de trânsito em rodovia em manutenção, afirmou que, nos casos de ato omissivo da Administração, doutrina e jurisprudência têm defendido que a responsabilidade civil do Estado passa a ser subjetiva, sendo necessária, assim, a presença também do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua caracterização.

5. já a 4ª Turma do TRF4, conforme a APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO, Processo n. 5001684-0920134047100, quando da análise de danos a imóvel perpetrados por obra pública executada por terceiros, entenderá a responsabilidade estatal por omissão sempre objetiva, bastando, para a sua configuração (a) o fato (no caso, obras na BR 101); (b) a omissão estatal revelada na fiscalização da obra; (c) o dano (rachaduras na residência do demandante); (d) o nexo de causalidade; e (e) a inexistência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior.

6. Também a 4ª Turma do TRF4, na APELAÇÃO CÍVEL, Processo n. 5001883-8120114047203, entendeu a responsabilidade estatal por ato omissivo como subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de

²⁰⁶ CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACIDENTE MOTOCICLÍSTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. PRESSUPOSTOS COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. ARBITRAMENTO DO DANO MORAL. RECEBIMENTO DA REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. PARCELA ÚNICA (CC, ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO). CABIMENTO. I - Comprovados o nexo de causalidade e o evento danoso, resultante da omissão do ente público, caracterizada está a responsabilidade civil objetiva do Estado, no caso, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, resultando daí o dever de indenização, nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, afigurando-se totalmente desarrazoada a alegação de culpa exclusiva da vítima.

negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação.

Ora, afinal, quando se trata de omissão estatal geradora ou possibilitadora de um dano, analisamos a responsabilidade de forma objetiva, ou subjetiva? Quando falamos em culpa do serviço ou administrativa estamos vinculados a um regime subjetivo de responsabilidade, ou a culpa do serviço é realmente a objetivação da culpa²⁰⁷?

É possível dividir as omissões em específicas e gerais, com o intuito de manter dois regimes de responsabilidade? Estar-se-ia equivocado ao tentar trabalhar a responsabilidade civil extracontratual da administração pública mediante o regime único da responsabilidade objetivada, para ações ou omissões?

Severo, ao tratar do fator de atribuição da responsabilidade pública, constrói um parágrafo específico sobre o mito da erradicação da culpa, afirmando que a objetivação da responsabilidade pública não afasta a importância da culpa, ressaltando que a culpa administrativa é uma concepção objetiva da noção de culpa, derivada do funcionamento anormal do serviço público²⁰⁸.

O aprisionamento da responsabilidade à culpa não é exclusividade do sistema jurídico brasileiro. Ao analisar o regime português de responsabilidade civil da administração, aprovado pela Lei nº 67, de 31.12.2007, GOMES afirma que, mesmo com a exigência, pelo Estado Social, de um “entendimento exigente da justiça social”, que poderia ter provocado a inversão do paradigma, a responsabilidade objetiva continua a ser considerada subsidiária²⁰⁹.

PUIGPELAT, na sua comparação dos regimes de responsabilidade da administração italiana e espanhola, diz que a responsabilidade da administração italiana está normalmente sujeita ao requisito da culpa²¹⁰.

²⁰⁷ PUIGPELAT, ao afirmar que a regra geral de responsabilidade estatal na França continua sendo a culpa da administração, diz que “*la faute de service es entendida como una culpa objetiva, como un defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, representa la desviación de la Administración del modelo de conducta para ele fijado*”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: IbdeF, 2012. (Serie Europa-América). p. 153.

²⁰⁸ SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 246-254.

²⁰⁹ GOMES, Carla Amado. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 2, jul./dez. 2014. p. 204.

²¹⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad de la administración em Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, sept./dec. 2001. p. 474.

No Uruguai, a base da responsabilidade civil extracontratual é a subjetiva; na França, o fundamento da responsabilidade estatal será a culpa administrativa. Aliás, no país do ocidente europeu onde a responsabilidade civil extracontratual da administração pública é objetiva – a Espanha – a doutrina começa a questionar esse amplo alcance²¹¹.

Sem dúvida, a delimitação do regime de responsabilidade civil estatal incide sobre a própria carga tributária de um país, visto ser fonte de subsistência do próprio Estado ²¹². Uma responsabilização subjetiva traz um grau de dificuldade ao administrado na prova da imputação do dano sofrido ao Estado; a objetiva, pode converter a responsabilidade civil em seguro social, onde a sociedade passa a ver “o Estado menos como uma *res publica* e mais como uma *res nullius*”²¹³.

Não por outra razão, MENDES traz uma crítica à banalização da responsabilidade civil do Estado, podendo esta gerar um risco de usurpação dos direitos fundamentais e garantias postas à disposição do cidadão, pois não se revela condizente impor à sociedade como um todo o ônus de arcar com vultosas indenizações²¹⁴:

Este posicionamento, com o qual se concorda de antemão, será relevante à posição a se propor no trabalho, visto ser MENDES um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro que apresentaram uma mudança de posição quanto regime de responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública quando de danos gerados por omissões²¹⁵.

Contudo, quando se está fundamentando a responsabilidade estatal na teoria da *faute de service*, ou culpa do serviço francesa, realmente se está inserindo um

²¹¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: IbdeF, 2012. (Serie Europa-América).

²¹² BRODSKY, Jonathan Matías. La responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino: anteproyecto y proyecto de código civil y comercial de la nación y ley 26.944 de responsabilidad estatal (b.o. del 8 de agosto de 2014). aportes, consideraciones y críticas desde una mirada constitucional. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, a. IX, n. 14, 2015. Disponível em < www.derecho.uba.ar/revistagioja/>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 26.

²¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6. p. 65.

²¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Responsabilidade civil do Estado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 896.

²¹⁵ ARE 736780 AgR-ED / RJ - RIO DE JANEIRO – D.J. 05.05.2015. RE 677139 AgR-EDv-AgR / PR – PARANÁ – D.J. 07/12/2015.

requisito subjetivo? Esta *faute* é analisada de forma subjetiva, ou mediante critérios objetivos?

Qual a subjetividade a ser buscada quando se diz que um serviço público não funcionou, ou funcionou de forma insuficiente, ou tardiamente? Aliás, pode-se dizer que essa culpa é a mesma cível, subdividida em negligência, imprudência, ou imperícia?

A extração de normas diversas do mesmo texto normativo demonstra-se comum no caso da responsabilidade estatal, inclusive concebendo-se uma subjetividade de um texto onde não há elemento a imaginá-la.

Neste sentido, veja-se Portugal: a Constituição portuguesa de 1974, em seu artigo 22, ao tratar da responsabilidade das entidades públicas, diz que o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Não se percebe, da leitura, qualquer conceito jurídico exigindo algum elemento subjetivo para a imputação da responsabilidade estatal; contudo, de forma positivada, a Lei 67/2007 trouxe, como regra, a responsabilidade subjetiva da Administração Pública portuguesa, mesmo que ampliando os casos de responsabilização objetiva²¹⁶.

Aliás, em julgado de 27.3.2003, a 2ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça português afirmou a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer diferentes tipos de responsabilidade e de fixar os especiais pressupostos de cada um deles²¹⁷.

²¹⁶ GOMES, Carla Amado. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 2, jul./dez. 2014. p. 205.

²¹⁷ Responsabilidade civil de entes públicos. I - O art.º 22 da CRP consagra o princípio da responsabilidade patrimonial directa das entidades públicas por danos causados aos cidadãos resultantes do exercício das funções política, legislativa, administrativa e jurisdicional; e abrange quer a responsabilidade do Estado por actos ilícitos, quer por actos lícitos, quer pelo risco. II - Assim, para que terceiros possam ser ressarcidos dos prejuízos causados pelas acções ou omissões do Estado, basta a prova da existência do dano e do nexo de causalidade adequada entre esse dano e aquelas acções ou omissões. III - Trata-se duma norma directamente aplicável, por integrar um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias; mas compete ao legislador ordinário o poder de estabelecer diferentes tipos de responsabilidade e de fixar os especiais pressupostos de cada um deles. 27-03-2003 - Revista n.º 84/03 - 2.ª Secção - Abílio Vasconcelos (Relator), Duarte Soares e Ferreira Girão. *In A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça. Sumários de acórdãos de 1996 a Dezembro de 2012*. p. 53.

Ainda, no sistema constitucional colombiano tem-se como fonte normativa de imputação de responsabilidade estatal, conforme já dito, o artigo 90, *caput*, que diz: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

Da leitura do texto, da mesma forma, não se percebe a exigência do elemento subjetivo na configuração da responsabilidade, sendo aquele até mais claro ao descrever a responsabilidade também pelas omissões geradoras de dano. Por essa razão, a doutrina majoritária afirmou a existência de uma responsabilidade estatal objetiva da Administração Pública colombiana.

Contudo, a jurisprudência, inclusive de sua Corte Constitucional, respeitando a posição do Conselho de Estado colombiano, interpretou a regra do artigo 90 da Constituição como a constitucionalização de uma cláusula geral de responsabilidade do Estado, onde a proteção da pessoa da vítima é o foco principal.

Assim, o instituto de responsabilidade civil estatal colombiano tem um caráter eminentemente reparatório, dando maior importância à garantia dos direitos dos particulares do que à ilicitude da atividade estatal, mas sem afastar a existência de um regime subjetivo de responsabilidade.

No caso de danos causados por obras públicas, na Sentença T-399/14, assim se manifestou aquela Corte Constitucional²¹⁸:

En síntesis, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de esta Corporación han dejado claro que el artículo 90 no consagra un único título de imputación previamente definido para situaciones determinadas, sino que es el juez quien debe verificar cuál es el que mejor se ajusta a las particularidades de cada caso. Así, en materia de obras públicas, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha aplicado tanto regímenes subjetivos de la falla en el servicio, como objetivos del riesgo excepcional. Esta consideración tiene estrecha relación con el principio de que el juez conoce el derecho (*iura novit curia*), el cual es plenamente aplicable en materia de reparación directa.

O sistema de responsabilidade estatal uruguaio também admitiu a convivência de distintos regimes de imputação da responsabilidade, em especial o regime subjetivo²¹⁹, mesmo constando na Carta política um texto em nada exigente de culpa

²¹⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia n. T-399/14*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-399-14.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2017. p. 29.

²¹⁹ DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad em el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho*. Disponível em <<http://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/839/842>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 63.

ou dolo, pois simplesmente diz que o Estado uruguaio será civilmente responsável pelos danos causados a terceiros, na execução de serviços públicos²²⁰.

1.4 Responsabilidade subjetiva x objetiva: da culpa moral à socialização do dano

Conforme NORONHA, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos²²¹, seja por atos próprios, por fato de coisas, ou fatos de terceiros²²², sendo destes dois últimos quando previsto por lei ou contrato, pois, toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade²²³.

Os regimes de responsabilidade civil podem ser distintos pela fonte do dever violado (contratual *versus* extracontratual *versus* pré-contratual), pelo conteúdo do dever violado (de não causar danos *versus* de segurança *versus* de proteção), e em razão da exigência do elemento subjetivo dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva *versus* objetiva)²²⁴.

Todavia, sempre se terá, na responsabilidade civil, o dano e o nexo causal como pressupostos indispensáveis, e a força maior e o fato exclusivo da vítima ou de terceiros como possíveis elementos preclusivos da relação causa e efeito²²⁵.

A responsabilidade subjetiva é aquela em que, além do fato gerador, do dano e do nexo causal, exige-se a culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*) para a concretização da responsabilidade civil extracontratual. Contudo, no decorrer da história, a culpa *stricto sensu* cambiará de sentido, desde uma concepção moral, em busca de se extirpar a barbárie da vingança privada, até sua concepção de forma normativa.

²²⁰ Constitución de la República Oriental del Uruguay. Art 24. El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección. Disponível em <http://www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>> Consulta em 08.3.2017.

²²¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 451.

²²² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*. 10 éd. Paris: LGDJ, 1951. t. 1. p. 1.

²²³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 1.

²²⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 243.

²²⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. 1997, p. 107

Como já dito neste trabalho, uma primeira ideia de responsabilidade civil estava atrelada à vingança privada²²⁶, mostrando-se como mera reação da vítima contra a conduta geradora do dano, no sentido de se restituir o mal pelo mal. A inclusão da exigência da culpa, mediante a *lex aquilia*, fora uma revolução humanista desta responsabilidade^{227 228}.

Não por outra razão, os críticos de uma responsabilidade objetiva alardeiam que a substituição da culpa pelo risco correspondeu a um retrocesso histórico à barbárie admitida nos tempos antigos²²⁹.

Assim, mostrou-se a culpa como categoria nuclear da Modernidade²³⁰, onde a liberdade era o primordial direito a ser garantido ao homem, servindo de fundamento inclusive à revolução francesa. Historicamente, se possível pensar em limites²³¹, o início da modernidade dá-se com três eventos ocorridos na Europa: a reforma protestante, o iluminismo e a revolução francesa.

A reforma protestante deu-se com o enfraquecimento político da igreja romana, ocasionado pelo surgimento dos estados nacionais e a convivência de conflitos internos, com a erosão do ideal da cristandade.

A igreja católica, ao condenar a usura, contrapunha-se aos interesses da burguesia; ao interferir nas questões políticas, desagradava os soberanos; ao vender indulgências, afastava-se de seus princípios primordiais.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 3.

²²⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 243.

²²⁸ A doutrina diverge sobre a presença da culpa no sentido de hoje na *lex aquilia*. Sobre o tema, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o Direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 217. FACCHINI também, ao citar ITURRASPE, demonstra sua posição quanto à *lex aquilia*, ao dizer que é na concepção moderna da responsabilidade civil, desenvolvida entre os séculos XVII e XIX, que se incorporará pautas moralistas nesta responsabilidade, exigindo-se uma culpa. FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da AJURIS*, a. XXXIX, n. 127, set. de 2012. p. 158. Assim, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 455-456.

²²⁹ RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2009. p. 212-213.

²³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

²³¹ O tempo histórico revela os marcos jurídicos de cada época. Nas fontes romanas, por exemplo, o clássico se associa a formulações válidas e perfeitas à orientação prática, o mesmo não se atribuindo ao pós-clássico. Daí porque o fenômeno jurídico não ser dissociado de seu tempo e circunstância. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28.

A própria ideia de “sujeito humano” como um ser essencialmente livre, deixando a propriedade de ser instrumento de gozo para se tornar dimensão do sujeito, será uma construção surgida nas antíteses de pensamentos da igreja católica apostólica romana²³², servindo de fundamento para o liberalismo econômico.

Já o iluminismo, fundamentado na confiança da razão humana, independente das verdades religiosas e das verdades inatas, sendo possível o conhecimento da natureza e do espírito, representou a afirmação do valor da realidade terrena e a importância das ciências empíricas.

Nessa concepção, a legitimidade do poder não estava adstrita a uma vontade mística, ou da natureza, mas sim na razão humana, razão porque o ordenamento jurídico devia ser construído mediante o consentimento do indivíduo.

Maquiavel apresentou uma nova imagem do homem, independente de seu grupo social (visão antiaristotélica), sem vínculo ontológico com algum lugar, maximizando a busca de bens, poder e influência²³³.

Hobbes, com o “Leviatã”, fundou a filosofia política da modernidade, transformando o homem em um indivíduo atomista, livre de tudo e soberano na forma absoluta, afastando-se da concepção de corpo social composto de homens para a ideia de pura e simples associação de indivíduos²³⁴.

Aqui, na busca de legitimação do poder, constituiu-se a estrutura lógico-argumentativa da filosofia política na tríade Estado de natureza – contrato – Estado/sociedade, onde, para Hobbes, o homem é impelido a firmar um contrato social, cedendo ao Estado seus direitos em prol de sua autoconservação²³⁵.

²³² BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 117.

²³³ En los escritos de Maquiavelo encontramos una imagen nueva del hombre, decididamente antiaristotélica. Su antropología política tematiza por primera vez al hombre moderno, desvinculado, ontológicamente desprovido de lugar, asocial y dejado a sí mismo, aut centrado; esta antropología política tematiza pues al *homo oeconomicus* apolítico-privado (*unpolitischprivat*), que maximiza permanentemente los bienes, el poder y la influencia. KERSTING, Wolfgang. *Filosofía política del contractualismo moderno*. México: Biblioteca de Signos, 2001. p. 82.

²³⁴ Nessa ideia, partimos da concepção do corpo social como um todo, onde os homens são partes (*universitas*) para a ideia de associação pura e simples de indivíduos (*societas*). DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 76.

²³⁵ *El Estado de Naturaleza se abandona estableciendo un Contrato com outro individuo em el que cada cual, bajo la condición de la reciprocidad de su libertad, desiste de perseguir sus intereses de acuerdo com su própria discreción y se declara dispuesto a someterse a una autoridad legisladora que disponga del poder em forma absoluta*. KERSTING, Wolfgang. *Filosofía política del contractualismo moderno*. México: Biblioteca de Signos, 2001. p. 82.

A partir das ideologias constitutivas do iluminismo, em especial as ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau, se teve uma nova valoração do princípios de organização do poder que realizou a Revolução francesa em sua legislação e organização, onde a constituição, o reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão, a separação de poderes e o império da lei configuraram e Estado de Direito²³⁶.

Assim, a revolução francesa correspondeu ao auge dos ideais iluministas, onde o sistema feudal chocava-se aos interesses burgueses de desenvolvimento do capitalismo.

Do belo lema revolucionário - liberdade, igualdade, fraternidade – a liberdade significou a atomização do indivíduo²³⁷ frente a sua comunidade²³⁸, reconhecido com fim em si mesmo, possuindo autonomia de sua vontade e liberdade de disposição de sua propriedade, significando a liberdade um duplo conceito: liberdade do trabalho e livre uso da propriedade dos meios de produção.

A igualdade permitida era a formal, olvidando, ou ignorando as distinções reais da vida social geradas pelo capitalismo; aliás, a liberdade do homem em alienar sua força de trabalho significou a coisificação do indivíduo. Tinha-se o liberalismo, ideologia elaborada como justificação dessa nova ordem, onde o indivíduo era portador de direitos anteriores à sua sociabilidade²³⁹.

²³⁶ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 63.

²³⁷ O indivíduo era concebido como um átomo isolado, sem qualquer traço de interdependência social, sendo, portanto, causa e fim do Direito, cujo objetivo substancial seria o de assegurar a liberdade descomedida e o mais absoluto possível. O sistema jurídico se encontrava centrado em dois pilares, em âmbito patrimonial, o contrato e a propriedade e somando-se a esses, a família. ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

²³⁸ Os espíritos do século XVIII ansiavam por libertar o indivíduo, na medida do possível, dos obstáculos de intimidação que acabamos de enumerar, aumentando assim sua liberdade de movimento. Desejavam libertá-lo, na medida do possível, da pressão exercida sobre sua conduta pelas exigências do conformismo social; pretendiam reduzir suas obrigações jurídicas às que ele mesmo assumisse voluntariamente por via do contrato; desejavam, por fim, subtraí-lo às ordens de outrem, reduzindo-as ao âmbito do objetivamente indispensável (a lei da razão) e do subjetivamente concedido (a lei é a expressão da vontade geral): são duas coisas diferentes, nas não o eram aos olhos daqueles homens. Os espíritos do século XVIII ansiavam por libertar o indivíduo, na medida do possível, dos obstáculos de intimidação que acabamos de enumerar, aumentando assim sua liberdade de movimento. Desejavam libertá-lo, na medida do possível, da pressão exercida sobre sua conduta pelas exigências do conformismo social; pretendiam reduzir suas obrigações jurídicas às que ele mesmo assumisse voluntariamente por via do contrato; desejavam, por fim, subtraí-lo às ordens de outrem, reduzindo-as ao âmbito do objetivamente indispensável (a lei da razão) e do subjetivamente concedido (a lei é a expressão da vontade geral): são duas coisas diferentes, nas não o eram aos olhos daqueles homens. JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado Moderno: uma história das ideias políticas no século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 133.

²³⁹ A sociedade burguesa, ao tempo de Locke, precisava de uma teoria que professasse a igualdade formal natural, ao mesmo tempo em que justificasse naturalmente a desigualdade econômica.

Nesse tempo, o ser foi substituído pelo ter, constituindo-se o “homem egoísta”, realizado ao gozar plenamente de sua propriedade²⁴⁰; aliás, todos os interesses do indivíduo foram patrimonializados²⁴¹.

Consentâneo à liberdade, teve-se a autonomia privada ou da vontade²⁴², na qual o homem somente podia ser responsável por um ato livre de vícios de consentimento, ou, como diz SCHREIBER, “responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra”²⁴³, não existindo responsabilidade sem culpa provada^{244 245}.

Mas qual o conceito de culpa? A culpa surgiu como reflexo também religioso, e, assim, moral; todavia, sua definição sempre se demonstrou complexa²⁴⁶; não por outra razão, DIAS já afirmava que “é tão difícil definir a culpa, que muitos mestres negam a própria possibilidade de o fazer”²⁴⁷.

A noção de culpa sofreu influências filosóficas do iluminismo (liberdade *versus* responsabilidade), morais (autonomia da vontade *versus* moralidade) e também econômicas, pois a culpa era pressuposto fundamental da responsabilidade e filtro a

CINTRA, Rodrigo Suzuki. *Liberalismo e natureza: a propriedade em John Locke*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2010. p. 71.

²⁴⁰ A mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo era o gozo pacífico, seguro e absoluto da propriedade. Esse era o ápice do Estado burguês, em que propriedade era sinônimo de realização e felicidade.” ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 43.

²⁴¹ O liberalismo permitiu que todos os interesse do indivíduo – inclusive sua liberdade pessoal – fosse articulados na linguagem da propriedade. CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 93.

²⁴² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 42.

²⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

²⁴⁴ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941. p. 551.

²⁴⁵ A culpa é elemento nuclear da responsabilidade civil e justificativa filosófica da teoria subjetiva. Ela ocupa papel nevrálgico na etiologia do ilícito, pois quando a ele fazemos alusão, sempre estarão compreendidos os modelos da culpa e do dolo. Com base em tal imbricação, a responsabilidade civil sempre foi uma responsabilidade subjetiva. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 172.

²⁴⁶ É tão difícil definir a culpa, que muitos mestres negam a própria possibilidade de o fazer. Ripert é, a este respeito, muito expressivo, pois sustenta, sem disfarce, que não há definição legal da culpa, que não se pode, mesmo, tentar formulá-la. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 109.

²⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 109.

pedidos de reparação de danos gerados na primeira fase do capitalismo monopolístico²⁴⁸²⁴⁹.

Diversas foram as definições de culpa, desde a concepção desta exprimir o próprio fato, sendo esta resultado do ato voluntário; passando a culpa pelo próprio sentido vulgar de causa, até a mera violação de um direito por si só²⁵⁰.

Todavia, segundo ALVIM, dois elementos surgiram dessas diferentes definições de culpa, sintetizando o conceito de culpa (1) pelo dever violado (elemento objetivo) e (2) pela imputabilidade (elemento subjetivo)²⁵¹, onde a imputabilidade é a) a possibilidade para o agente de conhecer o dever; e b) a possibilidade de observá-lo²⁵².

Também CORNU falou dessa distinção, quando tratou da definição “*des fautes*”²⁵³, observando, de imediato, que o elemento subjetivo da *faute* não tem correspondente no direito público²⁵⁴.

DIAS afirmou que, para os juristas alemães, a culpa partia de um fenômeno exclusivamente moral, abarcando ao *dolus* e à culpa do direito romano (omissão de cuidado exigido com os negócios), evoluindo para um aspecto objetivo, na busca de estabilidade do conceito, mediante a adoção do critério justiniano do *bonus pater familiaes*²⁵⁵.

²⁴⁸ Para tanto, desenha-se um corpo de regras neutras e assépticas, constante em diversos sistemas jurídicos, com o desiderato de atender a um sistema que demandava a ausência de entraves para o exercício de atividades econômicas, incluindo-se aí a mínima interferência estatal em matéria de autonomia privada, com exceção da eventual reparação de danos decorrentes do exercício de atos de comércio, obviamente filtrada a reparação pela exigência do prova da culpa, limitada a indenização ao equivalente ao dano patrimonial causado. FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174.

²⁴⁹ A responsabilidade civil, em face da teoria clássica, pressupunha culpa. Em não havendo culpa, responsabilidade não havia. E, aquele a quem se atribuía o fato, não podia ser por ele condenado. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 243.

²⁵⁰ LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 48-56.

²⁵¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 243.

²⁵² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*. 10 éd. Paris: LGDJ, 1951. t. 1. p. 207-208.

²⁵³ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 191.

²⁵⁴ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 191.

²⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 110-111.

A culpa subjetiva ou psicológica se preocupava com a avaliação do estado anímico do ofensor²⁵⁶, a fim de apurar se conhecia o dever jurídico e, o conhecendo, se deixou simplesmente de obedecê-lo, agindo com dolo direto (teoria da representação), ou assumiu o risco de produzir o resultado danoso (teoria do assentimento), ou se, por negligência, imperícia, ou imprudência, realizou o dano (culpa *stricto sensu*)²⁵⁷.

Com a revolução industrial, na medida em que se aumentava a produção de bens de consumo, ocorriam danos por vícios no produto e do produto, bem como acidentes de trabalho, devido à mecanização das linhas de produção; contudo, a prova da culpa subjetiva demonstrava-se inacessível à vítima²⁵⁸, que não possuía o conhecimento técnico, exigindo um alargamento da aplicação das regras de responsabilidade civil^{259 260}.

Devido à dificuldade em continuar a leitura da culpa subjetiva clássica frente a industrialização e mecanização dos meios de produção, mas apegados à culpa, a doutrina criou processos técnicos de ampliação daquele instituto, mediante a multiplicação das presunções de culpa, a transformação, em contratual, da culpa aquiliana e a um maior rigor na apuração dessa culpa subjetiva²⁶¹.

Não por outra razão, JOSSERRAND dissera que os processos técnicos aplicados na busca da realização desta responsabilidade e na reparação à vítima enquadravam-se em uma dessas categorias: a) maior facilidade de admissão da existência de culpa; b) estabelecimento ou reconhecimento de presunções de culpa;

²⁵⁶ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999. p. 321.

²⁵⁷ [...]o ato danoso deve ser imputado a seu autor. Assim, mister se faz não só que haja ele violado uma regra de conduta, mas que, agindo dentro de seu livre-arbítrio, tenha o agente tido a possibilidade de prever, de agir diferentemente, impedindo, se lhe aprouvesse, o evento danoso. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145.

²⁵⁸ JOSSERRAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941. p. 551.

²⁵⁹ RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2009. p. 207.

²⁶⁰ Mudança profunda passou a sofrer a teoria da responsabilidade civil a partir do último quartel do século XIX, acentuando-se ao longo do século XX, em consequência dos fenômenos da industrialização e massificação da sociedade. É o que alguns chamam de *era do maquinismo*. A vida em conglomerados urbanos acarretou a multiplicação dos acidentes. Com a disseminação do uso de máquina no processo industrial e no cotidiano das pessoas, operou-se sensível modificação na orientação da doutrina e da jurisprudência para o tratamento das questões relativas à sociedade civil. FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 157.

²⁶¹ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 83-84.

substituição, por vezes, da noção de culpa pelo conceito de risco; e extensão, pela doutrina, da responsabilidade contratual, eliminando a responsabilidade delitual²⁶².

Quanto a dificuldade de se provar a culpa, DIAS, analisando o sistema de responsabilidade alemão, informou que, como métodos paliativos, tentou-se (a) inverter o ônus da prova, e (b) objetivar a noção de culpa, fixando-se um procedimento a ser exigido de todos²⁶³.

Para SILVA, essa resistência doutrinal “era ainda o fetichismo da forma, como o diria Chapus, a atuar, era o desejo de que, pelo menos na etiqueta que rotulasse a solução pelo risco, ainda se pudesse ler a consagrada palavra ‘culpa’”, servindo as presunções como instrumento processual, ao exigir da vítima a prova da relação de causa e efeito entre fato e dano, mas permitindo ao pretense agressor demonstrar que não agira com culpa²⁶⁴.

Não por outra razão, DIAS, quando da introdução do tema responsabilidade objetiva, afirmou que esta teoria tinha o mérito de resolver casos de danos injustos que não seriam reparados pelo critério clássico da culpa, sendo “visível, a este respeito, o erro das soluções encontradas pelos partidários da doutrina tradicional, e notória artificialidade de suas construções.”²⁶⁵.

Aliás, para CORNU, como já dito, dentre os dois elementos formadores da *faute* no direito privado, somente o elemento objetivo importa ao direito público, não havendo correspondente do elemento subjetivo nessa área do direito, onde toda a questão refere-se a uma obrigação preexistente a esclarecer a natureza da *faute*²⁶⁶.

Neste evoluir, adotou-se uma nova forma de observação da culpa, não mais apreciada no caso concreto, tentando-se adivinhar o estado anímico do agente agressor, mas sim em abstrato, tendo-se um parâmetro externo de comparação comportamental, definindo-se essa nova visão como uma culpa objetiva, correspondendo sua constatação mediante o descumprimento de um dever objetivo de cuidado²⁶⁷.

²⁶² JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941. p. 551.

²⁶³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 47.

²⁶⁴ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 83-84.

²⁶⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 49.

²⁶⁶ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 191.

²⁶⁷ Devemos fazer abstração das circunstâncias internas do agente, isto é, do seu estado de alma, hábitos, caráter, ou, numa palavra, das circunstâncias de ordem intelectual, para atendermos tão

Afora as discussões sobre o parâmetro de conhecimento do dever, se subjetivo, ou objetivo, seguindo-se o padrão do homem médio, bem como da necessidade de observá-lo, inclusive sobre o quão o *bonus pater familiae*²⁶⁸ ou o *reasonable man* são padrões de dever moral e contratual²⁶⁹, transpareceu a dificuldade, para a vítima de um dano gerado na sociedade tecnológica, em comprovar uma culpa invisível para olhos leigos²⁷⁰.

BEVILAQUA, neste sentido, conceituava a culpa, destacando apenas seu elemento objetivo, sendo essa toda violação de um dever preexistente²⁷¹, e, ao diferenciar a responsabilidade penal da civil, afirmava que o direito civil vê, por trás do ato ilícito, principalmente a vítima, vindo em seu socorro, conseguindo, assim, “o que poderíamos chamar a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado”²⁷².

Contudo, não obstante os procedimentos adotados pela doutrina e jurisprudência para manutenção de uma responsabilidade subjetiva, os fatos da vida ocorridos no seio de uma sociedade de riscos exigiam a aplicação de uma nova fonte de responsabilidade, alicerçada apenas no binômio dano e nexa causal, mesmo que forçando-se uma presunção de culpa, sem se permitir prova em contrário²⁷³.

GONÇALVES, afirmando que esses fatos econômicos e sociais desmentiram todo o liberalismo jurídico, apresentou os seguintes argumentos contra a responsabilidade subjetiva²⁷⁴:

(a) a história do direito romano demonstra que a culpa nunca fora o elemento capital da responsabilidade civil, não o sendo ainda hoje; ademais, a presunção *juris*

somente às circunstâncias externas, de ordem física, como sejam as de tempo, de lugar e influência do meio social. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 68.

²⁶⁸ BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 231-232, 2008. p. 231-232.

²⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34.

²⁷⁰ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941. p. 550-551.

²⁷¹ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 274.

²⁷² BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 273.

²⁷³ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 19, n. 37, 1998. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>>. Acesso em: 15 set. 2017.

²⁷⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em Comentário ao Código Civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. XII, t. II. p. 467-471.

et jure de culpa era uma ficção dispensável, visto que era perfeitamente aceitável uma responsabilidade sem culpa;

(b) o princípio tradicional da culpa fora criado pelos jurisconsultos romanos para eximir a responsabilidade penal os *infans* e o *furiosus*, porque os romanos jamais conceberam a responsabilidade exclusivamente civil; ainda, era uma pena, o que hoje não se tem, pois se trata de mera reparação econômica;

(c) as obrigações, na maioria dos casos, são contrárias à vontade do devedor, e impostas em atenção ao interesse público, à equidade ou outra razão distinta do interesse individual do responsável;

(d) não é exato que o bem comum consista na livre atividade dos indivíduos, mas sim o mesmo exige as restrições da liberdade do indivíduo necessárias ao convívio social;

(e) a alegação de que a exigência de culpa do autor do dano como regra absoluta corresponde à ideia de justiça é equivocada, conforme demonstrou a história dos trabalhadores lesados;

(f) as necessidades sociais hodiernas demonstram a insuficiência do critério da culpa para fundamento exclusivo, ou sequer principal, da responsabilidade civil;

(g) o conceito da culpa é vago, metafísico e difícil;

(h) a teoria da culpa subjetiva tem o grave defeito de ser inconciliável com a responsabilidade civil das pessoas coletivas; e

(i) os partidários da teoria de responsabilidade acabam por confessar que, na vida moderna, há casos de responsabilidade sem culpa até sem ilicitude do fato danoso.

A revolução industrial foi o marco de crescimento da responsabilidade civil, manifestado pela expansão dos danos suscetíveis de reparação, da objetivação da responsabilidade e da sua coletivização²⁷⁵. Ademais, ao final da 2ª Grande Guerra, teve-se uma nova visão da própria sociedade, onde a concepção egoísta do indivíduo não mais terá espaço.

²⁷⁵ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 19, n. 37, 1998. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 25.

Dentro dessa visão solidarista de sociedade, inclusive com a despatrimonialização das relações privadas²⁷⁶, afastou-se a ideia egoísta do homem proprietário, com poderes ilimitados sobre a coisa, podendo usá-la, gozá-la, fruí-la, enfim, dispô-la da melhor forma que bem entendesse, tendo um poder de oposição absoluto *erga omnes*²⁷⁷.

Transmuda-se para um tempo em que esses poderes estão condicionados à sua função social; também, surgem novos direitos, cuja titularidade é difusa, se não coletiva, não sendo conferidos a um interesse próprio, mas sim “no interesse de outrem ou no interesse social.”²⁷⁸.

Assim, no mundo jurídico os bens da vida possuem delimitadas funções sociais, sendo a solidariedade uma lupa de leitura dos mesmos, pois “o valor solidariedade, como visto, está na base da construção do Estado Social, que intervém ativamente na economia e na sociedade”²⁷⁹.

Nesse sentido, tanto a empresa como a responsabilidade civil²⁸⁰ têm funções sociais, em busca de uma justa distribuição dos danos gerados na sociedade de risco, adotando-se critérios objetivos de responsabilização civil. FACCHINI NETO define com transparência as razões de uma responsabilidade objetiva²⁸¹:

Se o Direito, muitas vezes, sente-se incapaz para evitar e neutralizar os riscos, se os danos são inevitáveis, frutos inseparáveis da convivência social e do desenvolvimento tecnológico, ao menos o Direito deve buscar formas de fornecer segurança jurídica, no sentido de que todo o dano injusto (entendendo-se por dano injusto todo aquele para o qual a vítima não deu causa) deve ser, na maior medida possível, reparado. A responsabilidade civil também tem uma função a cumprir a esse respeito. Para tanto é necessário que se desembarace da imprescindibilidade da noção de culpa, adotando critérios objetivos de responsabilização civil, pois sua função não é a de punir

²⁷⁶ A “despatrimonialização” das relações privadas tem como significado a alocação da pessoa humana como fundamento central das relações privadas, passando o patrimônio a uma posição acessória.

²⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 83.

²⁷⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, a. XXXIV, n. 105, mar. 2007. p. 158.

²⁷⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, a. XXXIV, n. 105, mar. 2007. p. 159.

²⁸⁰ [...] um avanço que apenas se ensaia é o de acomodar a responsabilidade civil no contexto da função social dos direitos patrimoniais, disso decorrendo como principal construção a ideia de que a função da responsabilidade civil não é prioritariamente a reparação do patrimônio do lesado, mas o cumprimento de uma função ético-social de prevenir danos e, quando não for possível essa prevenção, viabilizar o equilíbrio possível no caso concreto. PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

²⁸¹ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, a. XXXIV, n. 105, mar. 2007. p. 187.

o ofensor (para o que seria exigível a culpa), mas sim procurar garantir o ressarcimento da vítima. [...] A solidariedade social, nesta hipótese, parece impor que quem causou o dano suporte as suas consequências.

Ressurge então a ideia de responsabilidade civil objetiva²⁸², ou responsabilidade sem culpa²⁸³, constituída agora do fato, do dano e do nexo causal, passando este último elemento a ter relevância indelével.

Os marcos teóricos fundamentais da responsabilidade civil no século XXI são: a) a ampliação das hipóteses danosas suscetíveis de reparação; b) a ampliação de casos de objetivação da imputação da responsabilidade; e c) a coletivização da responsabilidade²⁸⁴.

Mas a resistência à nova fonte de responsabilização será forte, alegando-se que a responsabilidade objetiva conduziria a sociedade a uma imobilidade tecnológica, pois o industriário não investiria em inovações devido à inexistência de segurança jurídica quanto aos possíveis riscos sociais do empreendimento, ou, se fosse responsável por todos os danos, essa mesma sociedade deveria ressarcir-lo pelos benefícios gerados pela sua atividade, evitando-se um enriquecimento sem causa²⁸⁵.

Ademais, por se ater basicamente a elementos objetivos do fato, a teoria objetiva demonstrava sua natureza materialista, onde a inexistência de proveito retiraria a responsabilidade, mesmo coexistindo o dano, atendendo a meras noções econômicas e filosóficas, sem contornos definidos²⁸⁶. Nesse sentido, as palavras de RIPERT²⁸⁷ bem demonstram os ataques sofridos pela nova teoria:

Por que motivo, pois, não conseguiu a teoria do risco dominar mais completamente os espíritos? Notaram-se as dificuldades técnicas que pode apresentar a aplicação dum princípio demasiado geral. Mas, se o princípio é justo, deve ser relativamente fácil pô-lo em forma e encontrar-lhe um

²⁸² Orlando Gomes entende que não se deveria falar em responsabilidade quando da obrigação de reparar dano gerado por ato ilícito, pois responsabilidade é uma ideia moral inseparável da imputabilidade. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 372.

²⁸³ GONÇALVES diz que “no direito romano clássico e até no justiniano, ainda após a introdução da doutrina da *culpa*, continuou existindo a *responsabilidade sem culpa ou de culpa objectiva*, em relação a todos os casos em que não era admissível a discussão sobre a imputabilidade subjectiva do dano, como produto de dolo, negligência ou imprudência do agente. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em Comentário ao Código Civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. XII, t. II. p. 472.

²⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o Direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228.

²⁸⁵ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 96-98.

²⁸⁶ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 98-111.

²⁸⁷ RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2009. p. 215.

instrumento de apoio. A realidade é outra. Se a teoria do risco não pôde conquistar a força jurídica que se pedia para ela, é porque ela, na realidade, tira à responsabilidade civil o elemento moral de que este princípio extrai a sua força e regula a sua limitação. Quando a lei de responsabilidade apareceu como uma lei física de criação de riscos, tornou-se inadmissível.

A resistência fora inadequada, pois a responsabilidade objetiva se demonstrou fundada nos princípios da equidade e da solidariedade humana^{288 289}, princípios e fundamentos inclusive do Estado brasileiro²⁹⁰.

Ademais, em um sistema capitalista, o risco da atividade e do investimento é elemento integrante no negócio, sendo absorvido no preço do produto, ou serviço, onde regras objetivas permitem um planejamento de atividades^{291 292}.

Por essas razões, LIMA apresentou os seguintes argumentos dos teóricos objetivistas, mostrando:

(a) que é falsa a acusação de materialismo irrogada à teoria do risco, pois a mesma está assentada nos princípios de justiça, equidade, igualdade e fraternidade;

(b) que é contraditória e improcedente a afirmação de que a teoria do risco conduziria à inércia e paralisia da atividade humana. Contraditória, pois as presunções *juris et juri* nada mais eram do que a consagração do risco; improcedente, pois nos casos em que se usava a teoria do risco não existiu qualquer obstáculo ao desenvolvimento econômico;

²⁸⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 96.

²⁸⁹ [...] temos prova no fato de ser precisamente à equidade, ao sentimento de solidariedade social, à revolta em face da desigualdade de fortuna, influenciando nos direitos reclamados pelas partes, as principais inovações com que se procura justificar a chamada teoria do risco. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 55.

²⁹⁰ Já deixamos consignado, de início, no capítulo I, que a concepção socialista do direito, tomada a palavra na acepção de um direito que tenha como suposto não o homem abstrato dos enciclopedistas e dos revolucionários franceses de 79, mas o homem tal qual é: com suas deficiências e fraquezas e naturalmente votado a viver em sociedade, como do ensinamento de Santo Tomás, é uma concepção que se impõe. SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 109.

²⁹¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

²⁹² O estudo da evolução do conceito da culpa, através dos processos técnicos postos em jogo, criando-se, ao lado de presunções *juris et jure* da culpa, a teoria da culpa na guarda, as culpas preexistentes e prováveis, constitui a demonstração irrefragável da objetividade do conceito da responsabilidade extracontratual. Foram os próprios defensores da teoria subjetiva, verificando a impossibilidade de resolver o problema da reparação dos danos, nos acanhados limites da culpa subjetiva, exigindo a imputabilidade moral, que materializaram a noção de culpa. Nesta objetivação se alongaram de tal forma, no intuito de não se desligarem jamais do elemento básico – a culpa, que se perderam em conceitos e teorias, cujos fundamentos são, na realidade, o risco. As presunções *juris et de jure* não passam de casos de responsabilidade decorrentes do próprio fato, pois, senão em teoria, mas na realidade, tais presunções são meros artificios, “mentiras jurídicas” criadas com o intuito apenas de não dar às coisas os seus verdadeiros nomes. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 341.

(c) que a teoria do risco é essencialmente fundada na moral e na equidade, clamando em favor das vítimas da multiplicação de acidentes sociais da vida moderna; e

(d) que a teoria da culpa também não oferecia um princípio definido, sendo a própria noção de culpa vaga e indefinida²⁹³.

Aliás, é versando sobre acidentes de trabalho que SALEILLES propôs, em uma primeira vez, a substituição do princípio da imputabilidade por um princípio de simples causalidade²⁹⁴, mediante a interpretação objetiva da palavra *faute* no artigo 1.382 do Código Civil francês, pois essa se referia apenas ao próprio fato causador do dano, sem indagação do elemento psicológico do agente²⁹⁵.

Também JOSSERRAND, ao tratar da evolução da responsabilidade civil, disse que a causa essencial dessa evolução era o caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea, onde a tecnologia não significa, em regra, segurança, indagando sobre a admissão, pela pessoa, de responsabilidade pelos seus próprios atos, pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto²⁹⁶.

Internamente, a responsabilidade objetiva foi, pela vez primeira, referida no Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro 1912²⁹⁷, regulamento da responsabilidade civil das estradas de ferro, quando se afirmou, em seu artigo 1º, complementado pela primeira alínea, que as estradas de ferro eram responsáveis pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que recebessem para transportar, sendo a culpa sempre presumida, limitando a admissão de prova de exclusão da culpa a certas situações específicas, dentre elas o caso fortuito e a força maior.

Após, o Código Civil de 1916, na combinação de seus artigos 160, inciso II, e 1.519, *caput*, ao versar sobre a responsabilidade pela destruição de coisa alheia, para remoção de perigo iminente, trouxe a ideia da responsabilidade objetiva, pois havia

²⁹³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 142.

²⁹⁴ SALEILLES, Raymond *apud* JOSSERRAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941. p. 356. SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation*. Paris: LGDJ, 1925. p. 376-383.

²⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 56.

²⁹⁶ JOSSERRAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941. p. 548-549.

²⁹⁷ BRASIL. *Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

obrigação de indenizar sem a existência de ato ilícito e, como consequência, de culpa²⁹⁸.

Contudo, a adoção expressa da responsabilidade objetiva do Estado aconteceu pela Constituição Federal de 1946²⁹⁹, onde, em seu artigo 194, previu que as pessoas jurídicas de direito público interno eram civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros.

O Código de Minas, na sua então nova redação, pelo Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, trouxe como obrigação do titular da concessão a responsabilidade pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultassem, direta ou indiretamente, da lavra³⁰⁰.

Já quanto aos danos nucleares, previu a Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977, que a responsabilidade civil era exclusiva do operador da instalação nuclear, independentemente da existência de culpa, não respondendo quando o dano fosse de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza³⁰¹.

No âmbito da responsabilidade civil ambiental, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispondo sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, afirmou que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade³⁰².

²⁹⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 310-312.

²⁹⁹ Sim, porque apenas na Constituição de 1946, em seu art. 194, a responsabilidade objetiva do Estado foi expressamente acolhida em nossa ordem jurídica. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 326.

³⁰⁰ Decreto-Lei nº 227, de 28.02.1967. Art. 47. Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V: [...] VIII - Responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra; [...]

³⁰¹ Art . 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: [...] Art . 8º - O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.

³⁰² Lei nº 6.938, de 31.8.1981. Art 14. [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. [...]

A Constituição Federal de 1988 trouxe, de forma expressa, a responsabilidade objetiva por danos ambientais³⁰³ e nucleares, ao identificar os bens nucleares como bens ambientais e definindo que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa³⁰⁴.

O Código de Defesa do Consumidor³⁰⁵, em 1990, definiu como objetiva a responsabilidade dos fornecedores por danos causados por produtos e serviços defeituosos colocados no mercado.

O Novo Código Civil brasileiro, em seu artigo 927, e parágrafo único, afirmou o dever de se indenizar, mesmo sem culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, apesar de manter como regra a teoria clássica da culpa, o Código Civil de 2002 trouxe cláusulas gerais (artigos 187 e 931) e regras (artigos 932, 933, 936, 937 e 938) mais amplas de responsabilidade civil³⁰⁶.

Ademais, em matéria como dano ambiental, nuclear e terrorismo, a responsabilidade civil extracontratual do Estado é pura ou integral, acompanhando uma evolução no campo da responsabilidade em direção à socialização do risco, garantindo-se a reparação do dano injusto, independentemente do caráter culposo, ou ilícito do ato que o produziu³⁰⁷.

³⁰³ Constituição Federal do Brasil de 1988. Art 225, § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

³⁰⁴ Constituição Federal de 1988, então artigo 21, XXIII, c).

³⁰⁵ Lei nº 8.078, de 11.9.1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências: Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm > Consulta em 28.3.2017.

³⁰⁶ GABURRI, Fernanda. Da insuficiência da noção de culpa e risco: da necessidade de um sistema geral objetivo de imputação da responsabilidade civil extracontratual. In: HIRONAKA, Gisele; FALAVIGNA, Maura Clara (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 89.

³⁰⁷ O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrada cada vez mais no imperativo de reparar um dano do que na censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deva ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima. FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 155.

1.5 A natureza da *faute de service*: a culpa administrativa francesa

Contudo, no momento histórico no qual a proteção da vítima e de seu patrimônio recebe relevo, sem dúvida a imputação de uma responsabilidade pelo risco se demonstra mais racional. Assim se observara quando do uso de presunções de culpa *juris tantum* e *jures et jure*, impondo uma inversão probatória.

Não obstante, quando se versa de danos causados, de forma direta, ou concorrente por omissões administrativas, a doutrina e jurisprudência brasileira adotam, como razão de decidir, a teoria da *faute de service* francesa, a definindo, algumas vezes, como uma responsabilidade objetiva; outras, subjetiva; outras, subjetiva-objetivada.

Essa confusão pode estar ligada a uma ideia de que os comportamentos da Administração Pública são realizados por seus agentes, surgindo daí a ideia de subjetividade, ou à forma de se analisar o mau funcionamento de um serviço público, que será feito mediante critérios objetivos.

Mas a confusão pode ter sido gerada pelo próprio significado da palavra *faute*, manifestação já realizada por DIAS, quando fala da “ingênua” convicção dos doutrinadores franceses em encarar a culpa do seu Código Civil como a mesma culpa do direito justinianeus, dizendo que aquela interpretação errônea se devia ao “uso “ambíguo, mais ou menos inconsciente, dos dois sentidos da palavra *faute* (senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente)”³⁰⁸.

Por essa razão, parece importante, diante da análise de decisões judiciais, descortinar a natureza da culpa administrativa. Ela é objetiva, ou subjetiva? Aliás, sendo objetiva pode ser chamada de culpa, ou é apenas um artifício para não se admitir a responsabilidade objetiva nas omissões da administração pública?

Estes questionamentos não pertencem apenas à doutrina brasileira. Cornu, apresentando a noção de culpa no sistema jurídico-administrativo francês, inicia o seu capítulo II, *LA NOTION DE FAUTE*, dizendo que “Le premier soin des auters qui

³⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 45.

analysent la nature de la faute est de s'interroger: «Est-elle objective ou subjective?»³⁰⁹. Nas palavras do autor³¹⁰:

Objectivisme ou subjectivisme? Le problème n'est pas nouveau. Il résume en lui l'importance plus ou moins grande à donner dans la mise en oeuvre de la responsabilité au lien existant entre un acte et son auteur. Dans la logique de cette idée, la responsabilité est dite objective lorsqu'elle existe indépendamment de la personne qui a accompli l'acte initial, subjective, lorsqu'elle s'affirme et s'apprécie par rapport à son auteur, le centre de la responsabilité étant ici dans la personne même, là dans un critère extérieur à elle. Opter pour l'un ou l'autre système, c'est avant tout choisir le mode d'appréciation de la faute. On a même prétendu établir une liaison entre la détermination du fondement de la responsabilité et la solution apportée au problème de la nature objective ou subjective de la faute.

A ideia de uma culpa administrativa ou *faute de service*³¹¹, onde, na imputação da responsabilidade civil estatal, analisa-se se o serviço público não funcionou, ou funcionou de forma parcial, ou funcionou tardiamente é criação da jurisprudência administrativa francesa³¹², por intermédio de seu Conselho de Estado e de seu Tribunal de Conflitos, denotando a evolução de um Estado irresponsável para um prestacional³¹³.

Por essa razão, faz-se importante compreender o sistema de jurisdição administrativa francês e as origens do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, bem como as razões do surgimento e a natureza da teoria da *faute de service* para

³⁰⁹ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Collection de la Faculté Jean Monnet. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010, p. 212.

³¹⁰ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Collection de la Faculté Jean Monnet. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010, p. 212.

³¹¹ Notion autonome, la faute du service public peut être insérée dans une construction intellectuelle rendant compte de sa logique interne ainsi que de son rôle actuel dans la responsabilité administrative extracontractuelle. C'est tout l'intérêt d'une théorie, ensemble hypothético-déductif constitué de propositions élaborées à partir d'une conceptualisation de la réalité observée, que de permettre une explication des solutions jurisprudentielles qui tente de dépasser la singularité des espèces pour atteindre l'essentiel: la compréhension de la démarche d'ensemble poursuivie par le juge, la découverte de la logique qui l'anime lorsqu'il subordonne l'engagement de la responsabilité publique à l'existence d'une faute de nature à produire ce résultat. PAILLET, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980. p. 278.

³¹² Historicamente, a jurisprudência administrativa constitui uma fonte de grande importância para o direito administrativo, sendo subordinada apenas ao direito legal, ou seja, à lei. De fato, até a segunda metade do século passado raras normas de direito constitucional e de direito internacional tinham aplicação no campo do direito administrativo. ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. *Direito Administrativo*. In: COSTA, Thales Moraes da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 277.

³¹³ Par la suite, l'évolution des idées sur l'Etat, considéré non plus exclusivement comme une puissance mais aussi comme un prestataire de services, permettra de développer une responsabilité administrative fondée sur la notion de mauvais fonctionnement du service, forme publicisée de notion de faute. BENOÏT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 677.

que não se incorpore um instituto incompatível com o sistema jurídico e político nacional.

Na França, tem-se um sistema bipartido jurisdicional: uma jurisdição administrativa³¹⁴ e uma comum, tendo aquela, como organização geral, (a) o Conselho de Estado, como órgão de cúpula; (b) as cortes administrativas de apelação, como 2ª instância; e (c) os tribunais administrativos de 1ª instância. Ainda, coexistem jurisdições administrativas especializadas (Tribunal de Contas, Tribunal de Disciplina Orçamentária e Financeira; tribunais disciplinares; etc)³¹⁵.

Os conflitos de competência entre essas justiças é dirimido pelo Tribunal de Conflitos, órgão paritário, constituído por quatro membros do Conselho de Estado e quatro membros da Corte de Cassação, criado pela Constituição Francesa de 1848³¹⁶.

O sistema jurisdicional administrativo francês é classificado como um sistema objetivo, com ênfase na legalidade e prossecução do interesse público, sendo dotada a decisão final com efeitos *erga omnes*, dando prevalência à validade do ato administrativo³¹⁷.

Essa prevalência sofreu um abrandamento devido a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em sua definição do direito a um processo equitativo³¹⁸, que

³¹⁴ O reconhecimento constitucional da jurisdição administrativa ocorre somente em 1980, quando o Conselho Constitucional afirma sua independência em relação ao Legislativo e Executivo, na Decisão 80-119, cujo considerando 6 diz: "6. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ;". Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con...decision-n-80-119-dc-du-22-juillet-1980.7775.html> > Consulta em 03.4.2017.

³¹⁵ MORAND-DEVILLER, Jaqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit Administratif*. 15. ed. Issy-les-Moulineux Cedex: LGDJ, 2017. p. 67-69.

³¹⁶ Constitution de 1848, lie République. [...] Article 89. - Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif. - Ce tribunal sera présidé par le ministre de la Justice. Disponível em <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lxQvH3PErGAJ:www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1848-ii-republique.5106.html+%cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> > Consulta em 04.4.2017.

³¹⁷ SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares*: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 264-275.

³¹⁸ ARTIGO 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. Disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. > Consulta em 03.4.2017.

abrange todas as titularidades privadas de direitos, salvo questões tributárias e seguridade social, conforme leitura do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³¹⁹.

A bipartição jurisdicional teve origem na teoria constitucional da divisão dos poderes públicos³²⁰, refletindo na Revolução Francesa³²¹, em especial devido à desconfiança do terceiro estado em relação ao *parlement*, vinculado ao poder monárquico³²², trazendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 16, as duas características necessárias de existência de uma Constituição: a garantia de um rol de direitos fundamentais e a separação dos poderes³²³.

Não obstante, é preciso destacar o debate na França sobre as reais consequências da Revolução Francesa como inovação institucional, mera reforma das instituições do antigo regime, existindo uma continuidade do próprio direito administrativo³²⁴.

³¹⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução de Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 88-89.

³²⁰ On pourrati penser, d'après les développements qui précèdent, que l'existence des tribunaux se relie tout naturellement, em France, au principe même du régime administratif et y trouve son origine, que l'existence de tribunaux administratifs procède de la nécessité d'appliquer un droit spécial. Cette idée, si elle constitue em effet une des justifications actuelles de la jurisdiction administrative em France, est cependant totalement étrangère à su formation originaire. Ce qui a provoqué cette formation, dès avant la Revolution de 1789, ce ne sont pas des considérations juridiques et techniques, mais des raison politiques et constitutionnelles d'indépendance de l'administration à égard des juridictions ordinaires. GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 57.

³²¹ Originou-se na França a idéia de vedar ao Judiciário o julgamento de controvérsias que envolvessem a Administração, em virtude, principalmente, de uma interpretação peculiar do princípio da separação dos poderes, combinada a fatos históricos aí ocorridos antes da Revolução Francesa; de fato, no chamado 'Ancien Regime' os Parlamentos dotados de algumas das funções jurisdicionais, passaram a imiscuir-se na Administração, editando preceitos que lhes pareciam aptos a acabar com abusos (mescla de justiça e ação administrativa) e também proferindo censuras a medidas editadas pelo monarca. Assim, após 14 de julho de 1789 procurou-se evitar a interferência de órgãos jurisdicionais na Administração Pública. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44

³²² GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 58.

³²³ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017.

³²⁴ después de 1789, como antes, la existencia de reglas impuestas a la acción administrativa correspondía menos a una victoria de los derechos sobre el poder, que a una ordenación necesaria para su efetividad y perennidad. Lejos de aparecer como limitaciones impuestas desde el exterior al poder público, son los resortes mismos de la mecánica del poder. La puesta en marcha del Derecho administrativo no tiene nada de milagroso. Se inscribe em una tradición, em la que se encuentra el gran principio de que el poder debe estar regulado. BURDEAU apud ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 64.

A Lei de 16-24 de agosto de 1790, em seu artigo 13, afirmou a distinção entre funções judiciárias e administrativas³²⁵, determinando sua separação, inclusive imputando o delito de prevaricação aos juízes que interviessem nas operações dos corpos administrativos, ou citassem os administradores³²⁶:

A Constituição francesa de 1791, em seus artigos 1 e 3, do Capítulo V, mantivera essa proibição, dizendo que em caso algum o poder judiciário poderia ser exercido pelo corpo legislativo ou pelo rei, bem como os tribunais não poderiam intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões às suas funções³²⁷.

Aliás, a origem do Direito Administrativo com conteúdo mais certo e preciso surgirá neste momento pós-revolucionário, entre a contraposição das ideias dos pensadores da época – poder do povo e divisão de poderes – e as necessidades dos revolucionários, buscando um fortalecimento do Poder Executivo^{328 329}.

Assim, impõe-se a *jurisdição do ministro*, sendo competência deste decidir em primeira instância conflitos não atribuídos expressamente pela lei a outra jurisdição,

³²⁵ CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, nov. 2012. p. 499.

³²⁶ GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 58.

³²⁷ Os revolucionários temem que os corpos judiciários retomem, no que toca à nova Administração, a tradição de ingerência e de oposição dos parlamentos. É por isso que fazem derivar do princípio da separação dos poderes a proibição de o judicial estatuir sobre os litígios em que a Administração está em causa. O regime do ano VII completa o sistema, pedindo emprestado à tradição monárquica o seu aspecto positivo: o julgamento desses litígios por órgãos especializados. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 158.

³²⁸ Pues bien, el encuentro entre estas dos fuerzas —quizás contradictorias— condujo al siguiente escenario institucional: a) la centralidad del Poder Ejecutivo por medio del reconocimiento del poder reglamentario; b) la supremacía de la ley; c) la idea de Constitución —aunque con un cariz más programático que normativo— y d) la división de poderes —en términos más rígidos que flexibles—. BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014. p. 37.

³²⁹ O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos. BINENBOJM, Gustavo. *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 43.

mantendo o poder decisório nas mãos dos revolucionários³³⁰, o que será alterado ao se converter essa justiça reservada em delegada³³¹.

No governo de Napoleão Bonaparte³³², criou-se o modelo atual de Conselho de Estado³³³, formado por um corpo de funcionários especializados, independentes dos ministros^{334 335}.

Este Conselho tinha competências (i) normativas e disciplinares, redigindo regulamentos, exercendo poder de polícia administrativa e propondo sanções aos funcionários culpados de prevaricação; (ii) jurisdicionais, exercendo uma jurisdição particular, tendo em vista a teoria da separação de poderes; e (iii) de tribunal de conflitos de atribuição entre os tribunais judiciais e as autoridades administrativas^{336 337}.

Além do Conselho de Estado, Napoleão instituiu, ainda em 1799, os *conséils de préfecture*, para, funcionando à imagem e semelhança do Conselho de Estado, dirimir os litígios envolvendo as administrações locais (nos Departamentos), subsistindo esse sistema de justiça administrativa à queda do imperador, evoluindo, com a instauração da Terceira República em 1870, para um modelo de *justice délégué*³³⁸. repousando

Como consequência, o Conselho de Estado francês passou a exercer sua função judicial não em razão de ser um órgão de assessoramento do chefe do Executivo, mas sim “em nome do povo francês”, significando a separação definitiva

³³⁰ GONZÁLES PÉREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 38-39.

³³¹ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 304.

³³² Depois do golpe de Estado de 1799, Napoleão concentrou em suas mãos importantes poderes e reinstalou a ideia de um Conselho do rei, desta vez, denominando-o Conselho de Estado (art. 52, da Constituição do ano VIII, de 13.12.1799). ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 303.

³³³ Constitution du 22 Frimaire An VIII – 13 décembre 1799. [...] Article 52. - Sous la direction des consuls, un Conseil d’Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d’administration publique, et de résoudre les difficultés qui s’élèvent en matière administrative. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html> > Consulta em 31.3.2017.

³³⁴ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 215.

³³⁵ CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 13. ed. Paris: Montchrestien, 2008. p. 44-45.

³³⁶ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 216-218.

³³⁷ BARRA, Tiago Viana. A responsabilidade civil do Estado. *Revista da Ordem dos Advogados – ROA*, Coimbra, a. 71, n. 1, 2011. p. 127.

³³⁸ GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 60.

entre as funções administrativa e judicante, definindo-se o Conselho como verdadeira instituição judicial³³⁹.

Quanto à responsabilidade civil extracontratual do Estado, sua evolução transcorreu em paralelo à autonomia do Direito Administrativo, sendo a decisão Blanco a pedra angular na determinação de um critério objetivo sobre a competência da jurisdição administrativa³⁴⁰.

A irresponsabilidade estatal vigera até o advento da Terceira República (1870), onde o Estado era responsável civilmente somente quando a lei assim o previsse, cabendo ao particular o ajuizamento de ações civis somente contra o funcionário, onde, na ausência de um código de direito administrativo, importaria as ferramentas do direito privado para tratar sobre a responsabilidade estatal³⁴¹.

Neste sentido, o Conselho de Estado, em 1850, distinguiu a *faute du service* e a *faute personnelle*³⁴², sendo competente a justiça comum para esta última *faute*³⁴³; não obstante, a instauração do processo civil dependia de prévia autorização da própria administração, na forma do artigo 75 da Constituição do ano VIII.

A marca indelével desse instituto foi a proteção exacerbada dos funcionários públicos, em detrimento do particular, sendo quase impossível a autorização para o processamento daquele agente público. Não por outra razão, após a queda de Napoleão III e a formação de um governo provisório pela Comuna de Paris, mediante o Decreto de 18.9.1870, foi revogado o artigo 75 da Constituição.

³³⁹ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 304.

³⁴⁰ O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d'Etat*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e *insubmissa* daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinulativa do próprio Executivo. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 11.

³⁴¹ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 466.

³⁴² ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 473.

³⁴³ DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2004. p. 559-569.

Nesse quadro evolutivo, o Conselho de Estado, já em 1855, no *arrêt Rothschild*, ao analisar a responsabilidade de um empregado dos correios, afastou a incidência do artigo 1.384 do Código Civil francês, reconhecendo o caráter especial do ordenamento próprio do Direito Administrativo³⁴⁴.

Em seus considerandos, o Tribunal reconheceu que a responsabilidade pelos danos causados por empregados públicos não podia ser regida pelo Código Civil; também, afirmara que esta não era uma responsabilidade geral ou absoluta, mas sim variável conforme as necessidades do serviço e do equilíbrio entre os interesses do Estado e do particular³⁴⁵.

Para CORNU, a principal característica distinta da *faute* do direito privado para o direito público está na natureza do autor do dano. No processo privado, há uma vinculação de um ato a um homem; no público, cobra-se o mesmo ato da pessoa moral, afastando-se a pessoa natural³⁴⁶.

Assim, a *faute* no direito público consiste em um funcionamento defeituoso que é sem dúvida importante para provar, mas sem que seja necessário estabelecer a falta de um homem em particular.

Neste sentido, qualquer iniciativa individual estava limitada ao funcionamento interno do serviço³⁴⁷, considerando-se apenas o resultado: o fato da má organização

³⁴⁴ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 471.

³⁴⁵ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Éditions Dalloz, 2012. p. 18-19.

³⁴⁶ Le processus du Droit privé consiste à rattacher un acte à un homme, celui du Droit public à imputer le même acte directement, au-dessus de son auteur réel à une personne morale qui ne l'a pas commis, au prix d'une évasion de cet intermédiaire nécessaire. CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 217.

³⁴⁷ La responsabilité du patrimoine public est engagée lorsque le dommage résulte d'une mauvaise organisation ou d'un fonctionnement défectueux du service, et cela sans qu'il soit nécessaire que, dans ce faite de mauvaise organisation ou de fonctionnement défectueux, il y ait faute de la part d'un agent administratif. C'est en cela que consiste la faute du service public, ainsi dénomée pour indiquer qu'il n'y a pas là faute individualisée d'un agent administratif, mais seulement une irregularité d'origine anonyme et d'aspect objectif dans l'organisation et le fonctionnement du service public. EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2014. t. II. p. 834.

do serviço que isenta qualquer pesquisa adicional³⁴⁸, cuja análise é feita mediante um homem padrão concreto, diligente³⁴⁹.

Conforme CADILHA³⁵⁰, a *faute de service* pode surgir de uma culpa coletiva, onde os danos não podem ser diretamente imputados ao comportamento concreto de um funcionário, resultando de uma atuação global envolvendo uma responsabilidade dispersa, e de uma culpa anônima³⁵¹, cujo dano é imputável à ação de um determinado funcionário, mas não é possível apurar a autoria pessoal do fato lesivo.

Não obstante, a doutrina francesa afirmou dois tipos de *faute de service*³⁵²:

1) uma culpa anônima, quando é impossível ou muito difícil determinar o gerador do dano. Como exemplo, cita-se o arrêt Epoux V, onde uma sucessão de erros cometidos por vários agentes de uma unidade de saúde pública levam o Conselho de Estado a usar uma ficção para responsabilizar a Administração Pública; e

2) outra, mesmo o autor do dano sendo identificado, não se consegue destacar sua atuação do próprio serviço público. Como exemplo, tem-se decisão do Tribunal de Conflitos, de 05.11.2004 (TC, 5 novembre 2004, requête numéro C3426, Préfet des Hauts-de-Seine), onde particular requer indenização devido a manifestação de diretor da polícia de fronteira (imigração) do aeroporto de Roissy-Charles-de-Gaulle et du Bourget, à reportagem de televisão que a considerou difamatória.

³⁴⁸ La faute du service public consiste à l'inverse en un fonctionnement défectueux du service qu'il importe sans doute de prouver, sans qu'il soit nécessaire toutefois d'établir à l'origine, s'il en est une, la faute d'un homme en particulier. Toute initiative individuelle se noie dans le fonctionnement interne du service et les tiers ne tiennent compte que du résultat, le fait de la mauvaise organisation du service qui les dispense de toute recherche supplémentaire. CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 221.

³⁴⁹ Les formules sont depuis longtemps consacrées: on oppose volontiers l'appréciation in abstracto du droit privé, à l'appréciation in concreto du droit public, sans qu'on ait jamais songé pour autant à rechercher qu'elle réelle antinomie se dissimulait sous cet antagonisme de mots, et si elle traduisait réellement une opposition de méthode. CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 225.

³⁵⁰ CADILHA, Carlos Alberto. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 132.

³⁵¹ [...] puede consistir en una falta anónima cuyo autor no aparece de manera precisa, por lo menos bajo la forma de un funcionario determinado; es el servicio en su conjunto el que ha funcionado mal y su comportamiento no ha sido como hubiera podido esperarse. LAUBADÉRE, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1984. p. 114.

³⁵² TIFINE, Pierre. *Droit Administratif français – sixième partie – chapitre 2: responsabilité administrative et responsabilité des agents de l'administration*. Disponível em: <<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/08/droit-administratif-francais-sixieme-partie-chapitre-2>>. Acesso em: 04 maio 2017.

A aplicação dessa teoria independe do carácter material ou jurídico do ato danoso, sendo a *faute de service* uma noção extensiva, aplicável a atos administrativos, ou fatos materiais praticados de forma correta, mas tardiamente; também, comporta graus de culpa, diferenciando-se da responsabilidade objetiva, em princípio, pois a prova da *faute* é incumbência da vítima.

DUEZ³⁵³, ao caracterizar a *faute du service publique*, disse:

- a) constituir-se em uma concepção autônoma, original, pertencente ao direito administrativo, não se apresentando como uma adaptação das ideias civilistas;
- b) sendo uma responsabilidade primária;
- c) não sendo necessária a culpa de um agente (carácter anônimo), mas sim a demonstração do mau funcionamento do serviço público;
- d) desde que esse mau funcionamento tenha um determinado grau de danosidade inaceitável;
- e) podendo atingir diversas pessoas administrativas.

O arrêt Blanc³⁵⁴ (1873), cujos antecedentes são os casos Rothschild (1855), Carcassonne (1858), Deckeister (1861) e Brandy (1861), e complementação no arrêt Pelletier (1873), estipulou a responsabilidade estatal como regra e não mais exceção.

Na decisão Blanco³⁵⁵, o Tribunal de Conflitos firmou o princípio da separação de poderes, definindo a competência administrativa quando das ações de

³⁵³ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Éditions Dalloz, 2012. p. 18-26.

³⁵⁴ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 201.

³⁵⁵ Em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco, 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica de processamento de tabaco, foi atropelada e ferida gravemente por um vagonete que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada. O vagonete pertencia a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bourdeaux e era conduzido por quatro empregados. Inconformado, o pai da menina, Jean Blanco, ingressou, em 24 de janeiro de 1872, no tribunal de justiça (civil) com uma ação de indenização (reparação de danos) contra o Estado, alegando a responsabilidade civil (patrimonial) pela falta cometida por seus quatro empregados. Tendo em vista o conflito de jurisdições, o Tribunal de Conflitos é chamado para resolvê-lo, o que somente será possível com o voto do Presidente do Tribunal, o então Ministro da Justiça, Jules Dufaure, que considerou o Conselho de Estado como competente. Diante dessa decisão superior, prevaleceu a decisão do Conselho do Estado que concedeu uma pensão vitalícia à vítima, lançando, assim, as bases da Teoria do Risco Administrativo que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes. Entendeu-se no caso Blanco que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado os danos causados aos particulares, causados pelas pessoas empregadas pelo serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações jurídicas de particular a particular; que esta responsabilidade não é plena nem absoluta; que ela tem suas regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar o direito do Estado (direito público) com os direitos privados (direito civil). Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>>>. Acesso em 15.01.2017

responsabilidade contra o Estado, devido à “autonomia da responsabilidade da administração”³⁵⁶, autônoma e derogatória do direito comum³⁵⁷, ratificando a decisão Rotischild e confirmando a teoria da *faute de service*³⁵⁸.

Já no arrê Pelletier³⁵⁹, o Conselho de Estado demonstrou que nem toda a *faute de service* implica obrigação de reparar do Estado^{360 361}, sendo a origem da distinção entre a *faute personnelle* e a *faute de service*, estabelecendo-se o sistema do *non cumul*³⁶².

O núcleo essencial da distinção residia “no estabelecimento de prova quanto à existência de umnexo, funcional e final, **entre o acto prejudicial e as actividades, objectivos e necessidades próprios do ‘serviço público’** [...]”³⁶³.

A culpa pessoal é que se separa do serviço de forma suficiente para que o juiz a perceba sem muita análise; a culpa do serviço, pelo contrário, exige necessariamente uma avaliação do funcionamento do serviço³⁶⁴.

Aqui importa ressaltar a distinção apontada por CORREIA quanto as expressões *faute de service* e *faute du service*³⁶⁵:

³⁵⁶ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLES, Herminio. *Tratado de derecho administrativo: parte general: conclusión*. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012. v. II. p. 346.

³⁵⁷ En ce qui concerne la compétence, l’arrê Blanco consacre tout d’abord l’abandon définitif du critère de délimitation des compétences fondé sur les textes en vertu desquels il n’appartiendrait qu’aux tribunaux administratifs de déclarer l’État débiteur. Seule subsiste désormais la référence aux lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, qui interdisent aux tribunaux judiciaires de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, de connaître des actes d’administration, de quelque espèce qu’ils soient. LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 2.

³⁵⁸ LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 1.

³⁵⁹ Pelletier pediu a um tribunal para declarar ilegal a apreensão do jornal que pretendia publicar e que tinha sido feito ao abrigo da lei sobre o estado de sítio. Para tanto, pediu ainda a devolução de cópias apreendidas. O Conselho de Estado considerou que a decisão tomada pelo representante do poder público era ilegal mas que o vício residia no acto decisório e não no decisor. A partir desta decisão fica esclarecida a diferença entre culpa do serviço e culpa do titular. GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 156.

³⁶⁰ BARRA, Tiago Viana. A responsabilidade civil do Estado. *Revista da Ordem dos Advogados – ROA*, Coimbra, a. 71, n. 1, 2011. p. 178.

³⁶¹ MOREAU, Jacques. L’esperienza della Francia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 85-87.

³⁶² GALLI BASUALDO, Martín. *La falta de servicio y la falta personal*. Disponível em <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_falta_de_servicio_y_la_falta_de_personal.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017. p. 660.

³⁶³ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 66.

³⁶⁴ LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 10.

³⁶⁵ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 67-69.

(i) Tem-se a *faute de service* quando a prática do dano pode ser imputada a uma conduta individual de um determinado agente público, existindo o nexo funcional e final entre o acto prejudicial e as actividades, objectivos e necessidades próprias do serviço público;

(ii) Já a *faute du service* tem lugar quando não é possível identificar a conduta culposa e individual de determinado agente público; fala-se em culpa anônima, confundindo-se a *faute* com o funcionamento defeituoso do serviço público.

A ideia de faltas exclusivas será superada, primeiro, no arrêt Anguet (03.02.1911)³⁶⁶, onde o Conselho de Estado considerou a possibilidade de coexistência da *faute de service* e da *faute personnelle*, distintas, independentes e paralelas, sendo assim cumuláveis; depois, nos arrêts *Époux Lemonnier* (26.7.1918)³⁶⁷ e *Mimeur*, onde se admite que, de uma *faute personnelle* pode-se gerar uma *faute de service*.

Atualmente na França, e esse parece ser um movimento padrão no direito da responsabilidade civil no ocidente, mais do que a figura do agressor, o fundamento de responsabilidade está na pessoa da vítima e na proteção de seu patrimônio de danos injustos.

A distinção entre *faute de service* e *faute personnelle* não importará mais à vítima, pois esta poderá demandar a Administração Pública, atribuindo-se a esta o ajuizamento de ação contra o seu funcionário público³⁶⁸. Nesse sentido, diz GAUDEMET³⁶⁹:

Le droit administratif français connaît a la fois une responsabilité personnelle du fonctionnaire et une responsabilité de l'administration. Mais la tendance a été de plus en plus de permettre à la victime une mise en cause de l'administration, même dans les cas de *faute personnelle* de l'agent et dès lors que celle-ci n'est pas, selon la formule consacrée par les arrêts, <<dépourvue de tout lien avec le service>>.

Isso ocorreu no arrêt “*Soc Banque française*”, onde, em um contrato público de obras entre a empresa EBTPE e a Comuna de *Saint-Paul*, a empresa transferiu os

³⁶⁶ LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 122-125.

³⁶⁷ LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 186-192.

³⁶⁸ MORAND-DEVILLER, Jaqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit Administratif*. 15. ed. Issy-les-Moulineaux Cedex: LGDJ, 2017. p. 861.

³⁶⁹ GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 163.

títulos da dívida para o *Banque Française Commerciale* (BFCOI), para facilitar o crédito, mas o prefeito expedira certificados atestando valores a menor, gerando um prejuízo à empresa, considerou o CE francês que, mesmo a culpa do prefeito seja destacável, subsistia um vínculo com a atividade administrativa³⁷⁰.

Também, essa imputação da responsabilidade pública deu-se no arrêt “*Mme. Fauchere*”, em 2010, quando do cumprimento desproporcional de mandado de desocupação de um apartamento, mediante violência policial, descobriu-se que o comissário de polícia responsável pela intervenção era sócio da empresa proprietária do imóvel³⁷¹.

No arrêt *Mme B*, um funcionário que seria removido por interesse do serviço, requer vista de sua ficha funcional, direito assegurado por lei, mas não obtém resposta antes da remoção. Por infringência do devido processo administrativo, o Conselho de Estado francês anulou o decreto que afastava o funcionário de suas funções e condenou o Estado ao pagamento de uma indenização³⁷².

A ideia de *faute de service* é estranha ao direito civil, pois há uma substituição da culpa pelo desequilíbrio do serviço público³⁷³, traduzindo a expressão *faute de service* um significado mais amplo e objetivo, referindo-se a critérios para delimitação

³⁷⁰ Maire ayant émis les fausses attestations à l’origine du préjudice subi par la société requérante avec l’autorité et les moyens que lui conféraient ses fonctions. La faute ainsi commise, alors même que sa gravité lui conférerait le caractère d’une *faute personnelle* détachable du service, n’est, dans ces conditions, pas dépourvue de tout lien avec celui-ci. La victime des conséquences dommageables de cette faute peut dès lors demander au juge administratif de condamner la commune à en assumer l’entière réparation, sans préjudice d’une éventuelle action récursoire de celle-ci à l’encontre de son maire. Conseil d’État, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 02/03/2007, 283257. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT00018259438&fastReqId=1694803203&fastPos=1> > Consulta em 31.10.2017.

³⁷¹ Un commissaire de police détenait, avec son épouse et ses enfants, des parts dans une société civile immobilière (SCI) propriétaire d’un appartement dont l’expulsion de ses occupants avait été demandée par la SCI. Il était intervenu auprès des fonctionnaires de police chargés de l’instruction de la demande afin que soit très rapidement remis au préfet un rapport concluant à ce que l’expulsion ne comportait pas de risque de troubles à l’ordre public et a ensuite été responsable des opérations matérielles d’expulsion. Il a été condamné pour prise illégale d’intérêt par le juge judiciaire, dont les constatations de fait sont revêtues de l’autorité de chose jugée par le juge pénal. Il a commis une *faute personnelle* non détachable du service et donc susceptible d’engager la responsabilité de l’Etat. Conseil d’État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 02/06/2010, 307772. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT00022330541&fastReqId=777361292&fastPos=1> > Consulta em 31.10.2017.

³⁷² Decisão disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=CBE1B95C76B94637EE5C7740EAA350B4.tpdjo11v_2?oldAction=rechExpJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028987601&fastReqId=137906925&fastPos=8 > Consulta em 31.10.2017.

³⁷³ CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. t. I. p. 464.

dos danos imputáveis, separando aqueles praticados pela Administração Pública, ou em seu nome³⁷⁴.

Também BASUALDO diz ser a *falta de servicio* uma ficção jurídica a permitir a responsabilidade estatal sem exclusão da responsabilidade do funcionário público³⁷⁵.

Após essa análise histórica, pode-se dizer que a *faute du service* é uma deficiência no funcionamento normal do serviço, que pode ter sido gerada por culpa de um ou vários agentes da administração, mas que não lhes é imputável a título pessoal³⁷⁶, ou, conforme FRIER e PETIT³⁷⁷:

la faute est le manquement à une obligation préexistante. C'est donc par rapport à un standard, un comportement type, fixé soit par les textes, soit par le juge, qu'est mesuré l'écart entre ce qui a été fait ou non fait et ce qui aurait dû l'être. Cette faute est celle du service qui a mal fonctionné, peu importe qu'elle ait été commise par un agent déterminé ou qu'elle reste anonyme. il n'est pas nécessaire, contrairement au droit privé, de rechercher en premier lieu l'erreur particulière d'un individu pour remonter à celui qui l'emploie.

Segundo VEDEL, a *faute de service* consiste em qualquer violação das obrigações do serviço, podendo consistir em uma ação ou abstenção, em uma falha material, em uma operação simples, em uma falha na organização do serviço, ou no fracasso de sua operação³⁷⁸.

Dentro do sistema administrativo francês, os fundamentos da responsabilidade da Administração Pública são a da culpa (*responsabilité pour faute*)

³⁷⁴ La expresión *faute de service* traduce un significado más amplio y objetivo que el término culpa, refiriéndose fundamentalmente al criterio para delimitar los daños imputables, separando la responsabilidad de la Administración de la del funcionario, *faute personnelle détachable*, sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas responsabilidades, tal como lo reconoció la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado francés. CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. t. I. p. 464.

³⁷⁵ GALLI BASUALDO, Martín. *La falta de servicio y la falta personal*. Disponível em <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_falta_de_servicio_y_la_falta_de_personal.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017. p. 657.

³⁷⁶ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 319-320.

³⁷⁷ FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2015-2016. p. 575.

³⁷⁸ La *faute de service* consiste dans tout manquement aux obligations du service: on ne saurait donc énumérer les diverses fautes de service, car ceci reviendrait à étudier les règles de fonctionnement de tous les services. la faute peut consister dans une action comme dans une abstention, dans un agissement volontaire comme dans une imprudence ou une maladresse. Elle peut être constituée par une décision exécutoire comme par une simple opération matérielle. Elle peut consister dans une défaut d'organisation du service comme dans une défaillance de son fonctionnement. VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1961. p. 252.

e da responsabilidade objetiva (*responsabilité sans faute*)³⁷⁹, sendo esta pelo risco, ou princípio da equidade^{380 381}.

Na *responsabilité pour faute*, esta é graduada em *simple* ou *lourde*, divisão surgida como resistência também à responsabilidade estatal, pois os danos causados por serviços de natureza eminentemente de império (polícia, fisco, etc), ou aqueles de difícil tecnicidade somente seriam indenizáveis se a vítima comprovasse a ocorrência da culpa do serviço e que essa fora grave³⁸².

Hoje, na busca de uma maior proteção à pessoa da vítima, a jurisprudência tem reduzido progressivamente os casos em que a vítima tem de demonstrar a gravidade da culpa, trabalhando como presunções, tendo-se um “*recul de faute lourde*”³⁸³, tendo como exemplo os serviços fiscais, os serviços públicos hospitalares, o serviço penitenciário, o serviço público de polícia³⁸⁴.

Como exemplo, tem-se a decisão da Corte Administrativa de Apelação de Bordeaux que, quando do julgamento de 01 de março de 2012, sobre o uso de algemas para transporte de estrangeiro em prisão administrativa para deportação até o hospital, devido greve de fome, considerou que a simples falha é suficiente para responsabilizar a Administração Pública³⁸⁵.

Mas, afinal, será a *faute du service* uma responsabilidade objetiva, ou subjetiva? A doutrina diverge sobre esta natureza, afirmando alguns a subjetividade dessa culpa, pois os atos administrativos são praticados pelos agentes; outros, que a

³⁷⁹ ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 300.

³⁸⁰ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 466-470.

³⁸¹ Le fondement dégage par la jurisprudence pour la responsabilité de l'administration est double: Il repose, à titre principal, sur la faute de l'administration; cette faute d'ailleurs fait l'objet d'une définition originale: elle ne s'apprécie pas tout à fait de la même manière que la faute du droit civil. En outre, à titre complémentaire, une place croissante a été faite par la jurisprudence à la responsabilité sans faute et notamment pour risque, mais aussi sur le fondement différent – et propre au droit administratif – de l'égalité devant les charges publiques; et dans cette mesure naturellement l'originalité du droit administratif est encore plus accusée. GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 174.

³⁸² ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 301.

³⁸³ FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2015-2016. p. 577-579.

³⁸⁴ MORAND-DEVILLER. Jaqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit Administratif*. 15. ed. Issy-les-Moulineux Cedex: LGDJ, 2017. p. 878.

³⁸⁵ Placement en rétention administrative: la fin de la *faute lourde*? (CAA Bordeaux, 1^o/3/2012, Mr. Mehmet). Disponível em <https://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-administratif/la-responsabilite/la-responsabilite-pour-faute/249-vers-labandon-de-la-faute-lourde-en-matiere-dexecution-dune-mesure-de-placement-en-retention-administrative-cao-bordeaux-1d032012-mr-mehmet> Consulta em 31.10.2017.

expressão *faute* não significa, aqui, culpa, mas sim falta do serviço, sendo sua análise efetuada de forma objetiva; e aqueles que dizem ocorrer uma objetivação da culpa.

A doutrina e jurisprudência majoritária francesa inclinam-se para uma compreensão objetiva da *faute de service*, pois sua apreciação dá-se sobre critérios objetivos^{386 387}. Dentro dessa ideia, disse CHAPUS³⁸⁸,

A cet égard, il ne faut pas se laisser abuser par l'emploi en jurisprudence (et en doctrine) de l'expression traditionnelle de <<faute de service public>>. Seuls les agents (identifiés ou non, c'est sans importance) du service public peuvent commettre une faute; non pas un service public. L'expression doit être considérée comme l'abréviation commode d'une formule telle que <<faute commise dans l'exécution du service public>>.

Repetindo essa ideia de que a responsabilidade civil da pessoa moral será sempre por fato de outrem, mesmo considerando inútil a distinção da natureza da *faute de service*³⁸⁹, CORNU afirmou que a responsabilidade do Estado não é interna, mas sim uma responsabilidade social, sendo que “la faute n’est pas le fondement de la théorie de la <<faute du service public>>”³⁹⁰.

Já para RIVERO, a *faute de service* é subjetiva, pois “os actos culposos da Administração são necessariamente obra de seus agentes; a responsabilidade por culpa de serviço é pois uma responsabilidade por factos humanos”³⁹¹, coexistindo com a responsabilidade sem culpa.

Esta justificativa de verificação da natureza da *faute* parece muito simplista, pois a atuação da administração pública dá-se por seus agentes públicos, pessoas

³⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_Estado_por_la_actividad_de_la_Administracion_.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

p. 9.

³⁸⁷ BENOÏT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif français*. Paris: Dalloz, 1968. p. 709.

³⁸⁸ CHAPUS, René. *Droit Administratif général*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 1996. t. 1. p. 1178.

³⁸⁹ Ces développements concernent uniquement en apparence la faute en droit privé. Si nous nous y sommes attardés, au mépris d'un souci d'équilibre dans la comparaison amorcée, c'est por montrer qu'on ne pourrait creuser ces notions et opposer sur ce thème, *faute personnelle* en droit privé et *faute du service public*. Ce qu'on a dit de la première, on pourrait le redire de la qualifiat cette faute d'objective comme c'est l'évidence? Cette discussion n'ouvre aucune perspective nouvelle. Le choix des terrains de la comparaison est peut-être le plus délict de cette méthode d'analyse. CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 211.

³⁹⁰ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 257-258.

³⁹¹ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 320.

físicas³⁹², não significando que a análise dessa atuação não seja feita de forma objetiva, mediante critérios técnicos.

Aliás, uma das faces do princípio da impessoalidade, descrito na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 37, *caput*, bem demonstra essa realidade, ao afirmar que a atividade administrativa possui uma vontade distinta dos administradores e dos administrados, pois vive ao influxo de uma finalidade cogente.

No sistema colombiano, a *falla del servicio* tem o caráter subjetivo³⁹³. Também o é no Uruguai³⁹⁴. No direito português, a própria lei 67/2007, no seu artigo 7º/3, configura a culpa do serviço como um caso de responsabilidade objetiva, denominando-a a doutrina como subjetiva-objetivada, pois ocorre quando há uma violação de regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidados³⁹⁵.

No direito administrativo argentino, a posição de sua Corte Suprema de Justiça, proferida no caso *Vadell versus* Província de Buenos Aires, sustentará, com base na teoria do órgão, a responsabilidade direta do Estado, assentada em uma ideia

³⁹² Portanto, a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo de que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13

³⁹³ MOTTA CASTAÑO, Deissy; BARACALDO AMAYA, Diego. *Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. Facultad de Derecho. Fondo de Publicaciones, 2010. p. 15.

³⁹⁴ Cabe observar que la norma constitucional bajo examen establece el principio general de la responsabilidad de los entes estatales, pero no determina cuándo surge dicha responsabilidad, es decir, cuál es el criterio de imputación que debe seguirse. Con un *enfoque subjetivo*, se exige, para que nazca la responsabilidad estatal, que exista culpa o dolo, o se acude al concepto francés de falta de servicio, que reclama que este no ha funcionado, ha funcionado tarde o ha funcionado defectuosamente. DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad en el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho – Universidad Católica del Uruguay*. Disponível em <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/839> > Consulta em 07.4.2017, p. 64.

³⁹⁵ GOMES, Carla Amado. Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dezembro. In: *EBOOK do Centro de Estudos Judiciários: plano de formação contínua 2012-2013: responsabilidade civil do Estado [recurso eletrônico]*. Lisboa, jul. 2014. p. 89.

objetiva³⁹⁶ da *falta del servicio*, cujo fundamento radica no artigo 1.112 de seu Código Civil^{397 398}.

Neste sentido, a falta de serviço é uma violação ou anormalidade frente as obrigações do serviço regular, o qual exige uma apreciação em concreto, tomando-se como base a natureza da atividade³⁹⁹, os meios de que dispõe o serviço, o laço que une a vítima ao serviço e o grau de previsibilidade do dano^{400 401}.

Conforme ABERASTURY, a terminologia *falta de servicio* foi adotada pela Corte Suprema de Justiça argentina, com caráter objetivo, advertindo que a falta de serviço torna desnecessária a identificação do agente público, pois a falta é impessoal, vinculada ao funcionamento regular ou irregular do serviço, devendo apreciar apenas se o dano causado ao administrado é motivo de reparação⁴⁰².

A partir de 2014, conforme firmado pela jurisprudência e doutrina⁴⁰³, a responsabilidade do Estado argentino pelos danos que sua atividade ou inatividade

³⁹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Nuevos criterios em la jurisprudencia de la Corte sobre cuestiones de Derecho Administrativo*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Nuevos criterios em la jurisprudencia de la Corte sobre cuestiones de derecho administrativo_.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Nuevos_criterios_em_la_jurisprudencia_de_la_Corte_sobre_cuestiones_de_derecho_administrativo_.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

p. 4.

³⁹⁷ La idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad “por los hechos y las omisiones de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas”. Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 113 del Código Civil. Fallos de la Corte Suprema. JORGE FERNANDO CADELL v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES. 306: 2030. Disponível em <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-jorge-fernando-vadell-provincia-buenos-aires-indemnizacion-fa84000571-1984-12-18/123456789-175-0004-8ots-eupmocsollaf>. > Consulta em 10.4.2017.

³⁹⁸ PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, 2013. p. 50-51.

³⁹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución em la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones sobre los factores de atribucion em la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administracion .pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_em_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_Administracion_.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

p. 7-8.

⁴⁰⁰ Fallo ZACARIAS, CLAUDIO H. v. CORDOBA, PROVINCIA DE Y OTROS. 28.4.1998. Disponível em <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-zacarias-claudio-cordoba-provincia-otros-sumario-fa98000238-1998-04-28/123456789-832-0008-9ots-eupmocsollaf>. > Consulta em 10.4.2017.

⁴⁰¹ GALLI BASUALDO, Martín. *La falta de servicio y la falta personal*. Disponível em <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La falta de servicio y la falta de personal.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_falta_de_servicio_y_la_falta_de_personal.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2017. p. 657.

⁴⁰² ABERASTURY, Pedro. *La nueva ley de responsabilidad del Estado – 26.944*. Buenos Aires, [2014?]. Disponível em: <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 5.

⁴⁰³ GORDILHO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 2. p. 27;

produzirem aos bens ou direitos de terceiros regula-se pela Ley 26.944, de 07.8.2014⁴⁰⁴, cujo artigo 1º afirma que “La responsabilidad del Estado es objetiva y directa”, não sendo aplicáveis as disposições do Código Civil⁴⁰⁵.

1.6. A *faute de service* na doutrina e jurisprudência da justiça federal brasileira

O trabalho apropria-se da ideia objetiva de culpa do serviço, não aplicando os conceitos de culpa civil, como negligência, imprudência ou imperícia, mas sim a mera irregularidade da prestação do serviço que não funcionou, ou funcionou tardiamente, ou de forma defeituosa. Com essa ideia, analisar-se-á a doutrina e jurisprudência brasileira sobre o tema *faute de service*⁴⁰⁶.

O sistema de responsabilidade estatal brasileiro também utiliza distintos fatores de atribuição:

ABERASTURY, Pedro. *La nueva ley de responsabilidad del Estado – 26.944*. Buenos Aires, [2014?]. Disponível em: <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 2.; PERRINO, Pablo Esteban. La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. In: *EL DERECHO – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 13.698, 31 mar. 2015. p. 3; CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_Administracion_.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 6. Também, ELIADES, Analía. *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas*. 2013. Disponível em <<http://www.saij.gob.ar/analía-eliades-responsabilidad-estado-prospectiva-perspectiva-clasico-instituto-juridico-atraviesa-nuestras-vidas-dacf130084-2013-05-06/123456789-0abc-defg4800-31fcanirtcod>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 02.

⁴⁰⁴ Autores argentinos, como ABERASTURY, Pedro. *La nueva ley de responsabilidad del Estado – 26.944*. Buenos Aires, [2014?]. Disponível em: <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 1.; e PERRINO, Pablo Esteban. La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. In: *EL DERECHO – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 13.698, 31 mar. 2015. p. 2. criticam a referida lei por considerá-la uma retrocesso na posição jurisprudencial já firmada pela Corte Suprema argentina.

⁴⁰⁵ Ley 26.944. Responsabilidad estatal. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=233216> > Consulta em 13.4.2017.

⁴⁰⁶ Conforme Cahali, a falta de serviço “reflete, em realidade, como assinala Duez, uma das nuances da responsabilidade objetiva que vinha tomando corpo, sob inspiração diversa, no contexto do próprio direito civil; [...] a falta do serviço público não é mais necessariamente ligada à ideia de falta de um agente determinado, bastando, para a responsabilidade, um mau funcionamento geral, anônimo, uma falha no serviço, à qual o dano possa ser imputado.”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32.

a. tem-se a equidade na distribuição das cargas públicas quando das condutas lícitas da Administração Pública surgir um dano anormal e especial do particular, adotando-se a distinção de ALESSI entre responsabilidade e sacrifício⁴⁰⁷;

b. a responsabilidade objetiva pelo risco integral quando do prejuízo causado por atividades perigosas (incêndio em paiol devido a raio), ou assunção de responsabilidade internacional (atentados terroristas em aeronaves);

c. a responsabilidade objetiva pelo risco administrativo devido às ações ou omissões antijurídicas estatais; ou

d. no caso das omissões, responsabilidade subjetiva pela *faute de service*.

Distinto dos demais sistemas jurídicos analisados, o Brasil somente adota a teoria da *faute de service* nos casos de omissões administrativas; contudo, mesmo nesse uso limitado percebe-se uma diversidade de posicionamentos sobre a natureza desta *faute* e suas consequências jurídicas. Inicia-se pela doutrina.

MELLO declarou duas afirmações quanto à responsabilidade estatal por omissões: 1º) que esta responsabilidade somente pode ser subjetiva, pois não se enquadra no risco-proveito; e 2º) só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço que, ao não funcionar, ou funcionar mal ou tardiamente, atingiu os usuários do serviço⁴⁰⁸.

Essa visão foi mantida na doutrina brasileira, nos escritos de CELSO ANTÔNIO. Este autor afirma que, desde a Constituição brasileira de 1946, não se pode discutir sobre a possibilidade da responsabilização objetiva do Estado, inclusive quanto ao atos lícitos causadores de prejuízo anormal e especial, bem como aos danos oriundos do chamado “fato das coisas”⁴⁰⁹.

Ainda, entende como atos equiparados aos comissivos, aqueles casos em que o Estado cria, mediante um ato positivo, a situação de onde emerge o dano. Contudo, quanto às omissões, mantém a posição da responsabilidade subjetiva, mediante a teoria da *culpa, ou falta de serviço*⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1958. p. 519 et seq.

⁴⁰⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 487.

⁴⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1049-1050.

⁴¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1050-1051.

A corrente subjetivista da responsabilidade estatal estrutura-se, em regra, na teoria da *faute de service*, pois o dano não decorre da atuação do agente público, mas de uma omissão do poder público, sendo necessário se observar a existência de norma obrigando o Estado a uma atuação positiva, ou, se agindo, o fez de forma insuficiente⁴¹¹.

MEIRELLES afirmou que a tese da culpa administrativa está dentro do que chama “tronco comum da responsabilidade objetiva”⁴¹², diferenciando-as entre a exigência da falta do serviço (culpa administrativa) e do fato do serviço (responsabilidade objetiva), sendo a culpa presumida no primeiro caso e inferida do fato lesivo no segundo⁴¹³.

BACELLAR FILHO diz que essa divergência está vinculada à tradução da expressão *faute de service*, pois tem como significados tanto o **erro** como a **culpa** do serviço. Assim, aqueles que compreendem a *faute* como erro adotam a teoria objetiva; os que a traduzem como culpa, a teoria subjetiva⁴¹⁴.

Na jurisprudência, a discussão não é menor. O TRF1, na Apelação Cível n. 2009.38.01.005094-3 / MG, pela sua 6ª Turma, disse que, no caso de conduta omissiva da Administração, ou seja, um não fazer que provoque danos a terceiros, aplica-se a responsabilidade subjetiva, diferente, portanto, daquela prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Para a 6ª Turma, em tais situações de responsabilidade por omissão, a culpa da Administração é comprovada com a demonstração da “falta do serviço”, ou seja, é necessário verificar que o serviço prestado pela Administração fora deficiente.

Já a 5ª Turma do TRF1 tem por objetiva essa responsabilidade por acidentes de trânsito. É o que se apura do acórdão na Apelação Cível n. 0003012-23.2011.4.01.3702/MA, onde se discutiu a responsabilidade da Administração Pública

⁴¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 325; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 255.

⁴¹² Moreira Neto também apresenta a teoria da falta do serviço como o primeiro passo de uma responsabilidade objetiva da administração pública, dizendo que a noção de falta do serviço substitui a de culpa. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 657.

⁴¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 781.

⁴¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

em colisão entre motocicleta e animal semovente (cavalo) transitando sobre a pista de rolamento, onde se imputou à vítima a prova da falha no serviço público prestado⁴¹⁵.

Contudo, a mesma 5ª Turma do TRF1, quando de assalto em rodovia, entendeu como subjetiva a responsabilidade, no mesmo fundamento de sua 6ª Turma, ou seja, a necessidade de configuração do dolo ou culpa, consistente esta na imprudência, negligência ou imperícia⁴¹⁶.

No TRF3, sua 6ª Turma, na Apelação/Reexame Necessário n. 1565170/SP, reconheceu como subjetiva a responsabilidade estatal devido a sinistro e morte do

⁴¹⁵ ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO OMISSIVO. CF/88, ART. 37, § 6º. ANIMAL NA PISTA. PERÍMETRO URBANO. ACIDENTE. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Discute-se a responsabilidade do DNIT em razão de acidente decorrente do choque entre motocicleta e semovente (cavalo) que invadiu pista de rolamento de rodovia federal, localizada dentro de perímetro urbano. 2. Independentemente da imputação de conduta comissiva ou omissiva, a Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, responde, sempre, objetivamente. Nas hipóteses de omissão, há de se perquirir a existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso. 3. Não é na falta de conservação da pista de rolamento (bom estado, seca e sem obras que dificultassem a trafegabilidade ou desviassem a atenção do motociclista) que o demandante fundamenta seu pleito indenizatório, mas na afirmada omissão em não apreender animais abandonados na via pública. 4. O fundamento da responsabilização por omissão reside na existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso. 5. Em se tratando da imputação de responsabilidade à Administração Pública por conduta omissiva é imprescindível que reste demonstrada falha no serviço prestado/demandado, em particular, ausência de fiscalização e patrulha da rodovia de modo a prevenir a existência de animais na pista de rolamento ou mesmo de sinalização da possibilidade de sua ocorrência de modo a prevenir os usuários. 6. À míngua de prova da omissão de dever legal imposto à parte ré, ônus que competia ao autor, não é possível lhe imputar responsabilidade pelo acidente, principalmente considerando tratar-se de perímetro urbano, onde se requer atenção redobrada dos condutores de veículos automotores

⁴¹⁶ AC 2004.34.00.043598-4 / DF – TRF1 – QUINTA TURMA - ADMINISTRATIVO. ASSALTO EM RODOVIA FEDERAL (BR-050). CAUSA DETERMINANTE DO ASSALTO. LIVRE ASSOCIAÇÃO DE TERCEIROS NÃO INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO QUE SE REUNIRAM PARA COMETER CRIMES. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. SUPOSTAS OMISSÕES NO DEVER DE CONSERVAR A RODOVIA E FISCALIZÁ-LA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA QUE NÃO INDICA RODOVIA EM ESTADO PRECÁRIO E COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE CONSERVAÇÃO DA RODOVIA VIGENTE À ÉPOCA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ALEGADA OMISSÃO E OS DANOS EXPERIMENTADOS PELO AUTOR. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A causa determinante do evento não foi a suposta omissão da União na manutenção da rodovia ou falha no exercício do poder de polícia na fiscalização pela Polícia Rodoviária Federal, inexistindo nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público - falhas na manutenção e no dever de fiscalização da rodovia - e o evento danoso, que decorreu de uma tentativa de roubo onde a vítima foi alvejada por um projétil disparado pelos assaltantes, nenhuma responsabilidade tem a Administração. 2. A responsabilidade extracontratual do Estado por atos omissivos não se adequa à hipótese do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Vale dizer, é subjetiva, em ordem a exigir, para a sua configuração, dolo ou culpa, consistente esta na imprudência, negligência ou imperícia do agente estatal. Doutrina. Precedentes do STF.3. “A falta do serviço - faute du service dos franceses não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro” (RE 369820/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 27/02/2004, p. 38). 4. Apelação improvida.

condutor causado por buraco na pista⁴¹⁷. A posição da turma se repete na Apelação Cível n. 1414892/SP.

Na Apelação/Reexame Necessário n. 1568842/SP, a 3ª Turma do TRF3, ao tratar de furto de títulos da dívida agrária, reconheceu a responsabilidade subjetiva do INCRA por omissão quanto ao controle dos títulos sob sua custódia, caracterizando uma culpa pela *faute du service*⁴¹⁸.

⁴¹⁷ *RESPONSABILIDADE CIVIL* EXTRA CONTRATUAL. DNIT. FAUTE DU SERVICE: NEGLIGÊNCIA MANIFESTA. BURACO SOBRE A PISTA DE ROLAMENTO, COMO CAUSALIDADE DE SINISTRO EM VEÍCULO E MORTE DO CONDUTOR. PROVA EXTREME DE DÚVIDAS DA OMISSÃO DO ÓRGÃO E AUSÊNCIA DE QUALQUER CONTRAPROVA FEITA PELA AUTARQUIA RÉ. ARGUMENTOS DO APELO ANÓDINOS. DANO MORAL MANIFESTO, COM A MAJORAÇÃO DO VALOR DA RESPECTIVA INDENIZAÇÃO, NA ESPÉCIE (MORTE DO PAI DOS AUTORES). DESCABIMENTO DE SER “DECOTADO” O VALOR DE “SEGURO OBRIGATÓRIO”, A RESPEITO DE CUJO PAGAMENTO O DNIT NADA DEMONSTROU NOS AUTOS (IMPOSSIBILIDADE DE ACÓRDÃO COM EFEITOS “EVENTUAIS”). HONORÁRIA MANTIDA, NA ESTEIRA DO ENTENDIMENTO DO STJ. APELAÇÃO DOS AUTORES PROVIDA. APELAÇÃO DO DNIT E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. 1. Trata-se de ação de indenização proposta em 13/4/2005 por PATRÍCIA ELENA VILLALBA E SIDNEY RODRIGO VILLALBA, em face do DNIT - Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, com vistas à condenação do réu ao pagamento de danos materiais e morais. Afirmam que são filhos de Wilson Fogaça Villalba, falecido em 17/7/2004, aos 53 anos de idade, quando trafegava pela Rodovia Transbrasiliana e, nas proximidades do km 326,6, sentido Ourinhos/Marília, seu automóvel Fusca, placa CSF 0906, caiu num buraco existente na pista, decorrente do péssimo *estado* de conservação da pavimentação do local, conseqüentemente perdendo o controle do veículo, ensejando o choque contra uma árvore, o que acarretou sua morte. Sentença de parcial procedência. 2. O panorama emergente dos autos mostra que o acidente descrito deveu-se a evidente negligência do DNIT (FAUTE DU SERVICE), pois o órgão, desrespeitando os encargos de manutenção da rodovia que lhe são impostos pela Lei nº 10.233/2001, nada fez em face dos buracos que existiam na pista de rolamento (laudo do Instituto de Criminalística), descuidando da sorte dos motoristas que se vêem premiados a trafegar sobre o leito carroçável, o que configura indicativo seguro da pertinência subjetiva da causalidade material do evento danoso. Nem mesmo a esdrúxula “imputação de culpa” feita pelo DNIT contra o Exército - que no entender do órgão “estaria” reparando a rodovia - salva a autarquia de responder, porquanto é dela a *responsabilidade* pela conservação da estrada onde o sinistro ocorreu.

⁴¹⁸ PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA - TDAS. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. TDAS ADQUIRIDOS DE BOA-FÉ APÓS TEREM SIDO FURTADOS DO INCRA E POSTOS EM CIRCULAÇÃO NO MERCADO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. *RESPONSABILIDADE* SUBJETIVA DO INCRA POR OMISSÃO QUANTO AO CONTROLE DOS TÍTULOS QUE ESTAVAM SOB SUA CUSTÓDIA. CULPA CARACTERIZADA. FAUTE DU SERVICE. INDENIZAÇÃO DEVIDA ACRESCIDA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA PARTE AUTORA. ARTIGO 21, CPC. 1. O desbloqueio das TDAs não foi de logo deferido, ficando a sua decisão no aguardo de apuração do furto, objeto do processo administrativo nº 21490.001122/96-61 (fl. 107), o qual fora anexado ao processo principal nº 54.190.001368/97-21, e segundo consta da Informação/INCRA/CP-TCE nº 002, de 29/01/2004 (fl. 843), ainda não havia sido julgado até aquela data. Assim, enquanto pendente a decisão administrativa sobre o pedido de cadastramento e desbloqueio das cédulas, o curso da prescrição quinquenal esteve suspenso, nos termos do artigo 4º, parágrafo único, do Decreto nº 20.910/32. Proposta a presente ação em junho de 2005, não se consumou a prescrição. 2. Da análise da fundamentação fática e jurídica veiculada na presente ação, extrai-se um dado incontroverso: as TDAs foram furtadas do cofre existente na repartição do INCRA. Conforme restou apurado administrativamente e na esfera penal, resta claro que o evento danoso em questão decorreu de evidente falta de vigilância dos próprios servidores do INCRA, que eram responsáveis pela guarda do cofre do Instituto. 3. Embora a farta prova documental carreada aos autos não aponte a autoria do furto, a pretensão de *responsabilidade*, no caso, decorreu de falha no dever funcional, ou seja, de uma *omissão*, tratando-se, pois, de *responsabilidade* subjetiva

O TRF4, pelas suas 3ª e 4ª Turmas, entenderam a responsabilidade estatal por acidentes de trânsito causados devido à má conservação de rodovias federais como subjetiva, pela *faute du service*.

Neste sentido, quando da análise da Apelação/Reexame Necessário n. 5027319-94.2010.404.7100, a 3ª Turma afirmou, em seu acórdão, que nos casos de ato omissivo da Administração, a responsabilidade civil do Estado passa a ser subjetiva, sendo necessária, assim, a presença também do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua caracterização⁴¹⁹.

Também, na Apelação Cível n. 5007119-3120134047207, a 3ª Turma afirmou a mesma tese, decidindo que a responsabilidade do Estado por condutas omissivas encontra fundamento na teoria da falta do serviço (*faute du service*), segundo a qual o ente estatal só deve ser responsabilizado, em casos de omissão, quando o serviço público não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente.

Não outra posição será a da 4ª Turma do TRF4, na Apelação Cível n. 5001142-4020134047116, ao dizer que a responsabilidade do Estado quando o dano resulta de suposta omissão - falta de serviço - obedece a teoria subjetiva e só se concretiza mediante prova da culpa, isto é, do descumprimento do dever legal de impedir o evento lesivo.

Analisando acórdãos do TRF5, quanto aos acidentes de trânsito pela presença de animais na pista, ou de buracos, percebe-se uma unicidade quanto à natureza da responsabilidade estatal: objetiva.

Não obstante, exige-se a constatação da deficiência no funcionamento normal do serviço e as peculiaridades do caso concreto, como as circunstâncias de tempo e lugar, afirmando-se que “a culpa do serviço estatal possui um caráter relativo, de sorte

estatal por atos omissivos de seus agentes. 4. Nos casos em que verificados danos por *omissão*, só deve ser responsabilizado o *Estado* quando, embora obrigado a impedir o dano, descumpra o seu dever legal (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou de forma ineficiente). Em outros termos, nos atos omissivos, só há *responsabilidade* quando decorrente de ato ilícito. 5. Pela ótica da teoria subjetiva, são três os fatores indispensáveis à responsabilização *civil*: a *omissão* ilícita estatal, a efetiva ocorrência dos danos, e a relação de causalidade entre o dano e a conduta culposa do ente público.

⁴¹⁹ ADMINISTRATIVO E CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO RESPONSABILIDADE DO DNIT E EMPREITEIRA. MORTE. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO EM SENTENÇA [...] Nos casos de ato omissivo da Administração, doutrina e jurisprudência têm defendido que a responsabilidade civil do Estado passa a ser subjetiva, sendo necessária, assim, a presença também do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua caracterização. A falta do serviço (*faute du service* dos franceses) não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

que um mesmo fato, a depender das variáveis, poderá ser tido como culposo ou não⁴²⁰.

Contudo, quando da análise de Ação Civil Pública versando sobre a demora de atendimento de pacientes em lista de espera para tratamento oncológico, a 1ª Turma deste Tribunal embasou seu acórdão na responsabilidade subjetiva da Administração Pública devido a se tratar de omissão na falta do serviço⁴²¹.

Sem dúvida, se o tema responsabilidade civil é tormentoso na esfera privada, mais complexo se apresenta na esfera pública. A característica de Estado prestador de serviço público é tranquila na doutrina e jurisprudência, mas existem limites a essa prestação.

Conforme observado nas decisões analisadas, pode o Estado responder de forma objetiva por um acidente rodoviário devido a animal na pista de rolagem, como

⁴²⁰ Como exemplo, a APELREEX/PE 08005578920144058308 – 4ª TURMA - ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. ANIMAL TRAFEGANDO NA PISTA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DO DNIT. CULPA DO SERVIÇO PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA. NÃO SE AFIGURA RAZOÁVEL EXIGIR DO ESTADO FISCALIZAÇÃO OSTENSIVA EM RODOVIA EXTENSA E DIVERSIFICADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO OCORRÊNCIA. APELAÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. Nos termos da legislação que estabelecem as suas atribuições funcionais, constitui dever da União e do DNIT fiscalizar e zelar pela segurança nas rodovias federais. Precedentes. Legitimidade passiva ad causam da União e do DNIT reconhecidas. Preliminares rejeitadas. 2. Para se caracterizar a responsabilidade estatal por ato omissivo deve-se se constatar a deficiência no funcionamento normal do serviço e as peculiaridades do caso concreto, como as circunstâncias de tempo e lugar. Assim, a culpa do serviço estatal possui um caráter relativo, de sorte que um mesmo fato, a depender das variáveis, poderá ser tido como culposo ou não. 3. Embora seja dever do Estado fiscalizar e vigiar as rodovias para impedir que animais soltos invadam a pista e causem acidentes, considerando a dimensão geográfica do Brasil e a extensão das estradas federais, não é razoável exigir que essa fiscalização estatal seja feita de forma igual e intensa em todas as partes das rodovias existentes. 4. No caso, considerando as circunstâncias fáticas em que ocorreu o acidente em apreço - choque de motocicleta com animal solto na pista (cavalo), na BR 407, KM 105.1, área rural do município de Petrolina, pela manhã - entendo que não restou caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado por omissão.

⁴²¹ APREEX/00016108620104058500 – 1ª turma - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). TRATAMENTO ONCOLÓGICO. FALTA DO SERVIÇO. LISTA DE ESPERA. [...] 7. “Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço” (RE nº 369.820/RS, STF, Segunda Turma, Min. Carlos Velloso, DJ 27/2/04, p. 38). 8. Para fins de exame da pretensão indenizatória decorrente de falha na prestação de serviço inerente ao SUS, a apuração da causalidade deve levar em consideração o comportamento do sistema como um todo, não o individual de cada componente dele. 9. A radioterapia é serviço coberto pelo SUS. Logo, deve ser prontamente prestado ao paciente que dele necessite, sob pena de responsabilização civil. 10. Caracterizada a deficiência dos serviços de radiologia prestados pelo SUS em Sergipe e a negligência da Administração ao deixar de adotar as providências que propiciariam aos pacientes incluídos em lista de espera o oportuno acesso ao pertinente tratamento de saúde, os danos materiais e morais daí decorrentes devem ser indenizados.

pode ser considerado irresponsável, visto a irrazoabilidade em se exigir cercamento ou fiscalização contínua em uma estrada de extensão continental.

Pode o Estado responder objetivamente por um assalto praticado por um criminoso que recém fugiu do sistema penitenciário, como pode ser irresponsável, dependendo o lapso temporal entre a fuga e o novo crime. No caso de guarda, mesmo que tome todas as providências possíveis e imagináveis para evitar um dano, se terceiro o praticar, será o Estado o responsável.

Bem. Quais os limites dessa responsabilidade? Como permitir-se a um Estado planejar seus serviços públicos a fim de evitar responsabilizações?

A última crise econômica colocou a prova o princípio da vedação de retrocesso dos direitos fundamentais sociais, demonstrando que a reserva do possível pode ser um argumento de restrição desses direitos. Assim, o direito fundamental à administração pública eficiente, onde o Estado tem plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas exige uma leitura razoável dos deveres estatais.

Ademais, mesmo que se alegue um elemento subjetivo na *faute*, há uma preponderância objetiva na avaliação de uma obrigação para se denotar seu descumprimento⁴²². Desta feita, parece mais lógica uma leitura objetiva da responsabilidade estatal, limitada a princípios de direito administrativo como o da eficiência e da razoabilidade.

⁴²² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 293.

2 O DEVER CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após a revisão conceitual apresentada, apontam-se as razões suficientes para se adotar, também nas omissões administrativas geradoras de danos a terceiros, uma responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública de natureza objetiva.

Mesmo que o sistema constitucional brasileiro, desde a Constituição Federal de 1946, trate da responsabilidade civil extracontratual do Estado de forma única – uma responsabilidade objetiva-, parte da doutrina e jurisprudência mantém a resistência desta objetivação quanto aos comportamentos negativos da Administração Pública.

Neste contexto, distinguem-se pelo menos três posições sobre o tema:

1) aquela em que a responsabilidade está vinculada ao comportamento estatal. Se comissivo, a responsabilidade será objetiva; se omissivo, subjetiva⁴²³;

2) aquela em que, adotando por completo a teoria da *faute de service*, mas somente na presença de concausas, a responsabilidade do Estado só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse⁴²⁴; e

3) a divisão das omissões estatais em genéricas e específicas, onde o dano produzido em virtude de omissão genérica exige uma conduta culposa da Administração Pública; se a omissão estiver vinculada a um dever específico de agir, bastará aferir o nexo de causalidade e o dano⁴²⁵.

Interessante é que, mesmo tendo legado do direito francês a teoria da responsabilidade da administração pública⁴²⁶, no Brasil a doutrina e jurisprudência majoritária não adotaram a teoria da *faute de service* em sua plenitude, utilizando-a apenas nas omissões administrativas. Um dos fundamentos para a sua adoção será o receio de converter o Estado em segurador universal.

⁴²³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 481.

⁴²⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 162.

⁴²⁵ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 56-59.

⁴²⁶ AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr. 2015. p. 77.

Essa parece ser a ideia de CAVALCANTI, ao aceitar uma responsabilidade objetiva para as condutas positivas da Administração Pública, mas, no caso de omissões, afirmar que o Estado somente deve responder pelo dano alegado quando se houver verificado que a omissão do agente pública fora culposa ou dolosa, pois

[...] se assim não fôra, o Estado ver-se-ia obrigado a responder por tudo quanto os seus representantes deixassem de atender na esfera das suas atribuições, se cada indivíduo entendesse ou pretextasse, que daí proviera uma lesão ou danos a seus direitos...⁴²⁷

Também era a posição de MELLO, ao afirmar que a responsabilidade do Estado por omissão somente pode ocorrer na hipótese de culpa anônima da organização e funcionamento do serviço, que não funciona, ou funcional mal ou com atraso, pois não se enquadraria na teoria do risco-proveito⁴²⁸.

Essa resistência perdura aos dias atuais, na expectativa de que a admissão de uma responsabilidade objetiva estatal como regra constituiria um severo ônus financeiro para as entidades públicas⁴²⁹. Este será o argumento das três posições doutrinárias acima alegadas^{430 431}.

Não obstante, tanto a teoria da *faute de service* quanto a interpretação adotada pelos Tribunais Regionais Federais brasileiros demonstram ser possível a adoção de uma leitura objetiva da responsabilidade estatal nas omissões.

⁴²⁷ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II. p. 350.

⁴²⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 487.

⁴²⁹ GOMES, Carla Amado. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 2, jul./dez. 2014. p. 205; MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: IbdeF, 2012. (Serie Europa-América). p. 238-241.

⁴³⁰ É de ler o art. 37, § 6º, da Constituição e deduzir que a responsabilidade objetiva decorre da ação administrativa, e não da omissão não ligada a dever específico de agir. Nem poderia ser diferente, pois isto implicaria cobertura, pelo Estado, de boa parte dos riscos inerentes à vida coletiva. CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 56-57.

⁴³¹ O Estado não tem, por certo, o dever de tudo prover e de tudo cuidar. Apesar de ter muito poder, também não pode tudo. Não pode, por exemplo, impedir que fatos externos, inevitáveis e irresistíveis, causem prejuízos aos particulares, ou que terceiros matem, roubem ou lesem por qualquer modo seus semelhantes. Seria, assim, claramente impensável estender a responsabilidade do Estado a todos os eventos danosos, dando-lhe ainda o caráter de responsabilidade objetiva. Só na ilha da Utopia seria talvez concebível um sistema assim. COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 161-162.

Conforme já observado, a natureza da *faute de service* conduz a discussões inclusive em seu berço, a França, tendo-se lá uma posição doutrinária e jurisprudencial majoritária de que a análise de seus critérios é feita de forma objetiva⁴³².

Devido a essa divergência, CORNU afirmou que o elemento subjetivo da *faute* não tem correspondente no direito público⁴³³, propondo uma nova forma de resolução dos conflitos sobre a *responsabilité pour faute*⁴³⁴.

CORREIA, tratando das origens e fraquezas da teoria da geral da responsabilidade do Estado, muito bem delineou que a divisão efetuada pelo Conselho de Estado francês entre a responsabilidade *pour faute* e *sans faute* significou que todas as formas assumidas pelo dever de indenizar do Estado seriam “subsumíveis a um único sistema jurídico, composto pela distinção fundamental entre formas de responsabilidade por fatos ilícitos (*faute*) e formas de responsabilidade objectiva (*sans faute*)”⁴³⁵.

Ademais, a referida teoria foi assentada em um sistema jurídico que adota uma jurisdição administrativa criadora deste direito, onde a responsabilidade *pour faute* é regra, cujo conceito extrapola a nossa visão de culpa⁴³⁶⁴³⁷, exigindo a

⁴³² CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución em la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones sobre los factores de atribucion en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administracion .pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_Estado_por_la_actividad_de_la_Administracion.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

p. 8.

⁴³³ CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 191.

⁴³⁴ Nous essaierons demontrer que le conflit se résoud dans une autre idée, celle d’une vaste obligation de sécurité qui pèserait sur l’Etat et qui serait dosée selon les fonctions, les services, les circonstances concrètes. Aux obligations de moyen rendant compte des applications de la faute du service, on opposerait les obligations de résultat, écho de la theorie du risque; voilà le véritable droit comum de la responsabilité en droit public. CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). p. 211.

⁴³⁵ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indenizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 72-73.

⁴³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. t. I. p. 390.

⁴³⁷ La historia de la configuración y desarrollo de la falta de servicio en el derecho francés, producto fundamental de la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta suficientemente conocida, aunque no siempre captada en su verdadero sentido y alcance. Por de pronto, no se puede desconocer que se trata de una concepción propia del derecho público que se apartó de los criterios de imputación de responsabilidad entonces imperantes en el Código Civil. CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución em la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones sobre los factores de atribucion en la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administracion .pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_en_la_responsabilidad_del_Estado_por_la_actividad_de_la_Administracion.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

p. 7.

responsabilidade *sans faute* um prejuízo ou risco excepcional, ou a contrapartida por uma prerrogativa excepcional⁴³⁸.

Em verdade, conseguiu o Conselho de Estado francês construir e autonomizar uma forma de responsabilidade objetiva do Estado sem paralelo no universo entre privados, organizando um “sistema de pressupostos do dever público de indemnizar totalmente autónomo face aos pressupostos fixados pelo Código Civil”⁴³⁹, rompendo com o dogma civilista e aquiliano da culpa.

Nesse sentido, diz ALMEIDA que a simples transposição dos argumentos teóricos da *faute de service* para o sistema jurídico brasileiro pode conduzir a resultados inadequados, se não se levar em consideração que a França, diferente do Brasil, tem um sistema de jurisdição administrativa cujas decisões, mesmo que vinculadas à tradição jurisprudencial, é maleável às mudanças dos casos concretos⁴⁴⁰.

Tanto o é que a teoria da culpa do serviço, na França, fora adotada para todos os comportamentos da Administração Pública, positivos ou negativos, caracterizando-se pelo mau funcionamento do serviço prestado de forma insuficiente, ou intempestiva, ou não prestado, sendo que, nos sistemas estrangeiros analisados e citados no trabalho, somente o brasileiro⁴⁴¹ restringe a aplicação às omissões administrativas.

Assim, mesmo que RIVERO tenha razão quando diz que as ações estatais são praticadas por pessoas⁴⁴², a culpa do agente será apenas um *plus* para o estabelecimento da responsabilidade, sendo suficiente para esta fixação o mau funcionamento do serviço, pois a *faute de service* tem um significado mais amplo e objetivo que o termo culpa.

Aliás, interessantes as palavras de GOMES, acompanhadas por BARRA⁴⁴³, quando descreveu os graus de objetivação da responsabilidade administrativa em

⁴³⁸ GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015. p. 819 et seq.

⁴³⁹ CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 73-74.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 283.

⁴⁴¹ Segundo CORREIA, o direito administrativo brasileiro traduz-se na justaposição de um direito administrativo substantivo assente nas formas típicas de conduta administrativa de matriz francesa e um direito da jurisdição dos litígios materialmente jurídico-administrativos caracterizados pela competência de tribunais não especializados e pela ampla utilização do processo comum. CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 45-46.

⁴⁴² Sem dúvida a atuação estatal dá-se mediante a ação de pessoas, mas “no seu nome e por sua conta, como centro de atribuição e operações”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II. p. 77.

⁴⁴³ A responsabilidade objectiva do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, não é mais do que a consagração legal da figura francesa da *faute du service*. BARRA, Tiago Viana. A

Portugal, falando sobre os casos em que essa responsabilidade reside na figura da *culpa do serviço*.

Afirmou a autora que a culpa do serviço é apreciada pelo funcionamento anormal do serviço, mediante requisitos objetivos, sendo impossível a atribuição do dano a um sujeito concreto, sendo que essa responsabilização trata-se de uma responsabilização praticamente objectiva [...] ⁴⁴⁴.

DIAS também falou dessa noção objetiva de culpa pelos franceses, ao salientar que, para eles, a base única da responsabilidade civil era a culpa, estabelecida com a menor infração a padrões abstratos de procedimento ⁴⁴⁵. E a culpa do agente público, no sistema de responsabilidade pública brasileira, não interfere no direito de reparação da vítima.

Todavia, mesmo que se estabeleça a ideia de *faute de service* como uma responsabilidade subjetiva, bem como a exigência de uma mera culpa anônima para a sua concretização, com certeza a leitura da culpa da pessoa moral será feita de forma normativa, exigindo a delimitação de padrões técnicos de atendimento do bem da vida por aquele serviço público.

Nesse sentido, é o pensamento de CAHALI, estabelecendo enunciados gerais de reconhecimento, ou exclusão da responsabilidade pública, no seguinte sentido:

- 1) a Administração Pública será responsabilizada pela reparação dos danos sofridos por particulares, provocados por eventos inevitáveis da natureza (...) desde que, por sua omissão ou atuação deficiente, deixando de realizar obras que *razoavelmente* lhe seriam exigíveis (ou as realizando de maneira insatisfatórias), poderia ter evitado a causação do prejuízo, ou atenuado as suas consequências;
- 2) a Administração Pública não poderá ser responsabilizada pela reparação do dano sofrido pelo particular, provocado por eventos inevitáveis da natureza (...), se nenhuma participação concorrente lhe pode ser imputada na causação do resultado danoso, seja porque *razoavelmente* não seria de exigir-se do Estado a realização de obras que pudessem evitar ou atenuar os efeitos do fato da natureza, seja porque aquelas realizadas seriam as únicas razoavelmente exigíveis. ⁴⁴⁶

responsabilidade dos poderes públicos pela violação de direitos fundamentais. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B8c19becc-7b5c-4c14-ab22-8e245421e268%7D.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 1193.

⁴⁴⁴ GOMES, Carla Amado. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 2, jul./dez. 2014. p. 212.

⁴⁴⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 46.

⁴⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50-51.

Os autores citados que defenderam uma subjetivação da responsabilidade estatal em caso de omissões genéricas, ou quando concausa, usaram exemplos semelhantes para explicitá-las: a ocorrência de chuvas torrenciais, inundando uma determinada área, ou causando um deslizamento de terra e destruição de casa.

No caso da inundação, afirmou CASTRO, citando jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que o Estado somente responderá, por consequências de inundações ou enchentes nas cidades, se ficar provada a sua culpa por omissão, nos serviços pertinentes, como limpeza de bueiros, falta de canalização de águas pluviais, não conservação de galerias⁴⁴⁷.

Já no caso do deslizamento, na própria descrição fática, disse COUTO E SILVA que houve um descuido do Estado nas obras de prevenção que realizara, mas que estavam deterioradas, sendo essa omissão a causa do deslizamento⁴⁴⁸.

Todavia, não se percebe o porquê tais situações exigiriam a prova de culpa da Administração Pública para sua responsabilização. No caso da inundação, realmente, e não se parece discutir isso, a Administração Pública somente pode ser responsabilizada, nos casos de omissões, quando tem um dever jurídico de agir.

Pensando no caso das favelas do Rio de Janeiro, de onde se extraiu o fato exemplar, o Estado tem diversos deveres quanto às favelizações, dentre eles a retirada das pessoas de locais de risco, com a implementação de políticas públicas de moradia adequada. Sabendo da favelização, sem tomada de providências, sua omissão está constituída.

Conforme já referido no texto, o STF publicou em 01 de agosto de 2016 seu acórdão no Recurso Extraordinário n. 841.526/RS, dando a esta decisão repercussão geral, assentando a tese de que em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

Também parece ter ficado definido que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexó 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,

⁴⁴⁷ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 56.

⁴⁴⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971. p. 162.

não se desincumbindo dessa obrigação legal. Assim, pode-se dizer que a omissão estatal terá relevância jurídica quando (i) o Estado tinha o dever de agir; e (ii) podendo agir, assim não o fez.

Também em seu voto, o relator diz assemelhar-se a omissão específica exigida para a responsabilização do Estado com a definida no artigo 13, § 2º, do Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – o Código Penal brasileiro. Tem-se aqui uma boa analogia.

A imputação de responsabilidade por conduta omissiva ressalta a natureza híbrida da própria causalidade, pois não há alteração da realidade perceptível pela observação. Referente à Administração Pública, esta responsabilização exige um dever de agir, pois a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, podendo agir somente quando a lei assim determina.

No Direito Penal, pela sua própria razão de salvaguarda dos bens mais importantes para uma sociedade, o estudo da omissão ganhou relevância. Para BRUNO, tem-se duas concepções de omissão penalmente relevante: a primeira, naturalista, busca um elemento físico ou natural na omissão; a segunda, a qual adota, normativa, onde a omissão é o juízo que se forma do não fazer, a partir da ação que se esperava⁴⁴⁹.

Para HUNGRIA, a omissão somente poderá ser causa no ponto de vista lógico, e não naturalístico, sendo causa do resultado por não impedir seu advento, cujo dever jurídico de impedi-lo decorre de um mandamento expresso da ordem jurídica, de uma relação contratual ou de uma situação de perigo em que o omitente tenha se colocado previamente⁴⁵⁰.

Desta feita, percebe-se que a omissão não é um simples “não fazer nada”, mas sim “não fazer algo que de si era esperado”, tratando-se então da não execução de uma certa atividade juridicamente exigida⁴⁵¹.

No Direito Administrativo, CASTRO distinguiu, sem conceituá-las, as omissões administrativas em genéricas e específicas, afirmando que, ocorrendo dano por uma omissão específica, o Estado é responsável objetivamente, seja pela

⁴⁴⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I. p. 191-193

⁴⁵⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II. p. 53-54.

⁴⁵¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 117.

contrariedade à lei, quando o ato for ilícito, ou pela razoável repartição do gravame pela coletividade⁴⁵².

CAVALIERI, adotando essa nomenclatura, afirma que há uma omissão específica quando o Estado está na condição de garante e, por sua omissão, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo. Pressupondo essa omissão específica como um dever especial de agir do Estado, se assim não o faz, converte essa omissão em causa direta e imediata do dano ao não impedir o resultado⁴⁵³.

Importa ressaltar que, para o referido autor, a distinção entre omissão específica e genérica está em que, na omissão específica, o dano provem desta; na genérica, mesmo com o dever legal da Administração de agir, ter-se-á somente uma responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano⁴⁵⁴.

Esta distinção parece muito mais casuística do que técnica, sensação extraída dos próprios exemplos citados pelos dois doutrinadores, onde, nas decisões levou-se em conta “muito mais alguma ideia de bom senso do que a busca por uma cientificidade ou racionalidade [...]”⁴⁵⁵. Veja-se o caso da segurança pública:

A doutrina e jurisprudência brasileira têm compreendido que o dever de segurança pública, inscrito no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, é uma das situações que, em regra, não se pode exigir uma atuação específica da Administração Pública.

Aliás, este foi um dos fundamentos do acórdão na Apelação Cível nº 2004.34.00.043598-4/DF, julgada pela 5ª Turma do TRF1, em 13 de novembro de 2013, versando sobre assalto em rodovia federal. Disse a relatora inexistir qualquer responsabilidade da União pelo evento danoso pois, mesmo sendo inequívoco que cumpre à Polícia Rodoviária Federal a manutenção da vigilância ostensiva da rodovia, a mesma não tem o dever de estar em todos os locais ao mesmo tempo⁴⁵⁶.

⁴⁵² CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 57.

⁴⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

⁴⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

⁴⁵⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 58.

⁴⁵⁶ Decisão disponível em <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=345076520044013400&pA=200434000435984&pN=345076520044013400>> Consulta em 09.10.2017.

Assim, tem-se entendido como omissões específicas em segurança pública o caso em que o policial militar presencia um roubo e não reage⁴⁵⁷, ou quando a Polícia Militar é informada de uma ameaça de invasão de terras particulares e não toma providências⁴⁵⁸, ou seja, situações em que seria impossível à Administração alegar o desconhecimento do fato praticado por terceiros.

Ora, mais do que omissões específicas, tem-se situações onde a razoabilidade e a eficiência exigem comportamentos positivos da Administração Pública, não sendo necessária a criação de nova qualificação para as omissões administrativas. Há, em verdade, uma omissão administrativamente relevante, pois a Administração Pública tomou ciência da prática de atos ilícitos antecipadamente, ou no momento de sua execução, onde, se possível agir, assim deveria fazer.

Contudo, imagine-se esses mesmos casos em outro contexto. Quando do roubo, há uma grande probabilidade de a intervenção policial gerar um risco de vida para a própria vítima, sendo que o policial não atua imediatamente, permitindo o assaltante se afastar e, no momento seguinte, começa a perseguição a este, vindo a perdê-lo de vista devido ao intenso trânsito da cidade.

Quanto à invasão de terras, a polícia, ao chegar no local, percebe a existência de uma grande quantidade de crianças com os invasores, onde a resistência naquele momento poderá incidir em danos físicos aos infantes. Por essa razão, prefere não atuar, deixando para uma reintegração de posse, com a retirada prévia das crianças.

Essas omissões podem ser consideradas juridicamente relevantes para a imputação de responsabilidade ao Estado? Parece que não, pois houve a necessidade de se ponderar interesses e valores envolvidos.

Agora, tendo em vista que o Estado não é onipresente, imagine-se uma determinada região metropolitana, onde a polícia, mediante mapas de violência e levantamento de ocorrências policiais, percebe um elevado número de roubos de veículos automotores, ou a formação de uma nova zona boêmia de uma cidade, onde a aglomeração de pessoas nos finais de semana aumentara muito, trazendo consigo o tráfico de drogas, e os roubos e furtos a pedestres.

⁴⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1005.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário n. 237561/RS*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 18 dez. 2001.

Tendo esses dados e não aumentando o número de policiais nessas regiões, ou planejando outras formas de aumento da segurança pública, não estaria o Estado sendo omissivo? Parece que sim.

O que se tenta demonstrar é que mais importante do que classificar as omissões em genéricas, ou específicas, deve o Estado se ater às omissões administrativamente relevantes, sendo aquelas em que o Estado tem por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, ou de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou com seu comportamento anterior, criou o risco de sua ocorrência.

Um exemplo claro sobre a omissão administrativa relevante é a distribuição de um determinado medicamento pelo sistema público de saúde. A Constituição Federal de 1988 trouxe o direito à saúde como direito fundamental social – artigos 6º e 196.

Assim, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para alcançar esses objetivos, têm a União e os Estados competências legislativas concorrentes sobre a matéria – artigo 24, inciso XII, e estes dois, mais os Municípios, as competências materiais comuns para cuidar da saúde – artigo 23, inciso II, primeira parte, competindo aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população – artigo 30, inciso VII.

Como lei nacional, a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, dispôs que o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde - SUS, definindo competências e atribuições para cada ente da federação.

Já a Portaria nº 1554, de 30 de julho de 2013, do Ministério da Saúde, dispôs sobre as regras de financiamento e execução do componente especializado da assistência farmacêutica no âmbito do SUS.

Dividindo os medicamentos em grupos, delimitou que os do grupo 1A terão sua aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecimento às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação,

armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

Nesta distribuição de competências, poder-se-ia dizer que a responsabilidade pela omissão na entrega de determinado medicamento seria apenas daquele ente da federação delimitado pelas normas do sistema público de saúde. Todavia, em salvaguarda da vítima, como a obrigação, conforme a Constituição Federal, é de todos os entes, a jurisprudência nacional é pacífica na solidariedade processual da União, Estados e Municípios⁴⁵⁹.

Ademais, CASTRO, mediante o exemplo da falha da sinalização de uma rua, onde, mesmo a Administração Pública agindo de forma imediata para o conserto do equipamento, deu-se um acidente com danos materiais, afirma a existência da responsabilidade civil objetiva da Administração pois “é razoável a socialização dos prejuízos, dentro dos ditames claros de civilidade [...]”⁴⁶⁰.

Discorda-se do autor, pois, nas suas próprias palavras, não existiu qualquer omissão administrativa, sendo que a reparação dar-se-ia pelo princípio da distribuição igual dos ônus sociais, princípio em regra aplicado quando das condutas positivas da Administração Pública que, mesmo lícitas, geram um dano anormal e específico, ou seja, desproporcional.

Neste caso concreto, entende-se necessária uma indenização, mas não pela ocorrência de uma omissão administrativamente relevante, mas sim para salvaguarda do princípio da confiança, tão importante à estabilidade do convívio social.

A classificação das omissões em genéricas e específicas somente reforça a incongruência apontada por FREITAS, quando se distingue a natureza da responsabilidade pública pelo tipo de comportamento estatal, onde “a deficiência da

⁴⁵⁹ “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. TEMA 793. HONORÁRIOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é obrigação solidária dos entes da Federação promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento em favor do recorrido, podendo qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios figurar no polo passivo. [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 963221*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 28 out. 2016.

⁴⁶⁰ CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 57.

ação seria caso de responsabilidade objetiva. A ausência de ação pura e simples seria de responsabilidade subjetiva.[...]”⁴⁶¹.

Essa discrepância de tratamento tem-se, como exemplo, no caso de cadastro irregular de contribuinte no cadastro nacional de inadimplentes - CADIN. Se o lançamento indevido foi executado pela Administração Pública, sua responsabilidade é objetiva⁴⁶²; se o lançamento ocorreu porque o ente público não repassou à instituição financeira o valor descontado em folha da vítima, a responsabilidade será subjetiva⁴⁶³.

Nas decisões sobre os danos causados por deslizamentos de terra, a solução deu-se pela teoria da *faute de service*, onde o mau funcionamento do serviço público foi analisado de forma objetiva; contudo, afirmou-se a responsabilidade pública como subjetiva.

Não obstante, uma dúvida surge desta análise, podendo ser bem discutida mediante o estudo de três julgados:

Caso 1. CAIO, candidato de concurso público, aprovado na fase intelectual, quando da fase de entrega de documentos, remete os mesmos mediante o serviço SEDEX 10, oferecido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, cuja

⁴⁶¹ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99.

⁴⁶² AC 00049686020144036112 - AC - APELAÇÃO CÍVEL – 2111769 – TRF3 – SEXTA TURMA – EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INCLUSÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. 1. Insta perquirir a natureza de eventual responsabilidade civil da União, a quem é imputada a responsabilidade pelo protesto de dívida prescrita e inscrição indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito (fl. 22). 2. Verifica-se, no caso concreto, a existência de um ato comissivo, a ensejar a responsabilidade objetiva da União, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, bastando, portanto, a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal, sendo despicienda a análise da culpa. [...]

⁴⁶³ AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003165-31.2012.4.03.6106/SP – TRF 3ª REGIÃO – 1ª TURMA – EMENTA: CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. CONVÊNIO. EMPRÉSTIMO. CONSIGNAÇÃO. FOLHA DE PAGAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. RECOLHIMENTO DA PRESTAÇÃO POR PARTE DO ÓRGÃO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE REPASSE DOS VALORES DESCONTADOS AO BANCO. INCLUSÃO DO FUNCIONÁRIO NO CADASTRO DE SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO. PRESSUPOSTOS COMPROVADOS. DANO MORAL *IN RE IPSA*. RECURSO IMPROVIDO. 1. O Município era responsável pelo repasse dos valores descontados do contracheque do autor à Caixa Econômica Federal, donde verifico a sua legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda. 2. A responsabilidade do Estado, quando se tratar de um ato omissivo ou atuação deficiente é subjetiva, impondo-se a verificação da omissão antijurídica, revelada pelo descumprimento de um dever legal, do resultado danoso e do nexo de causalidade entre um e outro. 3. Se o órgão público recolhe a parcela consignada em folha de pagamento e não transfere para o credor, não é o funcionário público que deverá arcar pelos eventuais danos decorrentes dessa conduta, e nem somente a instituição financeira. Trata-se, em verdade, de responsabilidade solidária da CEF e da Prefeitura de Ubarana, que concorreu culposamente para inscrição indevida do autor em órgão de proteção ao crédito. [...]

entrega deve se dar em um dia após a sua postagem. O prazo editalício para a entrega dos documentos é até 20.4.2016, uma sexta-feira. CAIO remete seus documentos no dia 13.4.2016, sendo entregues no destinatário somente no dia 21.4.2016, intempestivamente, acarretando na exclusão de CAIO da seletiva;

Caso 2. a Receita Federal do Brasil – RFB emite o mesmo número do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF para dois contribuintes, TACIO e TELÔNIO. TELÔNIO, pelo não pagamento de compras realizadas, tem seu CPF lançado em Cadastro de mau pagadores – SERASA e SPC. Como TACIO tem o mesmo CPF, ao tentar adquirir um automóvel, mediante financiamento, tem o negócio negado, pois seu CPF está no SERASA e SPC;

Caso 3. Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, mediante ato administrativo, cessa indevidamente o pagamento de benefício previdenciário a TITO.

Nestes três casos concretos, os Tribunais reconheceram a responsabilidade objetiva da Administração Pública, visto a ocorrência de danos a terceiros, devido a prestação tardia de um serviço público (**Caso 1**), ou a flagrante falha nos serviços prestados, ou na atuação administrativa (**Casos 2 e 3**), que **não funcionou**, ou **funcionou de forma deficiente**, ou **tardamente**.

Assim, no **Caso 1**, entrega intempestiva de documentos remetidos por SEDEX à banca de concurso, com conseqüente desclassificação do candidato, o relator, em seu voto, destacou a falha no serviço prestado, visto que os documentos foram postados em prazo hábil para que chegassem a seu destino, imputando a responsabilidade de natureza objetiva ao ente público, em razão da adoção da teoria do risco administrativo, bastando para sua concretização, o dano e o nexo de causalidade com a atividade do Estado⁴⁶⁴.

Já no **Caso 2**, emissão de CPF em duplicidade, gerando inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito, tem-se uma situação de culpa de um agente público quando da expedição de Cadastro de Pessoa Física, a relatora afirmou a caracterização de uma falha nos serviços prestados pela União, por uma confusão na transferência de CPF para pessoas homônimas, gerando-lhe responsabilidade de natureza objetiva⁴⁶⁵.

Por fim, no **Caso 3**, a suspensão indevida de pagamento de benefício previdenciário, a “culpa” da autarquia apresenta-se patente, pois errada a identificação

⁴⁶⁴ APELAÇÃO CÍVEL N. 0002421-16.2011.4.01.3814/MG – TRF1ª REGIÃO.

⁴⁶⁵ APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.39.00.002681-0/PA – TRF3ª REGIÃO.

do óbito, trabalho realizado mediante sistema informatizado de óbito (SISOBI); todavia, a sua condenação deu-se com base no artigo 37, §6º, da Constituição Federal⁴⁶⁶.

Mas, afinal de contas o mau funcionamento do serviço não está vinculado a uma teoria subjetiva da responsabilidade pública, mediante a *faute de service*?

Ora, em todos os exemplos, o mau funcionamento do serviço foi ressaltado como motivo da responsabilidade estatal, podendo ensejar uma leitura mediante a teoria da *faute de service*; contudo, o fundamento jurídico em todos fora a natureza objetiva da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública brasileira.

A solução deu-se, assim, na análise do funcionamento anormal do serviço, feita no caso concreto, observando, por primeiro, a existência de uma obrigação de garantia, controle ou prevenção por parte da Administração Pública, mediante um juízo de razoabilidade dos meios disponíveis a esta. Após, fez-se a análise do desvalor jurídico da omissão administrativa, a fim de se observar a existência de nexo causal entre a omissão e o dano.

Ademais, conforme demonstrou o Tribunal Supremo Espanhol, é possível a aplicação de uma responsabilidade objetiva da Administração Pública, sem convertê-la em seguradora universal, aliás com decisões distintas para situações semelhantes já julgadas por nossa Suprema Corte.

Como exemplo, tem-se a STS de 24.7.2001, onde um preso conduzido por um policial, conseguiu apoderar-se de sua arma, ferindo a este e a um terceiro, decidindo aquele Tribunal Supremo que não haveria responsabilidade administrativa por se tratar de uma reação intempestiva, inesperada do preso, não se tendo infringido o dever de vigilância⁴⁶⁷.

Já na STS de 13.9.2002 também se julgou o caso de aluno que sofrera perda da visão de um olho devido a uma bolada que levou de um colega no jogo, decidindo o Tribunal Supremo que não haveria responsabilidade da Administração, pois se tratou de um lance do jogo que não poderia ser evitado mediante qualquer tipo de vigilância dos professores⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003281-50.2011.4.03.6113/SP – TRF 3ª REGIÃO.

⁴⁶⁷ LÓPEZ MENUJO, Francisco et al. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005. (Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia). p. 38.

⁴⁶⁸ LÓPEZ MENUJO, Francisco et al. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005. (Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia). p. 48.

Na STS de 27.7.2002, o Tribunal Supremo enfrentou o caso em que um menor sofrera a perda da visão quando, no curso de uma atividade extraclasse, e sobre a vigilância dos professores, saltou-lhe um corpo estranho quando plantava uma árvore, reformando a decisão originária por considerá-la uma decisão que mais parecia baseada no sentimento de não deixar desvalido a um menor, do que a própria interpretação do artigo 139.1 da Ley 30/92⁴⁶⁹.

Nesse contexto, parece possível uma leitura objetiva da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, devida pela anormalidade de um serviço público, observada mediante os princípios da eficiência e da razoabilidade, deixando ao nexos causal o papel limitador da responsabilidade, considerando-se a boa administração como aquela que assegura padrão mínimo de vida aceitável⁴⁷⁰.

2.1 A relação de administração no atual sistema constitucional brasileiro: o direito fundamental à boa administração pública

As consequências da 2ª Guerra Mundial conduziram os povos a uma nova visão do ordenamento jurídico, cuja função não deveria ser apenas “controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio de técnicas de sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos”⁴⁷¹.

Deu-se a constitucionalização do ordenamento jurídico, mediante a força vinculante da Constituição⁴⁷², com a aplicação direta de suas normas, influenciando

⁴⁶⁹ LÓPEZ MENUJO, Francisco et al. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005. (Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia). p. 48.

⁴⁷⁰ LEIVAS, Paulo Cogo. O direito fundamental à alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Org.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 83.

⁴⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 79.

⁴⁷² La sanción de las constituciones europeas de post-guerra (Alemania, Italia y Francia) junto a los principios emanados de tratados internacionales junto al reconocimiento del principio de convencionalidad contribuyeron a sellar el molde del nuevo modelo surgente, en el que se afirma la protección de los derechos fundamentales o humanos sobre la base del principio de la dignidad de la persona, que al ser el centro de un complejo sistema jurídico prevalece e informa a los demás principios. CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo. *Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 16, n. 87, set./out. 2014, p. 164.

inclusive sobre as relações políticas e a extensão da força jurisdicional em salvaguarda dos direitos fundamentais⁴⁷³.

O constitucionalismo contemporâneo⁴⁷⁴ refletiu os ideários contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - marco ético na atribuição de um caráter universal e indivisível aos direitos humanos⁴⁷⁵, com a inclusão da dignidade da pessoa humana como princípio regente de todo sistema jurídico⁴⁷⁶⁴⁷⁷ na busca de uma sociedade mais solidária, com a redução das desigualdades sociais⁴⁷⁸.

Nessa busca, o papel de uma Carta constitucional é renovado, como norma fundante de garantia aos direitos fundamentais⁴⁷⁹ e como norma diretiva⁴⁸⁰, na construção de sociedades não apenas livres e iguais, mas também justas e

⁴⁷³ GUASTINI, R. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México; Madrid: Trotta, 2006. p. 49 et seq.

⁴⁷⁴ Fue con el neoconstitucionalismo – que aparece en Europa después de la Segunda Guerra Mundial – que los europeos admitieron que la Constitución es una norma jurídica genuina y de máximo valor e fuerza. MARTÍNEZ, Augusto Durán. Estado constitucional de derecho y servicios públicos. In *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte*, ano 15, n. 60, abr./jun. 2015, p. 40.

⁴⁷⁵ PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Org.). *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 06.

⁴⁷⁶ A dignidade humana como “reação” aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial é, nesses textos, digna de nota, mas também importa destacar a dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana com fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 91.

⁴⁷⁷ A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Org.). *Direito humano à alimentação adequada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23.

⁴⁷⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 141.

⁴⁷⁹ FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. Tradução de Jaime Nicolás Muñis e Luis López Guerra. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. p. 112.

⁴⁸⁰ *Pero, como antes se decía, la renovada supremacía de la constitución no se refiere sólo a este aspecto, que es el de la rigidez constitucional, el de control de constitucionalidad y de una tutela más eficaz de la esfera individual de libertad com el instrumento de la constitución como norma fundamental de garantía (constituzione-garanzia). Com las constituciones democráticas de este siglo vuelve a primer plano outro aspecto, el de la constitución como norma directiva fundamental (constituzione-indirizzo), que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales.* FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 6. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 129.

solidárias⁴⁸¹, assumindo esses instrumentos conteúdo político de legitimação do poder⁴⁸².

Mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios⁴⁸³, a Constituição assumiu seu verdadeiro *status* de “pedra de toque” de todo o sistema jurídico estatal⁴⁸⁴⁴⁸⁵, devendo todas as demais normas com ela serem compatíveis, pois, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”⁴⁸⁶, através de suas normas princípios⁴⁸⁷, concebendo o ordenamento como uma unidade, atuando a Constituição como limite e indutor do legislador infraconstitucional⁴⁸⁸.

⁴⁸¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 137.

⁴⁸² Assim é que as Constituições do século XX, especialmente após a II Guerra Mundial, são políticas, e não apenas estatais. Elas assumem conteúdo político, ou seja, elas englobam os princípios de legitimação do poder, e não apenas de sua organização. O campo constitucional é, por conseguinte, ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.

⁴⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29.

⁴⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

⁴⁸⁵ Daniel Sarmento, ao falar da pós-modernidade (momento presente), apresenta uma ideia distinta, ao afirmar o abandono da ideia de ordenamento jurídico completo e coerente, com a Constituição no vértice da pirâmide, tendo-se hoje a concepção de rede (presença de inúmeras cadeias normativas). SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60.

⁴⁸⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19.

⁴⁸⁷ [...] é indispensável conceber o ordenamento jurídico como uno e complexo, em que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na articulada pluralidade das fontes do direito, o que exclui que se possa configurar o sistema jurídico dividido em ramos autônomos ou em tantos microssistemas policêntricos, em categorias ou níveis normativos separados e não comunicáveis entre si. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional, In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 02.

⁴⁸⁸ A Constituição não se limita a simples contornos negativos – como pretende a teoria dos limites – dos poderes estatais, nem a impor ao legislador a prossecução do “interesse público”, do “bem comum”, do “aumento da qualidade de vida”, com base em diretivas tão vagas como a ideia de “justiça”, de “solidariedade” ou de “direito”. Ela define, mais ou menos detalhadamente, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estatais. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 249.

A Constituição Federal brasileira⁴⁸⁹ de 1988 é um dos exemplos desse constitucionalismo de valores⁴⁹⁰, consequência de um Estado Democrático de Direito⁴⁹¹, sendo fundamento da República a dignidade da pessoa humana, apresentando-se como uma estrutura dinâmica, impassível de ser fechada a uma simples definição, especialmente no campo do direito, pois “ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade”.⁴⁹²

Nesse sentido, pode-se dizer que a dignidade é aquilo que faz com que um ser humano “seja uma pessoa humana, e isso não pode ser questionado. Essa qualidade da pessoa faz com que o ser humano seja uma pessoa racional, então livre e autônoma”.⁴⁹³

Essa inserção reconheceu a funcionalidade do Estado em benefício da pessoa humana⁴⁹⁴, afirmando-se uma nova visão do homem na sua comunidade, no escopo de afastar das gerações presentes e futuras a possibilidade de se coisificar o

⁴⁸⁹ Interessantes as palavras de CASSAGNE, ao afirmar que a maioria das Constituições latinoamericanas, desde suas origens, já são regidas por princípios. Diz o autor: “Encandilados con el nuevo esquema propuesto, por algunos de los teóricos europeos del llamado neoconstitucionalismo, son pocos los que han advertido que la mayoría de los países de América (fieles en este punto a la tradición y al sistema de la Constitución norteamericana) estuvieron regidos, desde sus orígenes, por principios de un sistema que, aunque con los vicios y defectos de los nuevos Estados, obedecía a la lógica de una arquitectura constitucional superior que, recién muchos años después, adoptaron las constituciones europeas de posguerra.” CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y el derecho administrativo. *Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 16, n. 87, set./out. 2014. p. 164.

⁴⁹⁰ Nesse contexto, os princípios assumiram papel preponderante na concretização do projeto constitucional brasileiro, a partir do momento em que, no bojo da ideia de eficácia normativa da Constituição, passaram a valer como normas jurídicas imperativas e vinculantes. ARAGÃO, Alexandre Santos. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014. p. 43.

⁴⁹¹ [...] a categorización del Estado de Derecho radica, antes que en la sujeción formal, en la concreción de valores propios, cuya realización es fuente de legitimidad de su existencia y fin de su obrar, de modo que la exclusiva caracterización del Estado de Derecho por su subordinación al orden jurídico formal. DELPIAZZO, Carlos E. Despliegue del principio de responsabilidad em el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Derecho Público*, a. 24, n. 47, jul. 2015. p. 29.

⁴⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 116.

⁴⁹³ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 68.

⁴⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

ser humano ⁴⁹⁵, qualificando-o por raça, credo ou qualquer característica preconceituosa, usurpando-lhe sua condição humana⁴⁹⁶.

A Constituição brasileira apresenta-se como, além de democrática⁴⁹⁷, social de direito, trazendo como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde garante-se o desenvolvimento nacional, promovendo-se o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais.

Na construção dessa sociedade, definiu a Carta seus direitos fundamentais⁴⁹⁸, positivamente daqueles direitos humanos selecionados pelo legislador constituinte, dentro de parâmetros de significância para uma determinada comunidade, essenciais ao reconhecimento de um Estado de Direito⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ De fato, deve-se, contrariamente, entender que a “dignidade da pessoa humana” é, antes de tudo, uma expressão que serve como: 1) fundamento do Direito e do próprio Estado; 2) norte das ações governamentais; 3) *télos* das políticas sociais; 4) princípio hermenêutico, especialmente em função de sua topografia textual, para todos os direitos humanos e demais direitos do texto constitucional (justiça social; política legislativa; moralidade administrativa; política econômica e tributária; políticas previdenciárias etc; 5) diretriz para a legislação infraconstitucional; 6) base para a aplicação judicial dos direitos; 7) ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico; 8) foco de dispersão com o qual se deve construir a proteção da pessoa humana; 9) núcleo de sentido das práticas jurídicas; 10) fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana. BITTAR, Eduardo C. B. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 253.

⁴⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada: mecanismos nacionais e internacionais*. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Org.). *Direito humano à alimentação adequada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 2007, p. 35.

⁴⁹⁷ Nas palavras de CARVALHO NETO, o Estado Democrático de Direito sobrevoa com justa legitimidade, abrangendo a participação popular (Estado Democrático) e a justiça material (Estado de Direito). CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 7.

⁴⁹⁸ Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, de ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se faz sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

⁴⁹⁹ Para los constituyentes franceses el constitucionalismo moderno contiene también, necesariamente, *un proyecto y una promesa para el futuro, la de una sociedad más justa*. Bajo este aspecto, manera inequívoca cómo *la cuestión de los derechos sociales* – de las ayudas públicas y de la instrucción pública, em el lenguaje de la revolución - *son cuestiones constitucionales* desde el principio, desde 1789, aunque después tales derechos sólo encontrarán una provisional consagración formal em los célebres artículos 21, 22 y 23 de la Declaración jacobina de 1793. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 6. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 94.

Agora, justiciáveis pelo seu valor constitucional⁵⁰⁰, terão esses direitos uma nota de fundamentalidade, formal e material⁵⁰¹. A fundamentalidade formal tem a Constituição como “*cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico em tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial*”⁵⁰²; a fundamentalidade material está por serem essas normas-base da estrutura normativa do Estado e da sociedade⁵⁰³

Nessa revolução, o Estado também mudou, partindo de um Estado de Direito, compreendendo o princípio da divisão de poderes, legalidade, respeito pelos direitos fundamentais e controle social, transcorrendo um Estado Social, reconhecedor dos direitos sociais e de novos direitos, chegando a um Estado Democrático, incorporando-se as ideias de legitimidade democrática, participação e consenso⁵⁰⁴.

Essas transformações incidiram na atividade administrativa e nas suas razões de existência⁵⁰⁵, buscando-se reduzir o deficit da inclusão social, o deficit da produção dos resultados desejados pela comunidade e o deficit de redução da discricionariedade das autoridades governamentais^{506 507}.

⁵⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 71.

⁵⁰¹ Naturalmente, diante de promessas *prima facie* não cumpridas pelo Poder Público e da consagração de direitos sociais no texto constitucional (tornando-se, portanto, judicializáveis), o Poder Judiciário passa a ser um participante mais frequente na concretização dos princípios e regras veiculadores de posições jurídicas fundamentais, como, por exemplo, as constantes do art. 6º da Constituição de 1988. MORAIS, José Luís Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 110.

⁵⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 503.

⁵⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 505.

⁵⁰⁴ BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014. p. 41.

⁵⁰⁵ MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo? *Revista do Advogado: 20 anos da Constituição*, São Paulo, a. XXVIII, n. 99, 2008. p. 103-104.

⁵⁰⁶ REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, abr./jun. 2014. p. 39.

⁵⁰⁷ Habitualmente, contemplam-se os direitos fundamentais desde a perspectiva dos cidadãos: quais são as liberdades incluídas, quais são suas opções, que maneira há de garantir o respeito por parte dos poderes públicos, caso surjam pretensões jurídicas e direitos subjetivos, como funcionam os sistemas de garantias, de adequação da tutela judicial etc. Isso implica que os direitos fundamentais surgem para submeter, conter ou comprometer o Estado ou, dito mais genericamente, os poderes públicos. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. O sistema europeu de direitos fundamentais após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, a. 2012, n. 260, maio/ago. 2012. p. 07.

Transmudou-se de um tempo onde a supremacia do interesse público frente ao interesse privado é um subprincípio informador do direito administrativo⁵⁰⁸, para um necessário dever de ponderação de interesses em conflitos, devido à constitucionalização do direito administrativo^{509 510}, pois, nas palavras de MUÑOZ⁵¹¹,

El Derecho Administrativo es, en el tiempo en que vivimos, una rama del Derecho Público que partiendo de la Norma Fundamental aspira a la realización efectiva del modelo del Estado social y democrático de Derecho que hoy caracteriza la forma de Estado dominante en el globo. Desde sus orígenes, el Derecho Administrativo se nos presenta dependiente del interés general, de aquellos asuntos supraindividuales que a todos afectan por ser comunes a la condición humana y que reclaman una gestión y administración equitativa y que satisfaga las necesidades colectivas en un marco de racionalidad y de justicia.

A constitucionalização do direito administrativo trouxe transparência, racionalidade e coerência enquanto sistema normativo⁵¹², na construção de um espaço de serviço objetivo ao interesse geral, objetivando a melhoria substancial das condições de vida dos cidadãos, especialmente os mais desfavorecidos⁵¹³.

Assim, concretizando os princípios constitucionais, o direito administrativo aspira à realização efetiva do modelo social e democrático de direito, visto a solidariedade ser também uma função do Estado, comprometendo-se a Administração Pública com a realização dos valores e objetivos constitucionais⁵¹⁴⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ Sobre o tema, diga-se mais uma vez: não se confundem interesse público com interesse do Estado, nem tampouco estão em contradição o interesse público e o interesse dos particulares. MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 363.

⁵⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83-111.

⁵¹⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 46.

⁵¹¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 15.

⁵¹² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016.p. 48.

⁵¹³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 14.

⁵¹⁴ La primacía de los valores y principios constitucionales reclama que la legalidad administrativa se integre y se aplique a partir de estos valores y principios. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 16.

⁵¹⁵ La Administración está sometida al Derecho, no solo a la ley como ha sostenido una tradicional concepción del Derecho administrativo. Es poder, pero vicarial; sirve, pero no determina los intereses generales, ni es titular de ellos. Su fin es hacerlos efectivos¹¹ o garantizar su efectividad en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son el “núcleo duro”, irreductible, de los intereses generales. MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la

Por ser regra dos direitos fundamentais sociais a necessidade de sua prestação, compete ao Estado a assunção dessas obrigações⁵¹⁶. Não por outra razão, a doutrina administrativista contemporânea trabalhará a “boa administração pública” como direito fundamental, sendo este

o direito fundamental à administração pública eficiente, eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁵¹⁷

A boa Administração Pública é uma obrigação inerente aos poderes públicos de promover os direitos fundamentais das pessoas, fomentando sua dignidade de forma que as atuações administrativas harmonizem critérios de objetividade, imparcialidade, justiça e equidade e que sejam prestadas em prazos razoáveis, possibilitando o livre e solidário desenvolvimento de cada pessoa em sua sociedade⁵¹⁸.

Assim, adquire a boa administração uma tripla funcionalidade: 1) como princípio geral de aplicação à Administração Pública e ao direito administrativo; 2) como obrigação de toda a Administração Pública derivada da definição de Estado Social e democrático de Direito; e 3) como genuíno e autêntico direito fundamental à boa administração pública, derivador de uma série de direitos concretos que definem o estatuto do cidadão e sua relação com a Administração Pública⁵¹⁹.

buena administración. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 54, out./dez. 2013. p. 16.

⁵¹⁶ Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación, por mor de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho se amplían hacia nuevos espacios, imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, objeto en buena medida de este estudio, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a la educación o a la salud. En estos casos la sociedad y la institución estatal han de facilitar a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015., p. 18.

⁵¹⁷ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

⁵¹⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración y el buen gobierno de instituciones públicas. *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, t. XV, 2007. p. 52 et seq.

⁵¹⁹ CARTA Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano em relación com la Administración Pública. 10 oct. 2013. Disponível em: <http://intercoonecta.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

Desta feita, pode-se dizer que a relação de administração ainda vive ao influxo de uma finalidade cogente - a realização dos direitos fundamentais^{520 521}- visto que estes concretizam a dignidade da pessoa humana⁵²², sendo exigíveis do Estado as providências necessárias para a sua efetividade⁵²³, gerando um dever prestacional estatal⁵²⁴.

Conforme MUÑOZ, faz-se necessária uma releitura do Direito Administrativo em sua integralidade, projetando-se a dignidade da pessoa humana sobre ele, mediante as novas perspectivas oferecidas por um pensamento aberto, plural, dinâmico e complementar⁵²⁵.

O direito à boa administração fora descrito explicitamente por primeiro na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – Carta de Nice de 2000, artigo 41⁵²⁶, sendo considerado como um direito de cidadania, visto que todas as pessoas

⁵²⁰ La afirmación de la responsabilidad estática como principio general de derecho está impuesta por el hecho de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos e medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, y tienen por finalidad la consecución del bien común. DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad em el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho*. Disponível em <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/839/842>>. Acesso em: 03 mar. 2016. p. 61.

⁵²¹ Assim, na busca pela promoção e garantia dos direitos fundamentais, deve a Administração Pública assumir dois papéis diferentes perante o Estado. Com efeito, deve ser instrumento de ação do Estado na concretização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, deve atuar como instrumento de participação social no controle das atividades públicas, como forma de contenção de poder. HENSCHEL, Daniely; PUHL, Adilson Josemar. Administração Pública como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, jan./mar. 2014. p. 50.

⁵²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102.

⁵²³ Trata-se, então, de assimir, com todas as forças, a defesa do direito administrativo mais de Estado regulador e prestacional redistributivo de oportunidades que “de governo” e vocacionado ao efêmero particularista. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 19.

⁵²⁴ En este sentido, el concepto de interés general, ahora abierto a la participación por exigencias de un Estado que se presenta como social y democrático de Derecho, presenta un irreductible núcleo básico conformado precisamente por la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, los individuales y los sociales. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 19.

⁵²⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 24.

⁵²⁶ El derecho fundamental a una buena administración que se reconoce em el artículo 41 de la Carta Europea integra el derecho a un trato imparcial, equitativo y guiado por el principio de celeridad; el derecho de audiencia antes de la imposición de una medida individual desfavorable; el derecho de acceso al expediente y a una resolución motivada; el derecho a indemnización en caso de lesión producida por la Administración, y el derecho al pluralismo lingüístico en el trato con las instituciones europeas. RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 49, jul./set. 2012. p. 35.

têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

Nesse sentido, são características deste direito fundamental a equidade, a objetividade, a racionalidade e o prazo razoável à concretização das prestações, contribuindo para a melhoria da vida dos cidadãos⁵²⁷.

Esse evoluir do direito administrativo será percebido também na delimitação da responsabilidade civil extracontratual da administração pública⁵²⁸, pois a existência de uma teoria da responsabilidade da administração pública⁵²⁹ devido a danos causados por seus agentes, nesta situação, a terceiros, reflete uma certa forma de civilização^{530 531}, buscando-se restabelecer, pelo ressarcimento, um equilíbrio jurídico rompido devido a lesão a interesse juridicamente tutelado^{532 533}.

⁵²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 14.

⁵²⁸ A publicista francesa adopta como expressão geral «responsabilidade administrativa», «responsabilidade do poder público», para designar a responsabilidade da administração regida por regras de direito público, de origem inteiramente jurisprudencial. Todavia, dentro da responsabilidade administrativa situam-se regimes muito diferentes, tais como o da «*faute de service*» e do «*risque administratif*», não faltando as hipóteses de «*responsabilité sans faute*» justificáveis pelo princípio de «*l'égalité devant les charges publiques*». CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974. p. 19-20.

⁵²⁹ Y, sin embargo, la responsabilidad, como el contencioso-administrativo, constituían y constituyen los dos pilares, las dos teorías principales del Derecho Administrativo, como señaló hace tanto tiempo M. Hauriou y nos hemos ocupado de recordar muchos otros después, empezando por el propio autor del Prólogo al que me he venido refiriendo. MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer e hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública – AFDUAM*, Buenos Aires, n. 4, 2000. p. 275.

⁵³⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 305.

⁵³¹ Nunca é demais enfatizar que a responsabilidade civil do Estado, pela reparação dos danos que venha causar aos cidadãos-administrados, é um dos mais caros fundamentos do Estado de Direito, do qual é consequência lógica e inevitável. BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

⁵³² [...] il tema della responsabilità sia centrale per i diritti amministrativi contemporanei ispirati ai principi dello «stato di diritto» o del «governo della legge». SORACE, Domenico. La responsabilità extracontrattuale pubblica: spunti comparatistici nella prospettiva della europeizzazione. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992. p. 15.

⁵³³ A reformulação jurídica que se reclama vem principiada por reformulações de ordem filosófica e de ordem ideológica, principalmente. Há um sentir distinto do passado. Há uma mentalidade impregnada pelo crivo social que admite a valorização da pessoa humana antes de qualquer outra consideração. Há a preocupação de não deixar o dano sem indenização e, por isso, minimizar, ao máximo, o número de vítimas irressarcíveis entre nós, que queremos, ansiamos e propugnamos por uma sociedade mais justa e menos desigual. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o Direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219.

Assim, a Carta de Nice também prevê que todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros⁵³⁴.

No Brasil, FREITAS compreende o direito fundamental à boa administração⁵³⁵ como norma constitucional implícita, de eficácia direta e imediata.

SARLET afirmou que, antes da carta de Nice, a Constituição Federal brasileira de 1988 já consagrara o direito fundamental à boa administração, pois uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes⁵³⁶.

E essa responsabilidade torna-se mais importante quando se convive em uma sociedade de riscos⁵³⁷, gerados pelas transformações tecnológicas, muitas sem se saber as reais consequências de sua utilização na saúde do homem e do meio ambiente.

Conforme OLIVEIRA, com os processos de Reforma e de Modernização do Estado, levados a efeito no mundo nas duas últimas décadas, esperava-se que houvesse uma retração no âmbito de atividades desenvolvidas pelo Estado. Isto não somente não ocorreu, como o Estado passou a desenvolver atividades especializadas antes não exercidas, como é o caso da atividade regulatória, que cada vez mais interfere nos direitos e nas liberdades individuais⁵³⁸.

⁵³⁴ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia: anotações relativas ao texto integral. Luxemburgo: Serviços das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 2001. p. 58-459.

⁵³⁵ Importa ressaltar a posição de SARLET sobre a previsão do direito fundamental à boa administração na Carta Constitucional brasileira de 1988, assim antes da Carta da UE, estando ancorado no art 1º, III, e art 37, da CRFB/88. SARLET, Ingo Wolfgang. *A administração pública e os direitos fundamentais*. Palestra proferida em curso permanente da EMAGIS, módulo Direito Administrativo. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁵³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A administração pública e os direitos fundamentais*. Palestra proferida em curso permanente da EMAGIS, módulo Direito Administrativo. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016. p. 1.

⁵³⁷ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015. p. 118.

⁵³⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público _ RBDP*, Belo Horizonte, a. 6, n. 21, p. 43-53, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=53814>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

A positivação do direito fundamental à boa administração e da responsabilidade da administração não são imposições suficientes a fazer com que o Estado, quando administração pública, cumpra para com suas obrigações prestacionais^{539 540}.

Não obstante, faz-se imperiosa a distinção de tratamento entre a responsabilidade pública e a privada quanto ao risco: na responsabilidade privada, em regra, o risco está ligado ao proveito particular da atividade, na busca do lucro⁵⁴¹.

Na responsabilidade pública, há uma sujeição da Administração ao cumprimento de dever legal para que cumpra determinada atividade, em consonância aos princípios informadores do Direito Administrativo, aplicáveis não apenas para salvaguardar o administrado, mas também para permitir um equacionamento entre todas as prestações devidas pelo Estado⁵⁴².

Agora, isso não significa a necessidade de manutenção de uma responsabilidade subjetiva estatal, pois hoje a responsabilidade civil calca-se na reparação de um dano injusto, a ser apontado devido à quebra do princípio da legalidade, tendo-se um ato ilícito gerador do dano, ou da equidade da divisão dos ônus sociais, se o dano fora praticado por um fato lícito⁵⁴³.

⁵³⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015. p. 36.

⁵⁴⁰ No quadro das relações administrativas brasileiras, urge promover uma verdadeira e robusta *guinada na espiral evolutiva*. Não é justo fingir que as coisas marcham magnificamente. Como todos haverão de reconhecer, os direitos fundamentais ainda não se impõem com a suficiente cogência. A omissão prestacional do Estado-Administração permanece gritante em áreas nevrálgicas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Educação e segurança são emblemáticas a respeito. A falta de guarda efetiva da constitucionalidade pela administração pública é outro fato incontestável. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66525>>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁵⁴¹ É que – diz-se ainda – ambas as formas de responsabilidade objectiva têm a fundamentá-las um mesmo princípio jurídico, princípio esse que revela, em última análise, a especificidade juspublicística do dever de indemnizar do Estado por oposição ao dever de indemnizar dos particulares. Estes últimos, com efeito, agem e causam danos a outrem na estrita prossecução de interesses próprios; mas a administração, pelo contrário, é compelida a agir, e, muitas vezes, a causar prejuízos, para a realização do interesse público. CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 38.

⁵⁴² Em termos de senso comum percebe-se que, mais do que uma lógica de risco, o que parece inspirar a opção constitucional pela responsabilidade civil do Estado é uma (aparente) lógica de defesa do socialmente mais fraco (a vítima do dano: o indivíduo) em face do socialmente mais forte (o causador do dano: o Estado). ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 409

⁵⁴³ Para lastrear asserções desse calibre, sem endossar o paternalismo temerário do Estado segurador universal, a responsabilidade extracontratual haverá de ser reequacionada à luz forte do direito

Em relação às omissões administrativas, pode-se dizer que o Estado, para se tornar responsável, deve ter ferido o princípio da legalidade administrativa, pois somente se pode exigir uma conduta estatal quando o sistema normativo assim determina; afinal, não seria lógico se afirmar a relação de administração pública a uma finalidade cogente, onde sua atuação somente ocorre se determinada por lei, e se exigir condutas não impositivas desta, mesmo que em atos discricionários.

2.2 O conceito de serviço público na Constituição Federal brasileira

Pois bem: a partir do momento em que se fala da transformação do Direito Administrativo, creditando-lhe como objetivo a redução do deficit de inclusão social e de produção de resultados desejados pela comunidade, torna-se indispensável, pelo menos no sistema jurídico brasileiro, a análise das consequências desta mutação sobre o conceito de serviço público. Esta pesquisa faz-se necessária pelas seguintes razões:

1º) no sistema nacional, estão submetidas ao regime de responsabilidade pública, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, somente as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos;

2º) o Brasil adotara a noção de serviço público e de *faute de service* da doutrina francesa;

3º) a noção de serviço público sofreu um declínio na Europa, quando da constituição da União Europeia, levando a alguns doutrinadores a anunciar a morte dessa noção, em salvaguarda da liberdade de iniciativa privada e da primazia da concorrência; e

4ª) os ventos dessas mudanças também chegaram ao Brasil, em meados da década de 90 do século retrasado; mas,

5ª) a Constituição, quanto a noção de serviço público, não sofreu alterações significativas.

A noção de serviço público tem origem nas decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos francês, iniciando no caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1873. No referido julgado, fixa-se competência do Conselho de

fundamental à boa administração e da correspondente ultrapassagem da cultura omissivista de apego ao "status quo", pouco ou nada propensa a acolher o ativismo constitucional da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, no âmbito das relações administrativas. FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 15, n. 78, mar./abr. 2013. p. 3-4.

Estado para o julgamento das causas em se tenha presente o serviço público e, como consequência, a necessidade de aplicação de regras publicísticas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares.

Já no *arrêt Terrier*⁵⁴⁴, em 1903, o Conselho de Estado francês depurou sua competência, afirmando que somente os serviços públicos prestados sobre gestão pública seriam de sua competência, excluindo assim os de gestão privada⁵⁴⁵. Assim tudo o que concerne à organização e ao funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, se a administração age por contrato ou por autoridade, constitui uma operação administrativa que, por natureza, é de natureza administrativa⁵⁴⁶.

Da análise destes e outros julgados do Conselho de Estado francês, como Feutry (1908) e Thérond (1910), DUGUIT, no início de século XX, propôs um conceito de serviço público como base e limite do poder governamental, pois o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizada e controlada pelos governantes.

Nesse sentido, serviço público era toda atividade cuja realização devia ser regulada, assegurada e controlada pelos governantes⁵⁴⁷ porque a realização dessa atividade era indispensável para a realização e o desenvolvimento da interdependência social e, por sua natureza, só pode ser assegurada através da intervenção da força governamental⁵⁴⁸.

Esta teoria fora trabalhada pela Escola de Serviço Público ou de *Bourdeaux*, para quem a noção de serviço público tinha como ideias essenciais (i) a existência de um procedimento de direito público (ou regime jurídico especial) marcado pela prevalência do interesse público sobre o privado, (ii) a satisfação regular e contínua

⁵⁴⁴ M. Terrier pretendia receber indenização da Administração local pelo serviço de caça às víboras, tendo em vista a promessa de recompensa feita pelo Conselho Geral de Saône-et-Loire. LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2015. p. 65-68.

⁵⁴⁵ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 492.

⁵⁴⁶ MORAND-DEVILLER, Jaqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit Administratif*. 15. ed. Issy-les-Moulineux Cedex: LGDJ, 2017. p. 565.

⁵⁴⁷ [...] os serviços públicos são testemunho também de uma relação diferente do Estado com a economia e com a sociedade. Enquanto o Estado liberal se abstinha de interferir na vida económica e na vida social, que eram considerada do foro privado, e sujeitas às leis do mercado, o Estado de serviços públicos assume expressamente a responsabilidade na organização e no fornecimento de bens e serviços aos particulares, muitas vezes à margem da iniciativa privada, do mercado e da concorrência. MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 4.

⁵⁴⁸ DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel: théorie generale de l'État: le Droit et l'État: les libertés publiques. L'organisation politique de la France*. 4. éd. rev. et mise courant. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 73.

de certas necessidades de interesse geral e (iii) a possibilidade de constante alteração da organização do serviço, por ato unilateral do Poder Público⁵⁴⁹.

Assim, para essa escola, o serviço público estava submetido a um regime jurídico exclusivo e integral de normas de direito administrativo, concebidas em função das necessidades próprias de todo e qualquer serviço⁵⁵⁰.

Este conceito estava vinculado ao princípio do solidarismo, permitindo uma maleabilidade em sua definição conforme as novas necessidades sociais, representando o serviço público uma obrigação do Estado e dos respectivos governantes, pois o poder daí emanado só se justificaria para a concretização do interesse público⁵⁵¹.

Todavia, na busca de segurança jurídica, JÈZE propusera uma concepção subjetiva de serviço público, afirmando que, se o procedimento do serviço público implica necessariamente limitações às liberdades individuais, a regra disposta sobre estas limitações, para a satisfação de um interesse geral, deveria ser emanada do parlamento e das autoridades administrativas⁵⁵². Mediante essa posição, o legislador assume o papel de vetor dos anseios públicos, sob o palio da solidariedade social.

No Brasil, essa parece também a posição de DI PIETRO, quando identifica o serviço público pela existência de três elementos: (i) subjetivo (pessoa que presta serviço público), formal (o regime jurídico que regulamenta tal serviço) e material (o fim a que cumpre o serviço público)⁵⁵³. JUSTEN FILHO afirma que somente se tem serviço público quando existe um vínculo de natureza direta e imediata entre aquele e a satisfação de direitos fundamentais⁵⁵⁴.

A força da teoria do serviço público residiu (i) na sua concepção como princípio que comandava a legitimidade estatal e (ii) como a chave que fornecia acesso ao regime de direito público, modificando o próprio sentido do direito

⁵⁴⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

⁵⁵⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 498.

⁵⁵¹ DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel: théorie generale de l'État: le Droit et l'État: les libertés publiques. L'organisation politique de la France*. 4. éd. rev. et mise courant. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 72.

⁵⁵² JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo: la noción de servicio público: los agentes de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 106.

⁵⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 84-86.

⁵⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 2, n. 7, p. 146, jul./set. 2004.

administrativo, cujo fundamento se situava no âmago dos fins sociais da atuação administrativa, que seria limitada em salvaguarda do usuário do serviço público⁵⁵⁵.

Não obstante, tanto para DUGUIT quanto para JÈZE, a diferença essencial entre as atividades dos particulares e a pública era o fato de que a pública voltava-se à gestão dos empreendimentos de satisfação do interesse geral, podendo-se definir o direito administrativo como “o direito dos serviços públicos”⁵⁵⁶. Assim, os princípios norteadores do serviço público eram (i) o da continuidade (*continuité*), (ii) o da igualdade (*égalité*) e (iii) o da mutabilidade (*mutabilité*)⁵⁵⁷.

Com o evoluir do Estado, outros princípios serão invocados. Nesse sentido, MOREIRA, ao dizer que o serviço público é uma obrigação pública, uma prestação administrativa fora do mercado, apresenta outro rol de princípios clássicos⁵⁵⁸:

(i) garantia de provisão, ou seja, garantia de que não deixará de haver oferta do serviço;

(ii) continuidade, ou seja, garantia de fornecimento sem interrupções (salvo em caso de força maior), o que justificou quer a proibição da greve nos serviços públicos, quer ao menos a sua limitação;

(iii) universalidade, ou seja, direito de acesso de todos os potenciais utentes, independentemente do seu lugar de residência;

(iv) igualdade de tratamento dos utentes;

(v) retribuição uniforme, independentemente dos custos de fornecimento diferenciados de cada utente, e estabilidade das tarifas, sem responderem às variações da procura ou variações conjunturais nos custos;

(vi) tarifas sociais abaixo do custo de produção, para certas categorias de utentes (pessoas de baixos rendimentos, reformados, deficientes, etc.) ou mesmo para toda a gente; e

(vii) adaptabilidade, ou seja, permanente ajustamento do serviço público às necessidades sociais.

⁵⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Nardes Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 31.

⁵⁵⁶ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 38.

⁵⁵⁷ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 501.

⁵⁵⁸ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 2.

A doutrina aponta dois momentos de crise da noção de serviço público. A primeira crise dos serviços públicos ocorreu no início do século XX, após a 1ª Guerra Mundial, tendo como consequência o aumento da intervenção estatal na economia mediante:

(i) o aumento da intensidade de regulação às atividades econômicas privadas, funcionalizando-as ao interesse público; e

(ii) o exercício direto pelo Estado de uma série de atividades econômicas, comerciais e industriais, lançando mão inclusive de instrumentos de Direito Privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Neste momento, tem-se a ascensão do conceito objetivo de serviço público devido (i) à mutação do Estado, muito mais comprometido do que no passado com a vida econômica (revolução industrial), as causas sociais e a refundação política e afirmação de um Estado republicano; e (ii) à necessidade de o Conselho de Estado francês afirmar sua autonomia e alargar seu campo de competências⁵⁵⁹.

Conforme BARROSO, ao dividir em fases a mutação do Estado, esta está vinculada à modernidade, identificada com o Estado de bem-estar social, assumindo o Estado diretamente alguns papéis econômicos, no escopo de “atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do processo econômico”⁵⁶⁰.

A segunda crise dos serviços públicos, iniciada na década de oitenta do século XX, será uma reação ao crescimento vertiginoso da atuação estatal, correspondendo em um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele tinham sido retiradas ao longo do século passado.

Para BARROSO, esta seria a terceira fase de mutação do Estado, referida à pós-modernidade, sofrendo o Estado uma forte crítica sobre sua ineficiência, morosidade, burocracia e corrupção, “passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação.”⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ MORAND-DEVILLER, Jaqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit Administratif*. 15. ed. Issy-les-Moulineux Cedex: LGDJ, 2017. p. 565.

⁵⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 160.

⁵⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 160-161.

Essa devolução deu-se pela ideia de que o interesse público seria melhor atendido em regime de mercado e com a maior concorrência possível, preservada, no entanto, uma forte regulação. Não obstante, segundo ARAGÃO, essas liberalizações trouxeram uma nova crise do conceito de serviço público, seja pelo alargamento desmesurado, seja pela exclusão do seu conceito de um grande número de atividades que continuam sendo essenciais à coesão social⁵⁶².

Na Europa, a crise do Estado providência ocasionou severo golpe à concepção do serviço público, tendo, dentre as causas⁵⁶³, (i) as mutações tecnológicas e econômicas, contribuindo para minar a posição de certos serviços, expondo-os à pressão da concorrência; (ii) pressões exteriores, notadamente comunitária, exigindo a redução da especificidade do regime do serviço público; e (iii) imposições financeiras, resultando na limitação da parte do produto nacional consagrado aos serviços não diretamente produtivos⁵⁶⁴.

O retrocesso e banalização da gestão pública, particularmente no domínio econômico, permitiu inserção e desenvolvimento de políticas de privatizações em núcleos essenciais do setor público, iniciadas na Inglaterra, em 1979, atingindo países em desenvolvimento, através do “Consenso de Washington”, de 1989, que expediu inclusive uma cartilha metodológica de boa administração econômica.

No Consenso, dez regras foram criadas para concessão de empréstimos internacionais, dentre elas (i) a disciplina fiscal, com a redução dos gastos públicos; (ii) a privatização, com a venda de estatais; e (iii) a desregulamentação, com o afrouxamento das leis de controle do processo econômico e das relações trabalhistas.

Como consequência desse fenômeno, aquelas necessidades públicas prestadas pelo Estado passam a mão da iniciativa privada, mediante regime de concorrência, deixando de ser obrigatório o regime jurídico de direito público⁵⁶⁵. A

⁵⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos. O serviço público e as suas crises. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 46, a. 9, nov./dez. 2007. p. 5.

⁵⁶³ O desprestígio dos serviços públicos foi incrementado pelo tratamento que lhe foi dispensado, originariamente, pela União Europeia. Mais do que em razão do prolapado discurso acerca da ineficiência do Estado, e da crise do *Welfare State*, o instituto serviço público foi tomado pelo Tratado de Roma, num primeiro momento, como elemento dificultador da pretendida integração. PASSOS, Daniel Silva. A atualização do serviço público no âmbito do direito comunitário europeu. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 14, n. 72, mar./abr. 2012. p. 184.

⁵⁶⁴ CHEVALLIER, Jacques. As novas fronteiras do serviço público. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 51, a. 10, set./out. 2008. p. 3.

⁵⁶⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. VI-39.

eficiência exigida do setor público tem por parâmetro aquele exigido na iniciativa privada.

Na Europa, o Tratado de Roma de 1957⁵⁶⁶, norma central da ordem econômica comunitária, impusera ao setor público (i) a garantia da liberdade de iniciativa privada e (ii) a primazia das regras de concorrência, proibindo, em regra, os monopólios estatais e os privilégios das empresas públicas, desconhecendo praticamente a noção de serviço público⁵⁶⁷.

Segundo MOREIRA, os fatores a mudança de atitude das instituições comunitárias em relação aos serviços públicos tradicionais foram:

a) O programa do "mercado único europeu", visando criar um genuíno mercado sem fronteiras internas, que era obstaculizado pelos exclusivos públicos ligados aos serviços públicos, que eram outras tantas reservas nacionais, impedindo portanto uma interpenetração plena das economias nacionais;

b) A campanha pela *desintervenção do Estado na economia*, que surgiu na Europa no princípio dos anos 80 vinda dos Estados Unidos, acompanhada da crítica neoliberal do modelo do serviço público e da economia pública em geral, acusando um e outra de ineficiência, desperdício e ausência de liberdade de escolha; e

c) A *crise fiscal e financeira do Estado "social"* herdada das "décadas de ouro" do após guerra (anos 50, 60 e 70), a qual potenciou as pressões para a privatização das empresas públicas, incluindo as encarregadas da prestação de serviços públicos.

Como resultado, houve uma sucessiva liberalização, com a abertura ao mercado de setores antes monopolizados pelo Estado, e privatização dos serviços públicos tradicionais⁵⁶⁸, mediante a alienação das empresas públicas ao setor privado, onde "o processo de transformação jurídico-institucional-econômica dos serviços públicos tradicionais seguiu sucessivamente estas fases: empresarialização, liberalização, societarização e privatização"⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ O Tratado de Roma instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM). Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.1.1.html Consulta em 26.10.2017.

⁵⁶⁷ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 4.

⁵⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 12, n. 46, abr./jun. 2014. p. 5.

⁵⁶⁹ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 7.

Criou-se, conforme o artigo 86 da Comunidade Econômica Europeia – CEE, os “serviços de interesse econômico geral – SIEG”, especificando que as *empresas encarregadas da gestão de SIEG* ou que tenham a natureza de monopólio fiscal podem se utilizar de normas derogadoras de concorrência quando estas constituírem obstáculo ao cumprimento da missão particular que fora confiada⁵⁷⁰.

Nesse sentido, o Tratado, em abstrato, previu exceções que permitem a existência de serviços públicos tradicionais, como a fixação de preços e a concessão de subsídios estatais; contudo, a partir de 1986, a Comissão Europeia, principal órgão executivo da CEE, passou de uma fase de indiferença para uma de confronto e ofensiva contra os serviços públicos, aprovando um conjunto de diretivas em diversas áreas, como transporte aéreo, telecomunicações, eletricidade, serviços postais, liberalizando os mesmos.

Já em 1997, em uma fase contemporizadora, é assinado o Tratado de Amsterdã⁵⁷¹, revisando o Tratado de Roma, acrescentando-lhe nova disposição sobre o SIEG – artigo 16, afirmando que, tendo em vista o papel que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da *União na promoção da coesão social e territorial*, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que *esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões*⁵⁷².

Assim, novas diretivas comunitárias de liberalização de serviços públicos, como as dos serviços postais e telefonias, estabeleceram ou permitiram aos Estados-membros a inclusão de “obrigações de serviço universal” e “obrigações de serviço

⁵⁷⁰ Em suma, o liberalismo puro que se atribuía ao Tratado de Roma parece ter dado espaço a uma realidade menos extremada. O §2º do art. 86 do referido Tratado deixa claro ser possível a manutenção de monopólios estatais, limitando-se a concorrência, desde que não se contrarie os interesses da Comunidade Europeia. Tal restrição parece ser possível tanto por meio da prestação de serviços públicos quanto de serviços de interesse econômico geral. Daí se dessome uma importante primeira identidade entre os dois institutos, o que invoca a necessidade de um aprofundamento acerca da suposta distinção entre ambos. PASSOS, Daniel Silva. A atualização do serviço público no âmbito do direito comunitário europeu. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 14, n. 72, mar./abr. 2012. p. 197.

⁵⁷¹ O Tratado de Amsterdã modificou o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e certos atos afins. Foi assinado em Amsterdã, em 2 de outubro de 1997, e entrou em vigor em 1 de maio de 1999. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.1.3.html Consulta em 26.10.2017.

⁵⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 12, n. 46, abr./jun. 2014. p. 5.

público”. Desta feita, conforme MOREIRA⁵⁷³, no final desta evolução seis coisas podiam dar-se por adquiridas:

(i) O poder público pode e deve tomar como incumbência sua assegurar que certas prestações essenciais à vida colectiva sejam proporcionadas a todos as pessoas, podendo por isso afastar mais ou menos intensamente as regras do mercado, na medida em que isso seja necessário para esse objetivo;

(ii) Porém, para esse efeito não se torna necessário ser o próprio poder público a encarregar-se direta ou indiretamente de prestar esses serviços ao público, podendo limitar-se a velar por que eles sejam prestados pelas empresas privadas submetidas a “obrigações de serviço público” apropriadas;

(iii) Os modos de prestação dos serviços públicos podem variar de setor para setor, podendo em alguns casos exigir-se um exclusivo público e noutros bastar-se com a imposição de obrigações de serviço público aos diversos operadores privados em regime de concorrência, ou somente a um deles;

(iv) Em qualquer caso, os serviços públicos constituem uma limitação ou restrição do princípio da concorrência e do mercado, que deve reger toda a economia, incluindo nos serviços de interesse econômico geral, pelo que elas devem limitar-se ao necessário para assegurar as missões do serviços público (princípio da proporcionalidade);

(v) Em princípio, a definição dos serviços públicos bem como dos modos de assegurar a sua prestação cabe aos Estados-membros, definindo o âmbito e a natureza das prestações inerentes ao serviço, as obrigações de serviço público exigidas, as limitações ao acesso à correspondente atividade, as eventuais regras de fixação de preços ou tarifas, os padrões de qualidade e segurança, e finalmente os modos de financiamento ou de compensação devida aos operadores de serviço público;

(vi) Porém, tudo isso fica sob controlo da UE, nomeadamente da Comissão, quanto a verificar se no exercício dessa função os Estados violam as regras comunitárias, nomeadamente quanto a limitações desnecessárias ou desproporcionadas do mercado e da concorrência.

⁵⁷³ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 7.

A própria relação Estado – economia alterou-se na União Europeia, mediante a abertura ao mercado e ao fim dos monopólios públicos, a privatização do setor público e a concorrência como princípio universal.

Houve a desintervenção *do Estado*, com redução considerável da sua função como proprietário e empresário, deixando à economia privada a satisfação das necessidades individuais e colectivas, concentrando-se aquele na sua função reguladora e fiscalizatória.

Segundo JUSTEN, o direito comunitário da concorrência articulou-se de modo a atender um modelo econômico neoliberal, sob a luz das teses da redução do Estado, da eficiência e da concorrência, onde a livre concorrência não implica uma abertura irrestrita do mercado, funcionando sob regulação pública⁵⁷⁴.

À gestão pública se introduziu uma lógica empresarial, com o uso de mecanismos de direito privado e instrumentos de gestão privada, enfatizando nos critérios da rendibilidade e da eficiência dos serviços, bem como na avaliação do desempenho e na responsabilidade dos gestores; o financiamento dos serviços públicos dá-se pelo pagamento dos utentes.

Conforme MOREIRA⁵⁷⁵, essas mudanças conduziram à reelaboração de um novo conceito de serviço público, devido a mudanças de fundo como:

(i) a "*mercadorização*" dos serviços públicos, que passaram a ser prestações disponíveis no mercado por um preço, muitas vezes em concorrência;

(ii) a conseqüente transformação dos *utentes* de serviços públicos em *consumidores* ou *clientes*; e

(iii) a *liberdade de escolha de fornecedor ou prestador*, passando o serviço público a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar neste condições de fornecimento adequadas.

Assim, a tendência atual é a aproximação da noção francesa de serviço público e as *public utilities* norteamericanas⁵⁷⁶, notadamente pela aproximação dos sistemas jurídicos da *common law* e romano-germânico, naquilo que pode ser

⁵⁷⁴ JUSTEN, Monica Spezia. O serviço público na perspectiva do Direito Comunitário Europeu. *In Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 1, n. 1, jan./mar 2003, p. 02.

⁵⁷⁵ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 9.

⁵⁷⁶ DAL POZZO; Augusto Nardes Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudo introdutório da obra "O serviço público", de Jacques Chevalier. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 11.

denominado de “globalização jurídica”⁵⁷⁷, funcionando o Estado agora como legislador, regulador e, eventualmente, o financiador das obrigações de serviço público⁵⁷⁸.

A dicotomia serviço público/atividade de exploração econômica, fundada na clássica dicotomia entre Estado/Sociedade e entre interesse público/interesse privado, fora repetida no direito administrativo brasileiro, onde a administração pública de todos os Poderes, nas diversas unidades da Federação, monopoliza a prestação de serviços de natureza pública, sendo entregue aos particulares o domínio sobre a atividade econômica em sentido estrito, competindo ao Estado tarefas de regulação, fiscalização, incentivo e planejamento.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reforçou o caráter explicativo do modelo clássico de separação entre atividades públicas e privadas, separando as atividades de “serviço público” (art. 175) e de “exploração direta de atividade econômica” (art. 173). A prestação de serviços públicos *incumbe ao Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

As empresas privadas somente podem atuar na esfera dos serviços públicos como delegadas do Estado, sujeitas às cláusulas de contratos de concessão e permissão de serviço, à observância dos direitos dos usuários, à política tarifária e à obrigação de manter serviço adequado.

O Estado atua na esfera pública em caráter ordinário, sem autorização especial, implementando direito próprio e encargo original do Poder Público. Os particulares atuam em caráter excepcional, como delegados do Poder Público, sem direito próprio, sob a tutela constante do Estado. O regime jurídico da atividade é legal, estatutário ou de direito público, cabendo à lei disciplinar as condicionantes fundamentais da prestação dos serviços⁵⁷⁹.

Já a exploração da atividade econômica ficou ao encargo dos particulares, sendo que a atuação do Estado nesta seara somente pode ocorrer quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme

⁵⁷⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho: las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.

⁵⁷⁸ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003. p. 14.

⁵⁷⁹ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005. p. 15.

definição legal (art. 173) ou, ainda, por imposição constitucional de monopólios (ex: art. 177).

Nesta esfera de atuação, os particulares atuam por direito próprio, de modo ordinário, sem delegação do poder público. Não precisam recorrer à licitação pública para assegurar o exercício da atividade (art. 170, parágrafo único, da CF); o poder público atua somente em caráter excepcional, por autorização especial da lei, sujeito ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (art. 173, §1º, II).

Não há uniformidade sobre o conceito de serviço público no direito positivo ou na doutrina brasileira, dizendo MODESTO que, na Constituição Federal, dois conceitos de serviço público são frequentemente utilizados: (i) o *conceito orgânico*, com significado de *aparato administrativo do Estado*; e (ii) e o *conceito objetivo*, que remete a uma modalidade de *atividade técnica de natureza pública*, uma específica atividade estatal ou tarefa administrativa⁵⁸⁰.

Já ARAGÃO traz quatro concepções de serviços públicos, conforme a extensão das atividades inseridas nesse conceito. Para ele, tem-se ⁵⁸¹:

a) a concepção amplíssima: defendida pela Escola do serviço público, com algumas variações, considera serviço público toda e qualquer atividade exercida pelo Estado. Essa noção clássica é criticada por inserir no conceito de serviço público as atividades legislativa e jurisdicional, o que retiraria a utilidade do conceito;

b) a concepção ampla: serviço público é toda atividade prestacional voltada ao cidadão, independentemente da titularidade exclusiva do Estado e da forma de remuneração;

c) a concepção restrita: serviço público abrange as atividades prestacionais do Estado prestadas aos cidadãos, de forma individualizada e com fruição quantificada. Este conceito não considera como serviço público o denominado serviço *uti universi*, mas apenas o serviço *uti singuli*; e

d) a concepção restritíssima: serviço público é a atividade prestacional de titularidade do Estado, prestada mediante concessão ou permissão, remunerada por

⁵⁸⁰ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005. p. 24.

⁵⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144-149.

taxa ou tarifa. Nesta noção, estão excluídos os serviços *uti universi* e os serviços sociais, que não são da titularidade exclusiva do Estado.

Assim, o conceito de serviço público é apresentado na doutrina brasileira segundo diferentes critérios (serviço público em sentido amplo, restrito, objetivo, subjetivo, formal, etc.), mas, segundo MODESTO, em geral, os autores contemporâneos tratam somente os sentidos restrito e objetivo, procurando especificar o *regime jurídico específico* da atividade de serviço público e isolá-la no interior da atividade administrativa do Estado⁵⁸².

MASAGÃO apresentara um conceito amplíssimo de serviço público, abarcando inclusive as atividades legislativas e judiciárias, pois serviço público seria “toda a atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”⁵⁸³. Já MEIRELLES apresentara uma noção de serviço público apartada das atividades legislativas e judiciárias, dizendo ser serviço público todo aquele prestado pela Administração para satisfazer necessidades da coletividade ou simples conveniência estatal⁵⁸⁴.

Segundo MELLO, a noção de serviço público será composta de dois elementos: (i) um deles, que é seu substrato material, consiste na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; (ii) o outro, traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa "unidade normativa"⁵⁸⁵.

Para MODESTO, o conceito jurídico de serviço público *não pode ser um conceito naturalístico ou essencialista, ou existencial*, pois saber o que em cada momento é existencial a uma coletividade é algo impreciso, inseguro, variável segundo a opinião de cada qual, sendo problemático mesmo para ciências não-

⁵⁸² MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005. p. 37.

⁵⁸³ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 252.

⁵⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁵⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 698. Esse parece também o entendimento de CUNHA JUNIOR, a definir serviço público como uma atividade administrativa material prestada pela Administração Pública, direta ou indiretamente, consistente em utilidade ou comodidades materiais, criadas por lei, sujeitas a regime total ou parcial público. CUNHA JUNIOR, Dirlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 237.

jurídicas incumbidas de aferir a média das opiniões e sentimentos dos integrantes de uma coletividade⁵⁸⁶.

Nesse sentido, importa perquirir se a noção de serviço público no Brasil sofreu influência das alterações realizadas pela União Europeia. Para DAL POZZO e MELLO, a crise da noção serviço público não atingiu o Brasil, pois a Constituição Federal de 1988 não teve seus dispositivos alterados⁵⁸⁷; em verdade, para os autores⁵⁸⁸:

[...] a *segunda crise* do serviço público foi, do ponto de vista dogmático, absolutamente irrelevante para o direito brasileiro. O fato é que os artigos 30, inciso V, 173 e 175, para a felicidade de alguns e tristeza de outros, permanecem intactos. Os discursos doutrinários contra a teoria tradicional do serviço público, no direito brasileiro, são manifestações políticas, desprovidas de base científica, pois contrariam o texto constitucional vigente.

A realidade não parece concordar com essa posição. Já no ano de 1985, o Decreto n. 91.935 constitui o Conselho Interministerial de Privatização, objetivando o aumento da transparência e o apelo político em apoio ao processo de privatização, cujo Programa Federal de Desestatização tem início em 28 de abril de 1988, mediante o Decreto n. 95.886.

No governo Collor, a Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, criou o Programa Nacional de Desestatização (PND), estabelecendo como principais metas de médio e longo prazo (i) a redução do endividamento público, (ii) a democratização do capital, (iii) a modernização e ampliação da competitividade interna e (iv) o aumento da eficiência na produção de bens e serviços.

Como não se obteve os reflexos econômicos desejados nas duas tentativas de privatizações, a partir de 1995 houve uma nova reforma na gestão pública brasileira, inclusive com alterações constitucionais, onde:

(i) inclui-se o princípio da eficiência no rol de princípios informadores da Administração Pública;

(ii) permitiu-se a exploração dos serviços de gás canalizado pela iniciativa privada;

⁵⁸⁶ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005. p. 38.

⁵⁸⁷ DAL POZZO; Augusto Nardes Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudo introdutório da obra “O serviço público”, de Jacques Chevalier. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 12.

⁵⁸⁸ DAL POZZO; Augusto Nardes Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudo introdutório da obra “O serviço público”, de Jacques Chevalier. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 14.

(iii) autorizou-se a União firmar contratos com empresas privadas, com relação às atividades nas áreas de telecomunicação e exploração de petróleo;

(iv) revogou-se a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional; e

(v) autorizou-se as empresas constituídas sob a lei brasileira com sede e domicílio no país, realizar pesquisa e lavra de minerais.

Nas palavras de CARDOSO, adotou-se a racionalização da gestão, incluindo “a flexibilização dos monopólios, a concessão de serviços públicos à iniciativa privada e as privatizações”⁵⁸⁹. A Lei n. 9.491, de 09 de setembro de 1997 foi criada para corrigir os equívocos do Programa Nacional de Desestatização.

Ainda, a Lei Geral de Concessões, Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, definiu as figuras de concessão de serviço público, concessão de serviço público precedida da execução da obra pública e permissão de serviço público, aplicando-se principalmente aos setores de energia elétrica e de transportes. Ainda, as Leis n.º 9.074/95 e 9.472/97, respectivamente regularam os setores de energia elétrica e telefonia, criando condições para o processo de desestatização.

Dentro desse processo, foram criadas as agências reguladoras – autarquias sob regime especial, com a função principal de controle a prestação dos serviços públicos e o exercício da atividade econômica, podendo (i) exercer o poder de polícia, mediante a normatização, fiscalização e aplicação de sanções.

Não obstante, a assunção de uma atividade regulatória do Estado não implica a substituição dos valores fundamentais contidos na Carta Constitucional, implicando sim o reconhecimento da incapacidade do Estado de realizar, sozinho, os valores fundamentais que constituem os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, convocando-se os particulares para atuar se, portanto, no ponto em que nos interessa a “convocação” dos particulares para atuar sob novo regime jurídico⁵⁹⁰.

Para CHEVALLIER, o serviço público evoca uma realidade mais simples e corriqueira, sobre a existência em todas as sociedades de um conjunto de atividades consideradas como sendo de interesse comum e devendo ser, a esse título,

⁵⁸⁹ CARDOSO, Fernando Henrique. Notas sobre a reforma do Estado. *Novos Estudos/CEBRAP*, 50, 1998, p. 9.

⁵⁹⁰ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço público e direitos fundamentais. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54898>>. Acesso em: 19 out. 2017, p. 26.

assumidas pela coletividade, pois indispensável à constituição e à sobrevivência dos grupos sociais⁵⁹¹.

SUNDFELD⁵⁹² acredita que a noção serviço público deve ser substituída pela noção de serviços de interesse econômico geral, mais consentânea com o fenômeno da globalização (*Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161).

MODESTO considera o sistema jurídico brasileiro é complexo, repartindo a atividade de prestação do Estado e de particulares em atividades de serviço público, serviços de relevância pública e atividades de exploração econômica, cada qual com subdivisões relevantes⁵⁹³.

JUSTEN FILHO como ponto nuclear da distinção entre serviço público e atividade econômica a relação entre a necessidade a ser satisfeita e a dignidade da pessoa humana, onde a qualificação de uma necessidade de forma direta e imediata como imprescindível à dignidade humana, vincula sua prestação como serviço público⁵⁹⁴.

Ademais, o conceito de serviço público, ainda que em processo de evolução e transformação acentuado, não pode ser descartado no Brasil, tendo em conta as múltiplas consequências de sua aplicação e sua extensa remissão pelo legislador⁵⁹⁵.

2.3 Uma Administração eficiente toma medidas razoáveis na busca do bem comum: os princípios da razoabilidade e da eficiência como balizadores da responsabilidade pública

Dando continuidade à metodologia empregada no *caput* deste capítulo, observe-se o seguinte caso:

⁵⁹¹ CHEVALLIER, Jacques. As novas fronteiras do serviço público. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 51, a. 10, set./out. 2008.

⁵⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 161.

⁵⁹³ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005. p. 35.

⁵⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 30.

⁵⁹⁵ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005. p. 35.

Caso 4. No dia 24.4.2016, Alfa, conduzindo seu veículo por trecho da Rodovia BR 116, colide com um animal (cavalo), que se encontrava sobre a pista de rolamento. A colisão gerou perda total de veículo e lesões graves em Alfa.

Bem, delimitando o tema responsabilidade do Estado ao sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar que (i) o sistema constitucional brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana; (ii) a Carta de 1988 previu um direito fundamental à boa administração pública; e (iii) a mesma Carta, reconhecendo a vinculação da responsabilidade pública ao próprio regime democrático de direito, instituirá uma responsabilidade estatal de natureza objetiva.

Ademais, para se constituir uma boa administração pública terá o Estado de promover a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dela inerentes, mediante a implementação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos que assegurem ao desenvolvimento do indivíduo no seio social.

Contudo, este Estado, como prestador de serviço público a uma sociedade complexa, onde os avanços tecnológicos tanto trazem facilidades à vida cotidiana, como geram novos riscos sociais, também assumirá os deveres de guarda e vigilância, bem como a responsabilidade pelos danos injustos gerados por suas ações e omissões.

Mas, tendo em vista que as ideias de Estado democrático de direito e de um direito à boa administração impõe ao Estado a responsabilidade civil extracontratual pelos danos causados por seus comportamentos⁵⁹⁶, como não convertê-lo em segurador universal? Considerar a responsabilidade estatal como objetiva é transformá-lo em segurador universal?

No Brasil, essa preocupação parece existir somente quando se fala em comportamentos estatais omissivos, pois é pacífica para a doutrina e jurisprudência, novamente repetindo o já dito no trabalho, a natureza objetiva da responsabilidade pública nas ações administrativas geradoras de dano a terceiros.

Por essa razão e considerando ser possível a mesma leitura quanto às omissões administrativas, bem como seguindo o pensamento de SARLET, quando fala do direito fundamental à boa administração pública, pautar-se-á sua

⁵⁹⁶ O direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos da discricionariedade, a omissão inconstitucional, isto é, a falta do exercício devido de competências discricionárias. FREITAS, Juares. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 85.

responsabilidade civil extracontratual pelos princípios informadores da Administração Pública⁵⁹⁷, efetuando uma leitura da responsabilidade pública através dos princípios da razoabilidade e da eficiência.

A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 37, *caput*, traz um rol de princípios informadores da Administração Pública, afirmando que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os princípios constitucionais espelham a “ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”⁵⁹⁸, unificando e harmonizando o sistema jurídico. Para CARVALHO FILHO, os princípios constitucionais da Administração Pública são “os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”⁵⁹⁹.

Estes princípios orientam a ação do administrador na prática dos atos administrativos, garantindo a boa administração, consubstanciada na correta gestão dos negócios públicos em benefício do interesse coletivo.

Para a doutrina, este rol é exemplificativo⁶⁰⁰, pois outros princípios informam o direito administrativo, dentre eles o da economicidade, da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público frente ao privado e da indisponibilidade do interesse público.

Delimitando a responsabilidade civil extracontratual do Estado, a doutrina faz uso dos princípios da legalidade e da igualdade, quando (i) o comportamento estatal é o gerador de danos, ou (ii) como nos casos em que, por atividade do Estado, cria-se uma situação propícia para que evento externo gere um dano, aplicando-se os dois princípios quando o comportamento é ilícito, e o da igualdade, quando lícito⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A administração pública e os direitos fundamentais*. Palestra proferida em curso permanente da EMAGIS, módulo Direito Administrativo. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangarsarlet.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

⁵⁹⁸ BONFIM, José Calheiros et al. (Org.). *Comentários à Constituição Federal*: artigos 12 a 91. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1992. v. 2. p. 70.

⁵⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 15.

⁶⁰⁰ Conforme TÁCITO, esse rol é meramente exemplificativo. TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público* (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 1º vol., p. 344.

⁶⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1031.

Não obstante, compreendendo o direito administrativo como aquele “cujos mecanismos visam e permitem equilibrar a realização do interesse público com o respeito dos legítimos interesses individuais”⁶⁰², não sendo um direito voltado apenas aos interesses privados, há de se compreender as limitações materiais da Administração Pública frente ao conjunto de serviços públicos e prestações materiais de si exigidos.

Ademais, administrar, ou utilizando a ideia de gestão pública, gerir a coisa pública exige a tomada de decisões, onde cada escolha significará uma renúncia, sabendo-se que a discricionariedade administrativa está cada vez mais sindicável; todavia, essa discricionariedade permanece necessária, especialmente em uma sociedade de informação⁶⁰³, geradora de novas expectativas sociais a cada instante, não sendo possível à lei prever todas as nuances possíveis da convivência social⁶⁰⁴.

Assim, para que se tenha uma boa administração, suas decisões deverão ser razoáveis, na busca do bem comum, dando transparência aos motivos dessa escolha, demonstrando sua eficiência frente ao caso concreto: destacam-se, então, os princípios da razoabilidade⁶⁰⁵ e da eficiência.

De antemão, ressalta-se a consciência de que a utilização de princípios gera uma certa amplitude de intervenção do Poder judiciário na atuação administrativa, ensejando em um sistema juridicizado a permissividade de se infiltrar vontades políticas distintas daquelas escolhidas democraticamente, mediante o voto popular⁶⁰⁶.

⁶⁰² CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 54.

⁶⁰³ La Administración está, por un lado, frente a la imperiosa necesidad de responder a la creciente demanda de la sociedad de la información y del conocimiento relativa a una Administración transparente, eficaz, más democrática y participativa; y, por otro, debe responder a las necesidades de las gestiones de gobierno, que necesitan de un instrumento organizacional apto, para cumplir con sus roles de ejecutoras de políticas públicas inclusivas, que se diseñen sobre la premisa de la centralidad de la persona humana. REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, abr./jun. 2014. p. 38.

⁶⁰⁴ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015. p. 123.

⁶⁰⁵ Na perquirição do pressuposto da *razoabilidade* – que necessariamente se relega ao prudente arbítrio dos tribunais – busca-se determinar a existência de omissão ou atuação deficiente (falha do serviço) imputável à Administração Pública, em função de um padrão de conduta exigível, revelado pelas circunstâncias, e que vai se constituir na *causa* concorrente ou exclusiva do dano que poderia ser evitado ou atenuado nas suas consequências. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

⁶⁰⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. p. 95.133.

Todavia, a aplicação de princípios ao controle da atividade administrativa pode cumprir as funções de fundamento, interpretação e integração do ordenamento jurídico⁶⁰⁷; ademais, para se falar do direito como um sistema tem-se de estabelecer princípios para sua ordenação e suporte, pois

Sobretudo com o fim do império da razão típica do século XIX a razão monológica e com o advento de novos paradigmas, mais e mais, à luz da melhor doutrina, convém que o Direito seja visto como um sistema caracteristicamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, tanto normativa quanto axiologicamente, sem prejuízo do dever racional de se efetuar a sua ordenação "desde dentro", dado que tal função, para além das diferentes abordagens filosóficas, é um traço comum nos conceitos modernos de sistema jurídico, a par daquela outra conferida ao intérprete de constantemente atualizar o sistema jurídico.⁶⁰⁸

No século XIX, na busca da segurança jurídica às relações sociais, o direito certo e estável era aquele reconhecido pelo Estado, ocorrendo inclusive uma inversão de fontes do direito, competindo não mais à Constituição, mas sim ao Direito Civil e ao Direito Administrativo reger as relações entre particulares e entre esses e o Estado^{609 610}.

Na busca da certeza e da segurança jurídica, o sistema legal estabeleceu-se em bases herméticas, seja mediante o simples estudo dos códigos para sua correta interpretação (escola exegética), dando relevância à vontade do legislador, ou a construção de novos conceitos a partir da recombinação dos conceitos obtidos pela análise jurídica, valorizando-se os juristas e a ciência do direito (jurisprudência dos conceitos).

A partir da segunda metade do século XX, iniciou-se uma reconstrução do direito ocidental, vinculado agora a uma sociedade informacional, em que as

⁶⁰⁷ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008. p. 312.

⁶⁰⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 41.

⁶⁰⁹ *Las relaciones entre las fuentes del derecho llegan así a invertirse completamente. La constitución no sirve ya para dictar los principios básicos que tienen que reflejar las leyes del Estado y, eventualmente, defender los derechos y libertades frente a los posibles arbitrios de los poderes constituidos; sino que estos últimos, ahora armados con el código de un sistema normativo cerrado y con autoridad, deben ser defendidos de las intromisiones de los principios constitucionales que reflejan las elecciones políticas del momento y, por ello, amenazan la certeza del derecho garantizada por la ley del Estado. En una palabra, la tutela de los derechos garantizados por la constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el código y por la ley, por el derecho positivo del Estado.* FIORAVANTI, Maurizio. *los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 6. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 110.

⁶¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132-133.

tecnologias de informação são um componente essencial da transformação social em seu conjunto, associadas às demandas sociais e institucionais para realizar determinadas tarefas, sabendo-se que a tecnologia não é somente a ciência e as máquinas; é também tecnologia social e organizativa⁶¹¹.

Percebida que a mão invisível do mercado não era neutra, o Estado viu-se impelido a interferir na condução social, prestando serviços públicos, ou regulando atividades privadas, na salvaguarda de direitos fundamentais, concretizadores da dignidade da pessoa humana.

Na afirmação dos direitos humanos, houve uma despatrimonialização do Direito Privado, pois bens e direitos não são fins em si mesmo. A autonomia privada⁶¹² manteve-se como uma emanção da liberdade humana, mas adstrita às preocupações sociais⁶¹³.

Na construção de um ordenamento jurídico, os direitos humanos constituem normas supremas⁶¹⁴, seja mediante sua internalização constitucional, seja de forma dialógica entre as fontes dos direitos (tratados e convenções internacionais).

Nesse novo ambiente, ao direito tem-se o retorno dos valores, percebendo que a função do ordenamento jurídico não é somente “controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio de técnicas de sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos.”⁶¹⁵

⁶¹¹ CASTELLS, MANUEL. Fluxos, redes e identidades: uma teoria crítica da sociedade informacional. *In Novas perspectivas críticas em educação*, p. 05

⁶¹² A expressão “autonomia privada” engloba, assim, duplo sentido: (a) a autonomia privada que significa unicamente a “autonomia negocial” ou autonomia privada patrimonial, que possui o seu significado tradicional, ou seja, a liberdade de negociar, de escolher ou outro contratante, de escolher o objeto do contrato e, na maior parte das vezes, a forma de contratação, referindo-se unicamente à disposição patrimonial e (b) autonomia privada não patrimonial que é aquela que está ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, onde a pessoa é livre para escolher e fiscalizar seus governantes como pressupostos da democracia, é autônoma para tomar suas próprias decisões com relação à sua vida, é livre para estabelecer suas relações intersubjetivas, é livre, enfim, para escolher como viver. REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares, in *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*, tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2044.

⁶¹³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119.

⁶¹⁴ KERSTING, Wolfgang. *Filosofia política del contractualismo moderno*. México: Biblioteca de Signos, 2001. p. 46.

⁶¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 79.

Com o reconhecimento da normatividade dos princípios⁶¹⁶, a Constituição assumiu seu verdadeiro status de “pedra de toque” de todo o sistema jurídico estatal⁶¹⁷, devendo todas as demais normas com ela serem compatíveis, pois, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.”⁶¹⁸, através de suas normas princípios, concebendo o ordenamento como uma unidade, atuando a Constituição como limite e indutor do legislador infraconstitucional⁶¹⁹.

A concepção moderna de codificação foi solapada pela necessidade de uma atuação legislativa mais eficaz a suprir os espaços vazios gerados pelas transformações econômicas, exigindo a extração e sistematização de bens jurídicos transindividuais, cuja intervenção protetiva estatal será necessária⁶²⁰.

Não se estava vinculado a sistemas ensimesmados, onde sua interpretação se restringia a construção de conceito (pandectista), ou exegese, até porque, mesmos conceitos, se indeterminados, possuem uma zona negativa, gerando um espaço de dúvidas quanto à sua aplicação.

Aqui, a constitucionalização do Direito Administrativo permitiu a releitura e redefinição de seus institutos e conceitos, sob a ótica do sistema de princípios constitucionais, erigindo novos paradigmas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência e com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais⁶²¹.

⁶¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29.

⁶¹⁷ Daniel Sarmento, ao falar da pós-modernidade (momento presente), apresenta uma ideia distinta, ao afirmar o abandono da ideia de ordenamento jurídico completo e coerente, com a Constituição no vértice da pirâmide, tendo-se hoje a concepção de rede (presença de inúmeras cadeias normativas). SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60.

⁶¹⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19.

⁶¹⁹ [...] é indispensável conceber o ordenamento jurídico como uno e complexo, em que os princípios constitucionais exercem a função de valores guias e assumem um papel central na articulada pluralidade das fontes do direito, o que exclui que se possa configurar o sistema jurídico dividido em ramos autônomos ou em tantos microssistemas policêntricos, em categorias ou níveis normativos separados e não comunicáveis entre si. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional, In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 02.

⁶²⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Código civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 03-04.

⁶²¹ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60.

Os princípios constituíram os suportes primários estruturais de um sistema jurídico, prestando conteúdo ao direito⁶²²; são normas fundamentais generalíssimas do sistema, cuja função é regular um comportamento não regulado⁶²³, pois sua grande generalidade permite-lhes uma vinculação, de um modo direto ou indireto, a uma gama de soluções expressas, ou implícitas.

A própria responsabilidade pública pode ser observada como um princípio geral, pois,

Siendo así, se impone reafirmar que la responsabilidad étática como principio general de Derecho está impuesta por el hecho de que el Estado y todos sus órganos, funciones, cometidos y medios (materiales y humanos) están al servicio de la persona humana y sus derechos fundamentales, teniendo por finalidad la consecución del bien común. En consecuencia, cualquier ámbito de irresponsabilidad, por más pequeño y excepcional que sea, violenta el Estado de Derecho, implica una desigualdad y genera un agravio, que debe siempre ser reparado total e integralmente. Todo daño, cualquiera sea el órgano estatal que lo haya provocado, significa un detrimento de la esfera jurídica de alguien, es decir, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión en lo suyo, que debe ser reparada a quien la ha sufrido por aquel que la ha causado.⁶²⁴

Desta feita, dentre os grandes traços do direito administrativo do século XXI, está a sua constitucionalização⁶²⁵, fator de transparência, racionalidade e coerência enquanto sistema normativo⁶²⁶, servindo a ponderação como método integrativo dos conflitos de normas.

Mediante esta carga axiológica, formam-se novos super princípios no direito constitucional administrativo, ganhando destaque os da razoabilidade e da proporcionalidade que, mesmos diferenciados pela sua origem e estrutura⁶²⁷, são considerados por parte da doutrina e jurisprudência como sinônimos⁶²⁸, inclusive na doutrina alienígena.

⁶²² DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 35, jan./mar. 2009. p. 01.

⁶²³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Brasília: UnB, 1995. p. 181-182.

⁶²⁴ DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 35, jan./mar. 2009. p. 01.

⁶²⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016. p. 46.

⁶²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁶²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002. p. 29.

⁶²⁸ Em desfecho, é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da *razoabilidade*, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira. BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de

Conforme CIANCIARDO, a aplicação da proporcionalidade na Espanha apelará ao valor justiça, ou ao princípio do Estado de Direito, ou à dignidade da pessoa e, com mais frequência, à interdição da arbitrariedade dos poderes públicos⁶²⁹.

Já na Itália, CARTABIA retrata o uso promíscuo, pela sua jurisprudência constitucional, de termos como razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade e congruência, afirmando que a Corte Constitucional italiana não opera qualquer distinção entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁶³⁰.

O conflito de pensamentos também está na incerteza sobre conteúdo e conteúdo entre princípios. Para MELLO, a proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade⁶³¹; já CIANCIARDO entende a razoabilidade como o próprio subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito⁶³².

A proporcionalidade tem origem no direito continental mediante as sentenças do Tribunal Supremo Administrativo alemão ao final do século XIX, limitando o poder discricionário da administração pública quanto ao poder de polícia⁶³³, sendo hoje

1988 (Foi bom para você também?). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez. 1998. p. 18. Também MARINIELLO dirá que “los casos que el derecho norteamericano enfrenta utilizando el *substantive due process of law* son normalmente tratados por la jurisprudencia alemana en los cuadros del principio de la proporcionalidad”. MARINIELLO, Patricio Alejandro. El principio de razonabilidad y su regulación em los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Disponível em: <<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 6.

⁶²⁹ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 55-56.

⁶³⁰ A differenza di altre Corti, che associano al principio uno specifico standard o test di giudizio (sul punto tornerò tra breve), nella giurisprudenza costituzionale italiana si nota un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri, quasi si trattasse di sinonimi. Ai fini delle presenti riflessioni è bene sottolineare che la Corte costituzionale italiana non opera alcuna distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, i quali sono spesso usati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro. CARTABIA, Marta. I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma: Palazzo della Consulta, 24-26 ott. 2013. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 2.

⁶³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 114. Também nesse sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 74. ZANCANER, Weida. O concurso público e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 15, n. 171, mar. 2016. p. 58.

⁶³² CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 55-56. Também nesse sentido, PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

⁶³³ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 46.

definido por três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ao trabalho, importa o estudo do princípio da razoabilidade⁶³⁴, compreendido como um juízo de valor sobre o exercício da discricionariedade administrativa⁶³⁵, traduzindo-se na exigência de "compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins"⁶³⁶.

Nesta ideia, a razoabilidade é distinto da proporcionalidade⁶³⁷, pois contido nesta, assemelhando-se ao subprincípio da adequação⁶³⁸, ou, como diz MARANIELLO⁶³⁹,

La razonabilidad es la adecuación de sentido em que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear derecho: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido común jurídico (el plexo de valores que lo integran) y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos).

A razoabilidade tem sua origem na *commom law*, como uma restrição às arbitrariedades do poder real, quando da imposição de limites ao então Rei da Inglaterra, João sem Terra, pelos barões, definindo-se um devido processo para que

⁶³⁴ É, pois, a razoabilidade, diferente da proporcionalidade, que impede excessos na aplicação dos princípios constitucionais, pois aquela permite que se conheça o espírito destes princípios e acerte-se a sua interpretação e, conseqüentemente, a sua aplicação, vale dizer, permite que se conheça o princípio considerado em si mesmo, enquanto a proporcionalidade possibilita que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 54.

⁶³⁵ [...] nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercer certa discricionariedade administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 28.

⁶³⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 158.

⁶³⁷ Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em *princípio* da razoabilidade ou em *princípio* ou *regra da proporcionalidade*, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002. p. 34.

⁶³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002. p. 34.

⁶³⁹ MARANIELLO, Patricio Alejandro. El principio de razonabilidad y su regulación em los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Disponível em: <<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 4.

os cidadãos fossem detidos, presos, despossuídos de seus bens, deportados, ou exilados⁶⁴⁰.

Já no reinado de Eduardo III (1327-1377), o parlamento inglês decretou seis estatutos para esclarecer o significado e alcance das liberdades descritas na Magna Carta, interpretando especialmente a expressão “a lei da terra”, que apareceu no capítulo 29 como os procedimentos judiciais que protegem as liberdades do indivíduo.

Mediante um dos estatutos, de 1354, foi introduzido o termo *due process of law*, afirmando que nenhum homem, qualquer que fosse seu estado ou condição, seria privado de seus bens, detido, preso ou acusado, nem condenado à morte, sem que fosse escutado de acordo com o devido processo legal⁶⁴¹. Em 1610, o julgamento de *Bonham's case* será o *leading case* sobre o *due process of law*⁶⁴².

A Constituição estadunidense de 1787, após a incorporação das dez primeiras emendas, mediante sua 5ª emenda, incorporou o *due process law*, cuja menção pela Suprema Corte deu-se, por primeiro, em 1855, reconhecendo-a como proteção meramente processual. Em 1869, foi essa garantia reconhecida não apenas como processual, mas material, visto que restringiria os poderes do Congresso também sobre aqueles direitos substantivos reconhecidos pela *common law*⁶⁴³.

⁶⁴⁰ No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. ‘The 1215 Magna Carta: Clause 39’, *The Magna Carta Project*, trans. H. Summerson et al. [http://magnacarta.cmp.uea.ac.uk/read/magna_carta_1215/Clause_39 accessed 01 August 2017].

⁶⁴¹ MAGNA Carta: Muse and Mentor. Disponível em: <<https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/due-process-of-law.html>>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁶⁴² Em abril de 1606, Thomas Bonham, diplomado em Cambridge, foi chamado pelo Royal College of Physicians de Londres a prestar esclarecimentos sobre a prática da medicina sem autorização do mesmo. Por não conseguir sua autorização, foi multado em 100 xelins e proibido de exercer a medicina, sob pena de prisão. Bonham, todavia, continuou suas atividades médicas e por isso foi novamente chamado a prestar esclarecimentos e multado. Após alguns meses, ele foi até o Royal College of Physicians e declarou que, como doutor em medicina pela Universidade de Cambridge, não estava sujeito aos poderes do College, e acabou preso. O caso foi levado ao Court of Common Pleas, e, o Royal College of Physicians, para defender-se das acusações de Bonham de que não teriam competência para avalia-lo, apresentaram documentos emitidos por Henrique VIII que autorizavam-nos a gerir o controle sobre a prática da medicina em Londres, além de impor multas e prisões, quando necessárias. Tais prerrogativas teriam sido confirmadas pelo parlamento. Pelo fato de que metade do valor arrecadado em multas revertiam para o próprio College. Coke julgou tal autorização contrária ao direito consuetudinário, uma vez que aqueles que avaliavam e controlavam os médicos na capital não gozavam de imparcialidade, mas, pelo contrário, eram interessados na aplicação de multas. Assim, no ano de 1610, Sir Edward Coke afirmava que “o Direito Consuetudinário controlará Atos do Parlamento, e algumas vezes os julgará. FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. Dr. Bonham case e o controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6475c86edecfca8f>>. Acesso em: 09 ago. 2017. p. 9-10.

⁶⁴³ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 33.

Nesse sentido, pode-se dizer que entre 1896 e 1905 a Suprema Corte norte-americana elaborou uma doutrina acerca da razoabilidade dos atos regulatórios do Estado, nos seguintes termos:

(i) o poder regulatório de um serviço público não é ilimitado;

(ii) ao exercer seu poder regulatório, as normas consequentes deste devem guardar relação substancial com os objetivos da regulação, não podendo invadir direitos e liberdades; e

(iii) as limitações e regulações devem ser prudentes, devendo o Estado provar a existência de relação razoável entre a regulação e o fim perseguido.

A partir de 1937, a jurisprudência norteamericana efetuou uma distinção neste controle, observando se a medida adotada era razoável desde o devido procedimento (formal), até o respeito ao princípio da igualdade, verificando a razoabilidade entre a regulação e o fim pretendido.

Na evolução prudencial do direito norte-americano, sua Suprema Corte parece ter preferido que a definição de devido processo legal fosse moldada no curso das decisões dos casos que se apresentem àquela; todavia, nas palavras de CIANCIARDO, desde o final do século XIX, o devido processo substitutivo consistia em uma garantia de razoabilidade das decisões de qualquer órgão do Estado⁶⁴⁴.

E aqui ressalta-se uma deferência ao direito inglês e seu *Wednesbury test*⁶⁴⁵, onde, em 1848, mais do que discutir se a tomada de decisão fora razoável, se verificou

⁶⁴⁴ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al modern juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 35.

⁶⁴⁵ Trata-se do julgamento do caso *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation*, mais conhecido como *Wednesbury unreasonableness*, realizado em 1948 pela Corte de Apelação britânica. Em termos fáticos, o caso se resume à apreciação de uma licença concedida pela *Wednesbury Corporation* para operar um cinema com a condição de que nenhuma criança ou adolescente com menos de quinze anos pudesse entrar no estabelecimento aos domingos. No decorrer do julgamento, ficou assentado que o Judiciário poderia intervir para alterar uma decisão administrativa ao fundamento de ser ela irrazoável, desde que cumpridas as três condições seguintes (que ficaram conhecidas como o teste de *Wednesbury*): (i) Na decisão, foram considerados elementos estranhos ao caso; (ii) Na escolha feita pela autoridade pública, não foram considerados todos os elementos relevantes; e (iii) A decisão é tão irrazoável que nenhuma outra autoridade pública consideraria tal solução (*Wednesbury unreasonableness*). Ao julgar o caso, os juízes da *Court of Appeal of England and Wales* estabeleceram que não bastaria a mera alegação de irrazoabilidade *subjetiva*. Seria imprescindível passar-se pelas condicionantes acima citadas, subsumindo-se a alegada violação a uma das categorias *supra* para invalidar a decisão administrativa desarrazoada. Desse modo, firmou-se um padrão que serviria para testar as situações de aparente *unreasonableness*. Naquele caso específico, entendeu-se que a limitação (proibição de menores de 15 anos frequentarem o cinema aos domingos) não violaria qualquer das condicionantes, motivo pelo qual o Judiciário não poderia invalidá-la. BUGARIN, Tomás T. S.; MENEGUIN, Fernando. Rational decision making – parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, fev. 2015. Disponível em <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 14-15.

se a referida decisão fora irrazoável, ou seja, se mediante requisitos objetivos, qualquer outro agente público, naquela situação, não tomaria a mesma decisão, salvaguardando o poder discricionário da Administração Pública⁶⁴⁶.

OLIVEIRA afirma que atualmente a doutrina e jurisprudência tedesca concebem um significado autônomo para o princípio da razoabilidade, entendendo que esta determina a consideração das condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos na decisão, traduzindo-se na aplicação individual da justiça⁶⁴⁷.

Para ROCHA, a razoabilidade pode assumir duplo sentido: o primeiro, como a adequação racional (razoável) de meios e fins da conduta administrativa; o segundo, como a qualidade dos valores buscados pela conduta estatal, demonstrando a coerência entre o seu desempenho e a transformação da realidade provocada por sua conduta, na concretização do interesse público específico⁶⁴⁸.

Na doutrina brasileira, o princípio da razoabilidade recebe distintos significados, como uma vedação de arbitrariedade⁶⁴⁹; exigência de justiça⁶⁵⁰; *standard* jurídico⁶⁵¹; requerimento de bom senso e sensatez⁶⁵²; dever de racionalidade⁶⁵³; imposição de proporcionalidade⁶⁵⁴; mandamento de ponderação⁶⁵⁵.

No caso de responsabilidade pública por omissões administrativas, onde o nexo causal muitas vezes não se apresenta de forma clara e precisa, mesmo confundindo-se com a própria omissão, será mediante o princípio da razoabilidade

⁶⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002. p. 30.

⁶⁴⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65.

⁶⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 112-113.

⁶⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 47.

⁶⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, 1998. p. 128-129.

⁶⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50.

⁶⁵² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

⁶⁵³ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 62, 2015.

⁶⁵⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 154.

⁶⁵⁵ FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 40.

que se esclarecerá se o ato omitido era razoavelmente exígível, constituindo uma falta primária da administração pública⁶⁵⁶.

No trabalho, tem-se a razoabilidade como um juízo de valor sobre o modo em que se exerce a discricionariedade^{657 658}, pois presentes múltiplos interesses merecedores de tutela que, em um determinado momento conflituam⁶⁵⁹, existindo a possibilidade de um limite de ingerência judicial quando a decisão adotada pelo administrador fora irrazoável⁶⁶⁰, pois menos eficiente do que outras preexistentes⁶⁶¹.

Por essa razão, a razoabilidade exigirá uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, conferindo a ligação fim que se busca, meio que se utiliza, com o exame desta adequação de forma abstrata, geral e antecedente⁶⁶².

Nesta concepção, pode-se considerar que a razoabilidade está contida na proporcionalidade⁶⁶³, em sua primeira fase, ou subprincípio, ensejando o exame do

⁶⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

⁶⁵⁷ O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶⁵⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 154.

⁶⁵⁹ LOMBARDO, Giuseppe. Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, 1999. p. 942.

⁶⁶⁰ No direito inglês, o princípio da razoabilidade se apresenta em três fases, sendo pela vez primeira utilizado para a análise dos casos concretos, ao final da primeira guerra, devido ao intervencionismo econômico e social, finalizando, nos anos sessenta, mediante um novo ativismo judicial para controle da *reasonableness* das “decisões tomadas no exercício das competências discricionárias”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72.

⁶⁶¹ A razoabilidade administrativa é o elemento que dota de legitimidade a conduta do administrador público, por ser o que objetiva as razões de seu comportamento e demonstra, então, a justeza da conduta e a sua adequação ao quanto prescrito e previsto no sistema de Direito. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 112.

⁶⁶² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 113.

⁶⁶³ Por conseguinte, é possível concluir que o que distância a razoabilidade da proporcionalidade, para além dos distintos contextos em que se originaram, é justamente o grau de subjetividade de cada um dos postulados, nos parecendo correto afirmar que a razoabilidade, pela ausência de parâmetros mais concretos que delimitem a sua incidência, revela-se de aplicação mais restrita, porque se autolimita ante a impossibilidade de rejeitar atos restritivos de direitos que não se mostrem extraordinariamente não razoáveis, enquanto a proporcionalidade, cujos contornos teóricos e cuja aplicação encontram diretrizes em elementos mais palpáveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como veremos mais adiante, embora ainda permita relativo grau de subjetividade do julgador, mostra-se como uma possibilidade de intervenção de maior profundidade no controle da liberdade de conformação do legislador.

mérito dos atos administrativos discricionários⁶⁶⁴, fazendo-se uma leitura restritiva da legitimidade inclusive do poder judiciário em intervir nas políticas públicas estatais. Nesse sentido, o **Caso 4** demonstra como se entende a aplicação do princípio da razoabilidade.

Um dos fatos jurídicos que mais aportaram na pesquisa eletrônica nos endereços oficiais dos Tribunais Regionais Federais fora o acidente rodoviário causado pela colisão de veículo automotor em animais presentes na pista de rolamento. Cinco decisões distintas foram encontradas para essa mesma situação:

Decisão 1. em se tratando da imputação de responsabilidade à Administração Pública por conduta omissiva é imprescindível que reste demonstrada falha no serviço prestado/demandado, em particular, ausência de fiscalização e patrulha da rodovia de modo a prevenir a existência de animais na pista de rolamento ou mesmo de sinalização da possibilidade de sua ocorrência de modo a prevenir os usuários, sendo esta prova ônus do autor (vitima)⁶⁶⁵;

Decisão 2. é do proprietário do animal a responsabilidade direta pelos danos causados por ele, conforme o artigo 936 do Código Civil brasileiro, não existindo nenhuma atribuição do Estado pela guarda de animais, onde a imposição de responsabilidade ao ente público corresponderia operar a responsabilização civil *per saltum*, inadmissível no Direito Brasileiro⁶⁶⁶;

Decisão 3. em virtude do dever legal de zelo pela segurança e integridade dos usuários da rodovia sob sua administração é clara a *responsabilidade* objetiva da Administração Pública pelo acidente causado em razão da presença de animal na pista de rolamento⁶⁶⁷.

Decisão 4. A responsabilidade da União, nos casos de omissão administrativa, é subjetiva, competindo à parte demonstrar a culpa⁶⁶⁸.

Decisão 5. mesmo considerando a responsabilidade estatal como objetiva, inclusive nas omissões, embora seja dever do Estado fiscalizar e vigiar as rodovias

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladstone; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea*: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.

⁶⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez. 1998. p. 18.

⁶⁶⁵ AC 0003012-23.2011.4.01.3702 / MA; APELAÇÃO CIVEL – 5ª TURMA – TRF1ª REGIÃO.

⁶⁶⁶ APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 2036527 / SP 0013990-18.2013.4.03.6100 – 4ª TURMA – TRF 3ª REGIÃO.

⁶⁶⁷ APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 2097864 / SP – 0006441-20.2014.4.03.6100 – 3ª TURMA – TRF 3ª REGIÃO.

⁶⁶⁸ AC - APELAÇÃO CIVEL Processo 5003864-89.2013.4.04.7005 – 4ª TURMA – TRF 4ª REGIÃO.

para impedir que animais soltos invadam a pista e causem acidentes, considerando a dimensão geográfica do Brasil e a extensão das estradas federais, não é razoável exigir que essa fiscalização estatal seja feita de forma igual e intensa em todas as partes das rodovias existentes⁶⁶⁹.

Pode-se, da leitura dessas decisões, fazer alguns apontamentos importantes à fixação da responsabilidade estatal por omissões:

1º) não existem razões para se entender como subjetiva a responsabilidade estatal nas omissões, pois tanto a Constituição Federal, artigo 37, ° 6º, quanto o Código Civil, artigo, 43, são claros em afirmar uma responsabilidade de natureza objetiva;

2º) é obrigação do Departamento Nacional de Trânsito – DNIT, cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições; planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas; implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário; e coletar dados e elaborar estudos sobre os acidentes de trânsito e suas causas (artigo 21, incisos I a IV, Lei nº 9.053, de 23.9.1997);

3º) pensando em uma Rodovia como a BR 116 (Rodovia Régis Bitencourt), cuja extensão, se computados seus diversos trechos desde Fortaleza, no Ceará, até Jaguarão, no Rio Grande do Sul, conta com 4.531 quilômetros, não é razoável exigir sua fiscalização igual e intensa em toda a parte; todavia, sabendo-se que o acidente ocorrera em um determinado trecho, a mera alegação da extensão da estrada não se apresenta como argumento suficiente à excluir a responsabilidade estatal;

4º) não obstante, a simples obrigação de fiscalizar não é razão suficiente à responsabilização do Estado, sendo necessário a verificação do nexo de causalidade entre a omissão alegada e o dano injusto.

Mas como resolver o **caso 4**? Seguir-se-ia o seguinte raciocínio:

(i) delimitação da obrigação de um comportamento positivo da Administração Pública

Distinto dos comportamentos materiais positivos da Administração Pública, onde o nexo de causalidade será material, nas omissões este nexo é jurídico, pois somente se existir uma norma impondo um comportamento positivo à Administração

⁶⁶⁹ AP/SE 08003520320134058500 – 4ª TURMA – TRF 5ª REGIÃO.

Pública é que se poderá lhe exigir um comportamento, especialmente se admitido que esta vive ao influxo de uma finalidade cogente, podendo agir somente quando ordenada a ação (princípio da legalidade estrita).

(ii) análise das medidas adotadas pela Administração Pública e os critérios de equivalência que a dimensionam em relação ao fim desejado.

O tráfego conjunto de pessoas, animais e veículos traz ínsito a probabilidade de acidentes; por esta razão, dentre as obrigações do DNIT estão a implantação, manutenção e operação do sistema de sinalização, dos dispositivos e dos equipamentos de controle viário, bem como a coleta de dados e elaboração de estudos sobre esses acidentes e suas causas.

Assim, ter-se-á a construção de um sistema de segurança viária inicial, mediante dados teóricos, cuja evolução dar-se-á com os estudos da sinistralidade decorrente do uso dessa malha viária. Somente estudos técnicos podem apontar se toda a malha deverá ser fechada com muros de contenção, ou apenas em alguns trechos será necessária a colocação de sinalização apontando a possibilidade de animais na pista de rolamento.

A realização dos estudos, com a aplicação dos seus resultados na malha rodoviária demonstrarão o quanto será possível se exigir desta Administração Pública e qual a eficiência⁶⁷⁰ de sua atuação.

O princípio da eficiência, mesmo já sendo citado pela doutrina⁶⁷¹, fora incorporado formalmente no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 mediante a Emenda Constitucional nº 19, como um dos instrumentos jurídicos reformadores do Estado Brasileiro, convertendo a Administração Pública burocrática em gerencial.

Dentro de um contexto histórico-político marcado por conceitos e ideias ditas neoliberais, cuja origem fora a Inglaterra, nos governos de Margareth Thatcher, tem-se no Brasil, inclusive a criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, cujo Ministro, Bresser Pereira, fora o mentor intelectual da reforma, onde a eficiência da Administração Pública seria:

⁶⁷⁰ Segundo Freitas, o princípio da eficiência “determina que a Administração cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes”. FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 110-111.

⁶⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 106.

o resultado a médio prazo de um complexo projeto de reforma, através do qual se buscará a um só tempo fortalecer a administração pública direta ou o “núcleo estratégico do Estado”, e descentralizar a administração pública através da implantação de “agências autônomas” e de “organizações sociais” controladas por contratos de gestão.⁶⁷²

A referida reforma tinha como objetivos (i) a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos Estados e municípios, onde existia um claro problema de excesso de quadros; e (ii) a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos.

Na doutrina, o princípio da eficiência possui uma fluidez conceitual^{673 674 675}, podendo ser a necessidade de promoção da qualidade do serviço público prestado⁶⁷⁶, ou a imposição à Administração Pública do dever de agir de modo rápido e preciso para atender os resultados que satisfaçam as necessidades da população⁶⁷⁷.

Também, o princípio da eficiência pode ser visto sob aspectos quantitativos e qualitativos do serviço público, aquilatando-se seu efetivo rendimento, custo operacional e real utilidade para os administrados e para a própria administração, sendo obrigatório o uso de critérios técnicos para essa avaliação⁶⁷⁸.

Ainda, pode-se simplesmente dizer que o princípio da eficiência impõe à Administração o dever de “realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*”⁶⁷⁹; ou que “eficiência significa realizar mais e melhor com menos”⁶⁸⁰, exigindo-se a redução de desperdício de dinheiro público, mediante presteza, perfeição e rendimento na prestação do serviço público⁶⁸¹.

DI PIETRO compreende o princípio da eficiência sob dois aspectos: (a) como o modo de atuação do agente público; e (b) como o modo de organização, estrutura

⁶⁷² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaaagerencial.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2017. p. 18.

⁶⁷³ ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./dez. 2005.

⁶⁷⁴ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 127.

⁶⁷⁵ SALERNO, Giulio M. La democrazia e i dilemi dell'efficienza: osservazioni critiche. In: AINIS, Michele et al. *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*. Pádua: CEDAM, 1995. v. 2. p. 652-653.

⁶⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

⁶⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 127.

⁶⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 106-107.

⁶⁷⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21-22.

⁶⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

⁶⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23-24.

e disciplina da Administração Pública, no escopo de se alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público⁶⁸².

Ressalta-se, pois importante, que a otimização exigida é de um Estado Democrático e Social, prestador de serviços coletivos essenciais, juridicizados como *exigências do ordenamento nacional*⁶⁸³, não podendo descuidar de agir com eficiência, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes⁶⁸⁴.

Para o trabalho, concordando com a posição de ARAÚJO, a eficiência que rege a Administração Pública, mesmo com todo viés economicista objetivado na Emenda Constitucional n.19, deve ter por escopo o “respeito ao cidadão e ao interesse público, não devendo ser vislumbrada em momento algum como fundamento para atos que objetivem uma maior lucratividade”⁶⁸⁵.

Retomando o **Caso 4**, pode-se concluir que:

(i) a presença de um animal na pista de rolamento, *prima facie*, demonstra uma omissão administrativa, pois é obrigação da União, mediante o DNIT, manter a segurança viária;

(ii) não obstante, também parece irrazoável exigir uma fiscalização continuada em toda os trechos de uma extensa rodovia, ao mesmo tempo; contudo

(iii) somente dados técnicos podem trazer luz às reais necessidades da pista de rolamento quanto aos tipos de instrumentos de segurança viária, dentro de padrões razoáveis e exigíveis do Estado.

Nesse sentido, afasta-se tanto a teoria da *faute de service* quanto a incidência do princípio da proporcionalidade, pois se houve um acidente de trânsito gerado pela presença de um animal na pista, haveria, em tese, um mau funcionamento do serviço, por insuficiência do sistema de vigilância, atingindo a proporcionalidade em sentido estrito.

⁶⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83.

⁶⁸³ MODESTO, Paulo. Nota para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 2, maio de 2001. p. 02.

⁶⁸⁴ Por tudo, torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional está a *vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor*. FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75.

⁶⁸⁵ ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. Serviços públicos: morte ou renascimento? *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, a. 10, n. 114, ago. 2010. p. 10.

Contudo, no caso concreto somente pode-se aferir o nexo causal mediante a análise de parâmetros técnicos, cujo respeito pela Administração Pública demonstraria que atuou de forma eficiente e razoável, considerando-se o sinistro como um fortuito externo à atividade estatal.

2.4. A relevância do nexo causal na análise da responsabilidade civil extracontratual da Administração pública.

Afirmado-se a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública brasileira como objetiva nos casos de danos a terceiros provindos, ou possibilitados por omissões, para sua fixação necessitar-se-á então a) o fato jurídico, b) o dano injusto; c) o nexo de causalidade; e d) a imputabilidade⁶⁸⁶.

Para NORONHA, em geral, a obrigação de indenizar surge quando se verificam (a) a antijuridicidade do ato praticado, ou do fato acontecido, (b) a imputação deste fato a alguém distinto da vítima, (c) a ocorrência de um resultado danoso, onde (d) tais danos são causados pelo ato ou fato praticado, sendo que (e) tais danos devem estar contidos no âmbito da função de proteção assinada à norma violada, conforme a teoria do escopo da norma violada⁶⁸⁷.

Outra forma de expressar os requisitos da responsabilidade estatal é aquela manifestada por MELLO, exigindo-se (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal⁶⁸⁸.

Dentre esses elementos, terá o nexo de causalidade papel primordial, pois, sob qualquer qualificação atribuída ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva estatal, permite-se ao judiciário a exclusão ou atenuação desta

⁶⁸⁶ La acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación de causalidad: el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, em consecuencia, el carácter de causa. MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad em la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Montevideo, a. I, n. 1, ene./jun. de 2004. p. 357.

⁶⁸⁷ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de sistematização. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 156.

⁶⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 481110*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 06 fev. 2007. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 set. 2017.

responsabilidade quando outros fatores prevalecerem na causação do dano, rompendo o nexo causal⁶⁸⁹.

Além disso, sendo a causalidade centro do dever de reparar, possibilita-se a construção de três sentidos para o termo, como (i) categoria, indicando que todo efeito tem uma causa; (ii) princípio, onde cada efeito tem uma mesma causa; e (iii) vínculo material ou fático, ligando um fato natural ou cultural a um resultado⁶⁹⁰.

O nexo causal é “o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”^{691 692}, especialmente quando se afasta o elemento anímico⁶⁹³. Sua aplicação queda-se mais complexa quando se tem, na jurisprudência, a maior preocupação com a reparabilidade do prejuízo sofrido pela vítima, mediante uma responsabilidade objetiva⁶⁹⁴.

Aliás, a própria distinção entre as teorias racionalistas, onde a relação causal é sempre necessária e independente da experiência, e as empiricistas, para quem as repetições de certos acontecimentos similares permitem a indicação de uniformidade de hábitos geradores de previsibilidades, mas não possibilita o nexo entre causa e efeito, demonstra que a “escolha” lógica entre um dano e sua provável causa não é sempre naturalística.

Nesse sentido, devido (i) a dificuldade probatória da causalidade como nos casos de múltiplas causas e (ii) a impossibilidade de vinculação certa e segura de diversas situações e relações jurídicas ensejadoras de danos reparáveis, a teoria civilista contemporânea tem buscado a flexibilização do nexo causal⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

⁶⁹⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59.

⁶⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.

⁶⁹² Já dissera SILVA: “É deveras tormentoso o problema da causalidade nos domínios da responsabilidade civil. SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 112.

⁶⁹³ Em um contexto dominado pela culpa, os perigos da super-responsabilização pareciam afastados pela necessidade rigorosa de demonstração do requisito subjetivo do ilícito. Dito de outra forma, a prova da culpa já freava, significativamente, o impulso das demandas de reparação, e, embora tal prova não se confundisse com a do nexo causal, a concepção moral dominante resultava em que, uma vez demonstrada a ocorrência de culpa, as cortes passavam a considerar presentes todos os elementos necessários à formação do juízo de responsabilização, consistindo a prova do nexo de causalidade em mera etapa formal, não raro solucionada de forma empírica no interior da própria discussão sobre a culpa. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56-57.

⁶⁹⁴ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 112.

⁶⁹⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 118.

A partir da segunda metade do século XX, julgados utilizaram de presunções de causalidade em benefício à vítima, sendo a presunção um “mecanismo lógico que possibilita identificação de determinada situação como sendo semelhante à outra já reconhecida e assimilada⁶⁹⁶.

Assim, “na medida em que a prova de um fato é a certeza de sua ocorrência, a presunção é a representação de sua probabilidade.”⁶⁹⁷, sendo fundamento dessa presunção a repartição de riscos e a internalização de seus custos por aquele que tem a melhor capacidade de evitar os danos.

Dentre as presunções, têm-se as legais e as de fato, cuja distinção dá-se pelo grau de probabilidade de sua ocorrência, no momento inicial de atribuição de responsabilidade⁶⁹⁸, sedimentando a responsabilidade nos princípios da precaução, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana⁶⁹⁹.

Também, a doutrina apresenta uma ideia de responsabilidade civil fundada não mais na culpa e no risco, mas sim na imputação de responsabilidade baseada na ideia da probabilidade do risco e de sua concretização num resultado danoso: a teoria da imputação objetiva.

A teoria da imputação objetiva tenta estabelecer limites entre os elementos próprios e acidentais de um evento danoso, para fins de imputação de responsabilidade, mediante três critérios: dominabilidade, evitabilidade e previsibilidade, com a teoria da causalidade adequada conferindo suporte para a previsibilidade⁷⁰⁰.

No Direito Penal, ela surge com a finalidade de limitar o alcance da chamada teoria da equivalência dos antecedentes causais, deixando de lado a observação de uma relação de causalidade puramente material, para se valorar uma outra de natureza jurídica, normativa, delimitando o alcance do tipo objetivo, de sorte que, em rigor, é mais uma teoria da ‘não imputação’ do que da imputação⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 197.

⁶⁹⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 197.

⁶⁹⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 205.

⁶⁹⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 4.

⁷⁰⁰ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 187.

⁷⁰¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 123.

Para ROXIN, a teoria da imputação objetiva fundamenta-se na criação de risco juridicamente relevante e proibido, que se realiza no resultado, sob o alcance do tipo penal⁷⁰². Assim, um resultado causado pelo agente somente pode lhe ser imputado (1) quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, (2) quando o risco se realiza no resultado concreto e (3) este resultado se encontra dentro do alcance do tipo⁷⁰³.

Ademais, o autor exclui do tipo objetivo (1) as ações que diminuam riscos, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito; (2) aquelas ações perigosas que são permitidas pelo legislador, em certos casos e sob certas condições de segurança, em virtude sua utilidade social; (3) aquele resultado não abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado; e (4) a atribuição no âmbito de responsabilidade de terceiros⁷⁰⁴.

Já para JAKOBS, a ação é um ato comunicativamente relevante; nesse sentido, a teoria da imputação objetiva vincula-se ao conceito de papel social, como “[...] um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição que se orienta com base nas pessoas.”⁷⁰⁵.

Nesse sentido, para JAKOBS, a conduta (causação), ainda que adequada ou dolosa é insuficiente para fundamentar a imputação, sendo necessária a criação de um risco determinante do resultado⁷⁰⁶. Para isso, tem por base a concepção do injusto como expressão do sentido de perturbação social incompatível com a norma, projetando-se dois níveis de imputação objetiva: o de comportamento e o de resultado.

Mesmo assumindo importância primeiro no Direito Penal, a teoria da imputação objetiva surge no Direito Civil com LARENZ⁷⁰⁷, para quem a teoria da imputação objetiva fundava-se na vontade do ser racional, reconhecedor do efeito de

⁷⁰² ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. rev. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 310.

⁷⁰³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. rev. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 104.

⁷⁰⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. rev. Renovar: Rio de Janeiro, 2012. p. 109-114.

⁷⁰⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

⁷⁰⁶ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

⁷⁰⁷ CALLEGARI, André Luís (Coord.). Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58.

determinadas causas, prevendo as possíveis consequências e fixando a direção desejada conforme seu pensamento⁷⁰⁸.

Para LARENZ, a imputação objetiva era um juízo sobre a questão de se um fato era ato de um sujeito, questão que poderia ser proposta de modo independente do valor jurídico ou moral da ação, onde a imputação como juízo sobre o fato não é causal, mas sim teleológico, posto que o ato está dominado e controlado pela vontade⁷⁰⁹.

Essa ideia será de extrema importância para responsabilidade por omissão, pois, para LARENZ, o conceito de omissão, assim como o de ação, não é causal, mas sim teleológico, visto que a razão de que a omissão se possa imputar reside na possibilidade do atuar voluntário; por essa razão, a relação causal e a teleológica devem ser separadas estritamente do juízo de valor⁷¹⁰.

Segundo BARBOSA, a assunção desta esfera de risco implica cognoscibilidade, envolvendo a previsibilidade que, “ancorando-se no padrão cognitivo do homem médio, apela à probabilidade”, a fim de se saber se “o dano é ou não um daqueles em atenção aos quais emergiu o círculo de responsabilidade.”⁷¹¹.

A teoria da imputação objetiva é adotada na análise da responsabilidade pública espanhola, onde, para que o dano concreto, produzido pelo funcionamento do serviço, a um ou vários particulares, seja antijurídico basta com que o risco inerente à sua utilização estejam abaixo dos limites impostos por *standards* de segurança exigíveis conforme a consciência social⁷¹².

Segundo MONTIJANO, para fixação da responsabilidade civil, parece que já não basta com a existência de uma conduta, dano, nexo causal entre ambas, e dolo ou negligência, mas sim, previamente ao dolo ou a negligência, é necessário analisar

⁷⁰⁸ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 62.

⁷⁰⁹ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 3-5.

⁷¹⁰ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 5.

⁷¹¹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade*. Cascais: Princípiã, 2014. p. 68.

⁷¹² ROJ: SAN 1946/2016 - ECLI:ES:AN:2016:1946 - Nº de Resolución: 304/2016 - Tipo Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso - Municipio: Madrid - Ponente: FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO - Nº Recurso: 474/2014 - Fecha: 18/05/2016 - Tipo Resolución: Sentencia - RESUMEN: Responsabilidad patrimonial. Accidente de automóvil. Inexistencia de valla. Omisión, título de imputación y obligación de actuar. Conducta del propio lesionado. Relación causal. . Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=an&comunidad=13>> Consulta em 16.10.2017.

se a conduta é objetivamente imputável ao agente cuja responsabilidade se discute, distinguindo entre a causalidade de direito e causalidade de fato⁷¹³.

Já HIRONAKA trouxe a ideia de uma responsabilidade pressuposta, cujo objetivo é traçar um padrão de fundamentação para a responsabilidade civil, sob o fundamento ou causa do dever de indenizar o dano que alguém venha sofrer⁷¹⁴, imputando a responsabilidade àquele que, com seu comportamento, coloca alguém ou algo em situação de risco ou perigo que inexistia.

Contudo, a doutrina começa firmar a possibilidade de uma responsabilidade por danos, vinculada aos princípios da prevenção e da precaução, com a ideia de (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa ou dolo; (iv) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e prevenção; e (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar⁷¹⁵.

Não obstante, acredita-se possível a continuidade de análise do nexo causal, mediante as teorias tradicionais, desde que sua leitura dê-se por intermédio dos princípios da administração pública, em especial o da razoabilidade e da eficiência.

As teorias referidas trazem o juízo de probabilidade em substituição ao de previsibilidade, entendendo que, muitas vezes, é possível se afastar a própria existência do nexo casual para configuração da responsabilidade. Todavia, o juízo de probabilidade parece vinculado mais ao regime probatório, na análise pelo juiz sobre a quem será imputada a responsabilidade pelo dano.

Assim, essa posição sobre o juízo de probabilidade aproxima-se da forma de se provar causalidades no sistema da *common law*, onde se basta a jurisprudência com a convicção de probabilidade razoável de verificação dos fatos, mesmo aplicando a teoria da *conditio sine qua non*, pois a prova se satisfaz com um *balance of probabilities*⁷¹⁶.

Desta feita, permite-se a leitura da responsabilidade civil do Estado dentro do sistema de Direito Administrativo, mantendo-o “como sistema dotado de unidade

⁷¹³ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. XIII.

⁷¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o Direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

⁷¹⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 228-229.

⁷¹⁶ OLIVEIRA, Ana Prestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 29-30.

evolutiva, seja na pauta aplicativa, seja no campo teórico, ultrapassadas as tentações do tipo axiomático-dedutivo”⁷¹⁷.

Nesse sentido, observar-se-á a responsabilidade pública pelas lentes dos preceitos da boa interpretação tópico-sistemática do Direito Administrativo, (i) pressupondo os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais como base e ápice da ordem jurídica;(ii) o sacrifício mínimo destes, vedadas as ações e omissões causadoras de dano; (iii) almejando, como ideal regulador, a máxima realização possível dos objetivos fundamentais da República⁷¹⁸.

Ainda, a boa interpretação tópico-sistemática do Direito Administrativo (iv) deve ser articulada a partir da hierarquização motivada e imparcial das premissas eleitas, (v) pretendendo ser coerente e aberta, favorável à democracia real, com a salvaguarda do direito fundamental à participação, (vi) procurando zelar pela vitalidade sistemática, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio Texto Constitucional⁷¹⁹.

A boa interpretação tópico-sistemática do Direito Administrativo (vi) concebe os direitos fundamentais como totalidade indissociável, procurando restringir as eventuais limitações, (vii) concretizando, no máximo, o direito fundamental à boa administração pública⁷²⁰.

Em suma, há uma dificuldade na doutrina e jurisprudência para delimitação da causa de um dano quando se tem concausalidades, coexistindo uma excessiva quantidade de teorias na tentativa de desvelá-lo⁷²¹. Não por outra razão, já dissera NORONHA, ao definir o nexo causal, que⁷²²:

[...] O nexo de causalidade é talvez o requisito mais complexo da responsabilidade civil. Com ele, quer-se dizer que só haverá obrigação de reparar danos, que se possam considerar consequência do fato gerador. Parece simples, mas não é.

⁷¹⁷ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 241.

⁷¹⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 242-246.

⁷¹⁹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 248-250.

⁷²⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 251-252.

⁷²¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 117.

⁷²² NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de sistematização. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 159.

Quando da produção de um dano, pode-se ter um ou diversos fatores na sua origem, ou distintos elementos sem os quais ele não seria produzido, ou várias circunstâncias de que não se pode abstrair sem a mudança daquele resultado; todavia, os fatores determinantes serão causas, sendo os demais meras condições. Por essa razão, “as causas, em sua essência, não têm natureza diversa das condições.”⁷²³

Mesmo que sua ideia esteja atrelada às ciências naturais, o nexos de causalidade é ambíguo⁷²⁴, pois “não é puramente naturalista, nem exclusivamente jurídico”^{725 726}, tratando-se, em verdade, “[...] do vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima, a ser investigado no plano dos fatos, para a identificação da causa apta a determinar a ocorrência do dano”⁷²⁷.

O nexos causal, no campo da responsabilidade civil, (i) permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, e (ii) serve como medida de indenização, em conformidade à extensão do dano⁷²⁸.

Quando se tem um evento cuja ação ou omissão é única causa, como, por exemplo, um erro de procedimento médico levando ao óbito do paciente, o lançamento indevido do CPF de um contribuinte em cadastro de inadimplente, não lhe permitindo uma compra a prazo, a quebra dos amortecedores de um veículo devido a buracos em uma rodovia sem manutenção, a solução é simples⁷²⁹.

⁷²³ NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 540.

⁷²⁴ A causalidade é produto de uma valoração jurídica. Não obstante, na sua base está ordinariamente o modelo da causalidade das ciências físico-naturalísticas. FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso*. Reimp. , Coimbra:Almedina, 2010, p. 100-101.

⁷²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

⁷²⁶ Neste sentido, considerando-se que os fatos considerados na cadeia causal o serão em vista de dada valoração no conjunto de causas, trata-se de uma causalidade que não é meramente fática, senão de uma causalidade jurídica. MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 225.

⁷²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219.

⁷²⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

⁷²⁹ Quando a causa é única ou, quando múltiplas, o são concomitantemente a um mesmo efeito dado (*Gesamtkausalität* chamam, a isso, os alemães), não haveria, para o jurista, complexidades maiores. [...] Para as causas múltiplas, conjuntas, via de regra se estabelece, em lei, a solidariedade dos agentes. SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 112.

Contudo, em muitas das vezes há uma complexidade de condições que podem ser consideradas causas, ou como já dizia HUNGRIA⁷³⁰:

Se todo evento tivesse na ação ou omissão a sua causa única e exclusiva, não se apresentaria o problema: êste nasce da complexidade dos antecedentes causais daquele, entre os quais a ação ou omissão não é senão um elo de extensa cadeia. Quer-se, então, saber quando, sob o ponto de vista jurídico, a ação ou omissão tem o suficiente relêvo de causa;

Conforme DELLA GIUSTINA, pode-se ter uma causalidade (i) COMUM, em que duas ou mais pessoas concorrem, de forma associada, para um resultado comum; (ii) CONCORRENTE, onde o dano derivará de atuações independentes, mas relevantes para o resultado; e (iii) ALTERNATIVA, onde, no concurso de ações de distintos agentes, não se consegue definir a autoria da causa, gerando uma responsabilidade solidária⁷³¹.

CRUZ distingue o concurso de causas em (i) complementares, quando duas ou mais causas concorrem para a produção do resultado, que não seria alcançado de forma isolada por nenhuma delas – as concausas; (ii) cumulativas ou concorrentes, quando cada uma das causas teria, de forma isolada, determinado a produção do resultado; e (iii) alternativas, quando não é possível definir, com um grau absoluto de certeza, qual ato causou o dano⁷³², exigindo, assim, um liame de necessariedade entre as atividades jurídicas, gerando uma unificação dos comportamentos e o evento danoso⁷³³.

CAVALIERI FILHO conceitua concausas como as “circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não têm a virtude de excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano”⁷³⁴, as dividindo, em relação à conduta dos agentes, como preexistentes, supervenientes e concomitantes.

⁷³⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 11 a 27. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II. p. 60.

⁷³¹ DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil de grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 47 et seq.

⁷³² CRUZ, Gisele Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30-31.

⁷³³ TEPEDINO, Gustavo. O nexo de causalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 487.

⁷³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 80.

Também PONTES DE MIRANDA assim define as concausas, dizendo que, na pluralidade de devedores de indenização, há concausação quando duas ou mais pessoas concorreram para o mesmo resultado, sendo estas instigadoras, cúmplices, ou causadores do mesmo dano, que sozinhos não poderiam produzir⁷³⁵.

O Código Penal brasileiro adotou como regra para o concurso de causas a teoria da equivalência das condições, afirmando, em seu artigo 13, *caput*, que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considerando causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

A exceção está nas causas supervenientes, quando estas rompem o nexo causal anterior, surgindo como causa direta e imediata do novo dano, pois a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou (artigo 13, § 1º, CPB).

Na esfera cível, poder-se-ia afirmar que o a Suprema Corte brasileira assentara como teoria causal de nosso sistema a da causalidade direta e imediata, descrita no então artigo 1.060, do antigo Código Civil⁷³⁶, dizendo que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato^{737 738}.

⁷³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies. fontes e espécies de obrigações*. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XXII. p. 191-192.

⁷³⁶ CAVALIERI diz que a teoria adotada pelo Código Civil é a da causalidade adequada, citando inclusive obra de AGUIAR DIAS neste mesmo sentido. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70-71. Contudo, da leitura da referida obra, parece que DIAS adota a teoria da *conditio sine qua non*. DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 272-273.

⁷³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223.

⁷³⁸ RE 130764/PR – STF – PRIMEIRA TURMA – Rel: Min. MOREIRA ALVES – D.J: 12.5.1992 – EMENTA: Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido varios meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no paragrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade

Essa certeza seria maior se, observando o novo Código Civil de 2002, o texto normativo constante no agora artigo 403 repetisse literalmente o antigo artigo 1.060, dizendo que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Todavia, a doutrina e jurisprudência não deixaram de adotar outras teorias no escopo de ressarcir a vítima⁷³⁹, decidindo, muitas vezes, de forma atécnica, fundando-se em um princípio de bom senso, intensificando a “rasa cientificidade presente em algumas decisões judiciais sobre o assunto”⁷⁴⁰.

Nesse sentido, DIAS compreendia que a teoria adotada pelo artigo 1.060 do antigo Código Civil era a da causalidade adequada, pois culpado era aquele quem tivera a melhor oportunidade de evitar o dano⁷⁴¹; já ALVIM, sustentava a adoção da teoria do dano direto e imediato, mediante a necessidade da causa⁷⁴².

prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o paragrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

⁷³⁹ ALVIM dissera que [...] a grande maioria dos civilistas, na França, na Itália, e entre nós, estuda o nexo de causalidade a propósito do dispositivo de lei que quer ver estabelecida uma relação de causa e efeito, direta e imediata, entre o dano e a inexecução da obrigação. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 343.

⁷⁴⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 68.

⁷⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2. p. 315.

⁷⁴² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 371-372.

Aliás, a própria Corte adotou e reconheceu a legitimidade do uso de outras teorias do nexo causal⁷⁴³, o que, em algumas decisões, constituem um discurso complexo na transparência de qual a teoria utilizada^{744 745}.

Ademais, no caso de um Estado democrático e social de direito, como se acredita o brasileiro, seu dever prestacional é enorme, envolvendo prestações muitas vezes complexas e perigosas, não se podendo admitir a coincidência entre uma prestação e um dano como causa de imputação de responsabilidade civil⁷⁴⁶.

Por essa razão, parece imperiosa a análise conceitual daquelas teorias mais comumente citadas nas decisões, em especial a teoria das condições equivalentes, da causalidade adequada e da interrupção do nexo causal⁷⁴⁷.

⁷⁴³ RE-AgR 481110 – STF – 2ª TURMA – Rel: Min. CELSO DE MELLO – EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o “*eventus damni*”, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido.

⁷⁴⁴ Na BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Sexta Turma. *Apelação Cível n. 2006.42.00.001198-0/RR*. Relator: Des. Fed. Jirair Meguerian, em seu voto, disse que “Finalmente, quanto o nexo causal, adotam a doutrina e a jurisprudência pátrias, quanto à responsabilidade civil, a teoria da causalidade adequada, *sine qua non* ou do nexo direto e imediato, consubstanciado no art. 403, do Código Civil. Segundo tal teoria, somente se considera existente o nexo de causalidade quando há implicação direta e determinante entre a ação ou omissão do agente e prejuízo causado.”

⁷⁴⁵ De fato, no Brasil, a verificação do nexo de causalidade é feita de forma intuitiva e atécnica, ora sob a influência de uma escola, ora de outra. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48 e 122.

⁷⁴⁶ Il ne suffit point qu'un dommage ait coïncidé avec l'existence d'une faute ou d'un risque pour qu'une responsabilité puisse en résulter pour l'auteur de la faute ou pour le chargé de risques. La coincidence n'implique point la causalité [...]. SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit français*. Paris: LGDJ, 1939. n. 359. t. II. p. 05.

⁷⁴⁷ SILVA classifica essas três teorias causais como as “principais” teorias, sendo que as demais “não passariam de meras variantes, de simples subgrupos que se filiasses, todas, por uma forma ou

A **teoria da equivalência das condições**, ou *sine qua non*, atribuída a von Buri, não distingue entre causa e condições; assim, todas as circunstâncias antecedentes que concorreram de alguma forma para a ocorrência do prejuízo são consideradas causas⁷⁴⁸.

Nesta teoria, há um processo de eliminação das condições, sendo considerada causa toda aquela que, retirada da cadeia de fenômenos, eliminaria o resultado danoso; por essa razão, há extensão da cadeia causal poderá conduzir ao infinito, sendo necessário algum elemento de restrição da causalidade⁷⁴⁹. Segundo HUNGRIA⁷⁵⁰:

não há diferença entre causa no plano natural e causa no plano jurídico. Causa é toda condição do resultado e tôdas as condições se equivalem. Não há distinguir entre *causa* e condição (ensejo ao funcionamento da causa), entre causa e ocasião (o que provoca, acidentalmente, a produzir o seu efeito), entre causa e concausa (condição preexistente, concomitante ou superveniente que coopera com a ação ou omissão): tudo quanto contribui para a produção do resultado é causa incidível dêle.

Assim ocorre no sistema penal brasileiro, que adotou a referida teoria em seu artigo 13, *caput*, dizendo que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, e considerando causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

A teoria da equivalência das condições favorece a vítima com a majoração do número de responsáveis e serve como um filtro negativo, eliminando os fatos ilícitos indiferentes para a produção do dano, permitindo um maior poder de análise da causalidade natural⁷⁵¹.

Metodologicamente, verifica-se o nexo causal, nos comportamentos positivos, em dois momentos: 1º) analisam-se quais são os possíveis antecedentes causais responsáveis pela ocorrência do dano; e 2º) separam-se as condições juridicamente

outra, àquelas três". SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 114-115.

⁷⁴⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 345.

⁷⁴⁹ POUILLAUDE, Hugo-Bernard. *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*. Thèse de doctorat em Droit public soutenue le 13 décembre 2011, Université Pantéon-Assas, école doctorale Georges Vedel. Droit public interne, science administrative et science politique. p. 68.

⁷⁵⁰ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II. p. 61.

⁷⁵¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 75.

relevantes, a fim de se imputar a responsabilidade, em um processo de eliminação hipotético *ex post*.

Quanto às omissões, altera-se a segunda fase, com a produção de juízos hipotéticos de comportamentos, verificando se, com a realização daquela conduta, o dano se conservaria, ou desapareceria.

A principal crítica em relação a esta teoria é seu alongamento ao infinito da cadeia causal, situação resolvida no direito penal mediante a análise dos elementos subjetivos do crime, dolo e culpa ⁷⁵², oferecendo excessiva margem de discricionariedade ao intérprete e não delimita critérios para a redução do exame objetivo das causas ⁷⁵³.

Mesmo que o direito penal tenha resolvido essa elasticidade da cadeia causal mediante a definição do fato típico e seus elementos subjetivos, HUNGRIA já ressaltava o caso de um homicídio, onde, a análise do nexa causal pela teoria da equivalência das condições, conduziria à imputação inclusive ao fabricante da arma como a qual o dano se perpetrou ⁷⁵⁴.

Ademais, apegada à causalidade natural, trouxe problemas para a análise de omissões geradoras de dano, pois “impedir um fato danoso que se tem o dever jurídico de evitar, sob o prisma naturalístico, jamais equivaleria a produzi-lo.” ⁷⁵⁵

No direito civil, segundo FROTA ⁷⁵⁶, não caberia a aplicação da teoria da equivalência das condições, pois mistura nexa causal e nexa de vontade, significantes com características distintas, como:

(i) a aferição da causalidade dá-se pela previsão abstrata do resultado danoso; da culpabilidade, advém da previsibilidade concreta do resultado danoso; e

(ii) a previsibilidade do nexa causal é apontada de forma objetiva entre o fato danoso e o dano, com base nas regras da experiência e no cálculo normal de

⁷⁵² HUNGRIA falará da causalidade subjetiva (culpabilidade); SCHREIBER, do fato típico. Essa distinção ocorre devido aos momentos histórico de verificação dos elementos do crime. Ao tempo de HUNGRIA, adotava-se a teoria causalista da ação, onde os elementos dolo e culpa estavam contidos na culpabilidade, pois o tipo representava apenas o elemento objetivo do crime. Após, adotar-se-á a teoria finalista da ação, de von List, onde, como toda a conduta visa um resultado, não se faz possível a análise separada entre essa conduta e a vontade do agente agressor, realocando-se o dolo e a culpa no tipo.

⁷⁵³ MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227-228.

⁷⁵⁴ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II. p. 66.

⁷⁵⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 48-49.

⁷⁵⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexa de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 77.

probabilidades, antecedendo a análise de culpabilidade e dos fatores objetivos de imputação.

A **teoria da causalidade adequada**⁷⁵⁷ surge em oposição à teoria da equivalência das condições, criada por von Bar, mas desenvolvida por von Kries^{758 759}, examinando a adequação de uma causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado ocorrer, à luz da experiência, realizando o intérprete um juízo retrospectivo de probabilidade, de forma abstrata⁷⁶⁰.

A teoria adequada parte da observação daquilo que comumente acontece na vida, distinguindo entre **causa e condição**⁷⁶¹, tomando como causa aquela condição idônea ou adequada a determinar o fenômeno⁷⁶², respondendo se uma determinada ação/omissão era, por si só, capaz de provocar normalmente o dano^{763 764}.

Nesse sentido, von Kries reformulou a análise das causas, de uma maneira subjetiva, onde, em primeiro lugar, são consideradas as condições atinentes a um

⁷⁵⁷ Per la teoria della **causalità adeguata**, elaborata dal giurista tedesco Von Kries come correttivo della *condicio sine qua non* e conosciuto in ambiente di *common law* come “*foreseeability test*”, vanno considerate conseguenze causalmente legate ad un antecedente solo quelle che, a partire da un dato fatto, rientrano in una successione *normale* di eventi, ove tale normalità consiste in una probabilità accettabile che un dato evento ne produca un altro ed intendendo per probabilità la frequenza reciproca di due classi di eventi. Il nesso eziologico andrà escluso quando l’evento costituisca invece la realizzazione di un’ipotesi del tutto eccezionale che costituisce di fatto un decorso causale atipico rispetto a quello che si si poteva ragionevolmente attendere. GIANTI, Davide; MONATERI, Pier Giuseppe. *Nesso di causalità*. Disponível em: <<https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/1593988/284550/Nesso%20di%20causa%20Treccani%20Giuridica.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017. p. 03.

⁷⁵⁸ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 119.

⁷⁵⁹ TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 573-574.

⁷⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 109.

⁷⁶¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad em la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Montevideo, a. I, n. 1, ene./jun. de 2004. p. 360.

⁷⁶² HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II. p. 61.

⁷⁶³ [...] a teoria da causalidade adequada parte de uma relação de pura condicionalidade: o fato a ser tido como determinante do dano há de ter sido uma das *condiciones sine quibus non* do resultado final. Mas a essa condicionalidade faz-se crescer uma relação que se chama de *adequação*: esta existirá quando se puder dizer que o dano verificado é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa. NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 552.

⁷⁶⁴ O raciocínio em que ela se apóia é o seguinte: apreciando certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Mas – pergunta-se – tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos dessa natureza, ou existiu nesse caso, por força de circunstâncias especiais? Se existe sempre, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito; se somente uma circunstância acidental explica essa causalidade, diz-se que a causa não era adequada. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas seqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 345.

dado prejuízo, buscando-se quais dessa, em tese e segundo o sentir do agente, poderiam ser aptas a causar o dano, passando para uma análise objetiva, ao se indagar se essas causas sê-lo-iam também segundo as leis naturais de produção daquele fenômeno⁷⁶⁵.

Assim, a posição adotada foi a objetivista, considerando-se como agente intelectual da análise do fenômeno, suas causas e consequências, o homem comum⁷⁶⁶.

Não obstante, sua intensa carga filosófica, sua complexidade e pouca maleabilidade prática foram obstáculos à sua aplicação, permitindo a teoria da equivalência das condições maiores probabilidades de reparação para as vítimas, mais intenso efeito preventivo e maior simplicidade na aplicação⁷⁶⁷.

A própria transformação desse saber ontológico, primitivamente subjetivo, em objetivo, foi objeto de discriminação entre as diversas subteorias que daí surgem.

Deu-se como verdadeira causa do evento aquela que se revele como a condição mais eficaz, qualitativa (BRIKMEYER), ou inclusive dividindo esses elementos causais em dinâmicos e estáticos, dando-se como causa somente os dinâmicos (KÖHLER).

Também, se tem como causa aquela considerada mais relevante (MÜLLER e MENZGER), ou a mais eficiente (VILLÉ e PIRSON), ou aquela que aparece em último lugar na série – a causa próxima.

Ainda, a causalidade adequada pode ser determinada de forma positiva, sendo causa aquela em que o dano surge como sua consequência normal e típica, ou negativa, sendo causa aquela que, conforme as regras da experiência, não será indiferente ao dano, excluindo-se as consequências estranhas ao fato⁷⁶⁸.

⁷⁶⁵ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 119.

⁷⁶⁶ VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tradução de W. Roces, Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I. p. 70.

⁷⁶⁷ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 125.

⁷⁶⁸ la théorie de la causalité adéquate est une « restriction de l'équivalence des conditions. La causalité adéquate, explique l'auteur, peut être présentée comme une correction apportée à l'équivalence des conditions. Dans un premier temps, tout antécédent du dommage, au sens de condition *sine qua non*, est pris en considération. Une sélection est ensuite opérée parmi la multitude de ces antécédents : sont éliminés ceux « qui ne sont devenus condition du dommage que par suites de circonstances extraordinaires, on ne conservera que celui ou ceux des événements qui, d'après le cours normal des choses, apparaissent comme de nature à produire des dommages de cette sorte, à la lumière [...] d'un pronostic objectif rétrospectif ». QUÉZEL-AMBRUNAZ, G. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010. (Collection « Nouvelle bibliothèque de thèses », t. 99). p. 78.

Conforme TEPEDINO⁷⁶⁹, ao analisar as concausas, na aplicação da teoria da causalidade adequada,

Da análise da jurisprudência brasileira, conclui-se que, diante de uma pluralidade de causas, a investigação do magistrado realiza-se mediante três indagações: 1ª) Cuida-se de causas sucessivas (uma direta e as demais indiretas, que lhe deram causa) ou simultâneas (todas diretas e concorrentes)? Se todas as causas são diretas, evidenciando-se, pois, o vínculo de necessariedade de todas elas em relação ao dano, procede-se em seguida à valoração da preponderância, de modo a excluir algumas delas, ou à repartição do dever de indenizar entre os seus responsáveis, quando não se é possível estabelecer a preponderância. Em se tratando, ao revés, de causas sucessivas, pergunta-se: 2º) há necessariedade entre o conjunto de causas e o evento danoso? Se a resposta for negativa, exclui-se o dever de indenizar. Se positiva, passa-se à terceira indagação: 3º) relativamente à preponderância ou equivalência de uma ou algumas causas indiretas. Em se tratando de pluralidade de causas necessárias (concorrentes ou sucessivas), a solução se desloca para o critério da preponderância das causas ou, considerando-as equivalentes, para a repartição do dever de reparar.”

Segundo entendimentos doutrinários, que adotam a ideia da necessariedade de presunções de causalidade quando houver uma dificuldade de a vítima comprovar com precisão o nexos causal, a teoria da causa adequada pode ser utilizada como método de aferição probabilístico, permitindo a internalização dos riscos pelos seus criadores presumidos, sendo assim “mais condizente com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social⁷⁷⁰.

Na **teoria do dano direto e imediato**, a interrupção do nexos causal dá-se por uma “causa estranha”, cuja ocorrência é anômala na cadeia causal, mas gera o mesmo resultado esperado. Assim o é no exemplo da morte dos escravos por inanição, visto o dano não ter recebido o trigo comprado, sendo a causa da morte não o inadimplemento da obrigação de entregar o trigo, mas da omissão do dono dos escravos em não os alimentá-los com outro produto⁷⁷¹.

Conforme MELLO, esta teoria é um “amalgama das teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada, com certa amenização no que tange às extremas consequências a que se pudesse chegar na aplicação, prática, de tais

⁷⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81.

⁷⁷⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 197.

⁷⁷¹ PAULUS *apud* SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 129.

teorias”⁷⁷². Mas qual o alcance da expressão “direto e imediato”? Surgem subteorias na busca de uma definição.

Tem-se a teoria da causalidade jurídica, distinguindo as causas naturais e jurídicas, reputando-se causas os fatos ilícitos (MOSCA), e a da necessidade da causa, onde o dever de reparar surge apenas quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa (DUMOLIN e POTHIER).

Esta teoria sofrera críticas devido a sua complexidade, pressupondo um método de análise abstrato, partindo de juízos hipotéticos, permitindo ao juízo um alargamento na construção da responsabilidade ⁷⁷³; por essa razão, ela é frequentemente utilizada, mas não de sua forma pura ⁷⁷⁴, ou, nas palavras de NORONHA⁷⁷⁵:

Perante as dificuldades que suscitam formulações como as que aludem ao efeito direto e imediato (art. 403) ou à causa necessária, não admira que a jurisprudência, quando procura encontrar nelas algum apoio, muitas vezes acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom senso e com a invocação apenas da expressão literal contida no art. 403: quando acha que um dano deve ser reparado, dirá que ele é “dano direto e imediato”; quando entende que não é merecedor de reparação, considerá-lo-á “dano indireto”.

Na teoria da causa necessária, esta nem sempre é a mais próxima entre a inexecução e o dano, pois a proximidade é lógica, não excluindo danos indiretos ou remotos, pois rompe-se o nexo causal não apenas quando o credor ou terceiro for autor da causa direta e imediata provocadora do novo dano, mas ainda quando a causa necessária for fato natural (caso fortuito ou de força maior).⁷⁷⁶

⁷⁷² SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 114.

⁷⁷³ TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexo causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 573.

⁷⁷⁴ Esta teoria é freqüentemente adotada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátria, a exemplo do que ocorre com a teoria dos danos diretos e imediatos como veremos a seguir. Entrementes, salta aos olhos que raramente é adotada em sua pureza conceitual. Por vezes, doutrinadores e julgadores dizem adotar a teoria da causalidade adequada, mas em verdade *não aplicam seu método abstrato para chegar ao estabelecimento do nexo causal* e, mais das vezes, acabam buscando a *causa necessária* do dano o que leva a adoção implícita da *teoria dos danos diretos e imediatos*. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2635>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁷⁷⁵ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 551.

⁷⁷⁶ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105.

Mas, o fato impositivo agora é definir qual a teoria a ser adotada no plano deste trabalho. Conforme a doutrina majoritária, a teoria da causalidade no Brasil é a do dano direto e imediato, visto a manutenção, no artigo 403 do novo Código Civil, da mesma previsão do artigo 1.060 do Código Beviláqua, devendo o dano ser direto e imediato⁷⁷⁷.

Contudo, como já exposto, mais de uma vez a jurisprudência optou por outra teoria na decisão de um caso concreto, pois, como acontecia na análise das duas primeiras teorias, “desse excesso e dessa deficiência resulta, objetivamente, que tais doutrinas acabam sempre por conduzir, e com relativa frequência, a hipótese de injustiças aberrantes e de soluções esdrúxulas”⁷⁷⁸.

SCHREIBER consignara o abandono do nexo causal como critério reparador da responsabilidade civil⁷⁷⁹, situação que se verifica especialmente em casos pontuais como os de danos ambientais, ou decorrentes de atividades nucleares⁷⁸⁰. Esta parece a ideia da teoria da responsabilidade objetiva agravada, onde exigir-se-ia unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade⁷⁸¹.

Por essa razão, acredita-se possível a adoção de normas de direito público na definição desta responsabilidade, desvinculando-se do Direito Civil, pois o direito administrativo tem objetivos, fundamentos e princípios distintos daqueles do direito privado, ressaltando sua autonomia.

Desta feita, na análise da responsabilidade estatal por omissão, entende-se por mais qualificado o uso da teoria da causalidade adequada⁷⁸², mediante uma

⁷⁷⁷ FREITAS, Juez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 95.; NÓBREGA, Flávio Henrique de Oliveira. *A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/download/70/62>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 08.

⁷⁷⁸ SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 128.

⁷⁷⁹ Mais que isso, muitas vezes, que, mesmo na absoluta ausência de nexo causal sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

⁷⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 481.

⁷⁸¹ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 19, n. 37, 1998. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>>. Acesso em: 15 set. 2017. p. 28.

⁷⁸² [...] Ora, é na busca de uma explicação mais consentânea com os comandos jurídicos, tal como eles se manifestam na vida real, que se insere a teoria da causalidade adequada, que procura resolver o problema em termos de razoabilidade e previsibilidade do dano, considerando o curso ordinário das coisas. NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In:

formulação positiva, pois não bastará que o fato em concreto seja uma condição *sine qua non do prejuízo*. É preciso, ainda que constitua, *em abstrato*⁷⁸³, *uma causa adequada do dano*⁷⁸⁴.

Os princípios da razoabilidade e da eficiência, neste momento, terão papel fundamental na limitação desta prognose retrospectiva. Aliás, as palavras de NORONHA, ao delimitar a teoria da causalidade adequada, espelham o pensamento do trabalho de como deve ser analisada a ligação entre a omissão estatal e o dano, mediante uma prognose retrospectiva, sobre o manto dos princípios da razoabilidade e eficiência, colocando-se o observador no momento anterior àquele em que o fato ocorreu⁷⁸⁵.

2.5. Da dogmática à pragmática: a análise de alguns casos

Chegando-se a este ponto, necessário se faz apresentar como se entende possível uma leitura unívoca da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública brasileira, ressaltando os casos de danos gerados, ou propiciados por omissões administrativas, seguindo a configuração apontada por decisões do STF quanto aos elementos desta responsabilidade no tocante à causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento negativo (omissão) do agente público.

A omissão administrativa caracteriza-se a) pela existência de um dever legal de atuar (dar/fazer); e b) a omissão da atividade jurídica ou material devida; e c) a atividade devida ser materialmente possível⁷⁸⁶. Será nesta perspectiva da atividade materialmente possível que incidirão os princípios da razoabilidade e da eficiência.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 551.

⁷⁸³ Nessa prognose retrospectiva, só se consideram os *efeitos abstratos* que, a partir do fato em causa, possam ser tidos como previsíveis. Se os *efeitos concretos*, efetivamente verificados, estiverem em conformidade com tais efeitos abstratos, existirá nexos de causalidade. NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 552.

⁷⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69.

⁷⁸⁵ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de sistematização. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 159.

⁷⁸⁶ GÓMEZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997. et seq.

O estudo de casos dar-se-á em situações de pluralidade de causas, onde, para a ocorrência do dano cooperaram a possível omissão estatal e também um fato estranho a este, relacionado com a vítima, com um terceiro, ou decorrente de força maior ou caso fortuito.

A. a presença de animais na pista de rolagem de uma rodovia

A presença de animais na pista de rolagem de uma rodovia é fato estranho ao Estado. Quando se trata de uma bovino, ou equino, a propriedade é, em regra, de um terceiro particular, sendo sua a responsabilidade sobre o animal semovente (artigo 936, CCB)⁷⁸⁷.

Este argumento já fora utilizado pela 4ª Turma, do TRF 5ª Região, na Apelação/Reexame Necessário nº 2036527 / SP, ao negar indenização a seguradora que pleiteava a condenação do DNIT, pois a legislação não cometia qualquer atribuição, para aquele Departamento, pela guarda de animais em propriedades particulares, mas sim determinava a responsabilidade direta dos proprietários pelos danos causados por seus animais.

Afirmara a decisão que a guarda do animal impunha direta e objetivamente ao seu proprietário o dever de diligência, no sentido de impedir eventual resultado lesivo a interesse das partes, sendo que pensamento distinto, impondo ao DNIT tal obrigação, seria operar a responsabilização *civil per saltum*, inadmissível no Direito Brasileiro⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

⁷⁸⁸ ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE VEÍCULO PROVOCADO POR BOVINO NA PISTA. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO ANIMAL. ARTIGOS 936 E 1297 DO CC. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE “PER SALTUM” AO DNIT. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. A pretensão da autora à reparação *civil* aos danos materiais pautou-se na *responsabilidade* objetiva do DNIT em razão de *omissão* no dever de evitar que animais adentrassem a rodovia. 2. Não há como imputar qualquer *responsabilidade* ao DNIT simplesmente com supedâneo no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal quando indemonstrado o nexo causal entre a *omissão* da autarquia ou de seus agentes e o dano suportado pela autora, eis que àquela compete tão somente o dever de manutenção e conservação das estradas, enquanto a fiscalização é expressamente de atribuição da Polícia Rodoviária. 3. Ainda que assim não fosse, absurda e ilógica a afirmação tendente a responsabilizar a autarquia pela ocorrência do evento lesivo. Não apenas porque a legislação não lhe comete qualquer atribuição pela guarda de animais em propriedades particulares, mas porque o artigo 936 do Código *Civil* determina a *responsabilidade* direta dos proprietários pelos danos causados por seus animais. 4. A guarda do animal impõe direta e objetivamente ao seu proprietário o dever de diligência, no sentido de impedir eventual resultado lesivo a interesse das partes. 5. É evidente que impor a *responsabilidade* ao DNIT seria operar a responsabilização *civil* “per saltum”, inadmissível no Direito Brasileiro. 6. Apelação e remessa oficial providas.

O referido acórdão não se apresenta razoável, pois assim como o proprietário tem, objetivamente, responsabilidade pelos danos causados por seu animal, tem a União responsabilidade objetiva pela segurança do tráfego rodoviário, gerando uma solidariedade entre ambos.

Nesse sentido fora a decisão da Apelação/Reexame Necessário nº 08008842420154058300, 3ª Turma, do TRF 5ª Região, onde se afirmou que a potencial responsabilidade do DNIT e de dono do animal motivador do acidente de trânsito era de natureza solidária⁷⁸⁹.

Ainda, em relação a fatos semelhantes, já houve a condenação do DNIT, pois a responsabilidade é objetiva, e a improcedência do pedido, devido à grande extensão da estrada⁷⁹⁰. Aliás, nesta Ap/RN 08000231720154058404, tem-se claramente o uso

⁷⁸⁹ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DNIT. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. ANIMAL NA PISTA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. NÃO AFASTAMENTO POR EVENTUAL RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO E DO PROPRIETÁRIO DO ANIMAL CAUSADOR DO ACIDENTE. DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE DO MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA. DANO MATERIAL (PENSÃO CIVIL MENSAL). IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COM A REPARAÇÃO DO DIREITO COMUM. 1. Apelações interpostas pelo Particular e pelo DNIT, em face da sentença que julgou procedente, em parte, o pedido, condenando a autarquia ao pagamento, em favor de cada um dos autores, de danos morais fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem como de danos materiais (pensionamento mensal) no valor equivalente a 2/3 do último salário de contribuição do falecido a ser dividido entre a sua companheira, até a data em que o mesmo completaria 75 (setenta e cinco) anos de idade, e os seus filhos, até a data em que estes atingiriam 25 (vinte e cinco) anos. 2. “A potencial responsabilidade da UNIÃO, em face da atuação da PRF nas rodovias federais, e de dono do animal motivador do acidente de trânsito, nos termos do art. 936 do CC/02, é de natureza solidária em relação a do DNIT, não afastando, assim, a legitimidade passiva deste, não havendo obrigação de o Apelado demandar em conjunto ou preferencialmente qualquer desses potenciais legitimados, razão pela qual pode ele optar por deduzir a lide contra o DNIT. (...)” (TRF5 - AC nº 200484000072298, Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, DJ: 08/10/2009.) 3. A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, impõe ao Poder Público o dever de ressarcir os danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independentemente da comprovação de culpa. 4. Para a caracterização da obrigação de indenizar, exige-se a presença de certos elementos, quais sejam: a ação estatal, a ocorrência de dano, e o nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano. Na ausência de algum desses requisitos ou na presença de causa excludente ou atenuante culpa exclusiva ou concorrente da vítima no evento danoso, a responsabilidade estatal será afastada ou mitigada. 5. Evidenciado o nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento negativo (omissão) do agente público, considerando que a presença de animal na pista de rolamento foi determinante para o acidente que vitimou o falecido. 6. Indenização por danos materiais afastada, máxime se tendo por presente o fato de que a viúva e os filhos menores do “de cujus” recebem pensão mensal vitalícia, a ser paga pelo Estado, tal como previsto na legislação, exatamente para substituir a remuneração do falecido, não havendo respaldo para deferimento de novo pagamento com o mesmo propósito. Apelações e Remessa Necessária improvidas.

⁷⁹⁰ Ap/RN 08000231720154058404 – 4ª TURMA – TRF 5ª REGIÃO – D.J. 26.11.2015 - ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. ANIMAL TRAFEGANDO NA PISTA. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DO DNIT. CULPA DO SERVIÇO PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA. NÃO SE AFIGURA RAZOÁVEL EXIGIR DO ESTADO FISCALIZAÇÃO OSTENSIVA EM RODOVIA EXTENSA E DIVERSIFICADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO OCORRÊNCIA. APELAÇÃO. IMPROVIMENTO. [...] 2.

do princípio da razoabilidade na definição do nexo de causalidade, mesmo que o fundamento da extensão da rodovia, pura e simplesmente, não pareça técnico.

Aqui, aproveita-se para expor como se entende a delimitação da responsabilidade estatal:

1º Passo. Descortinar o dever jurídico de atuação estatal:

No caso de animais em pista de rolamento de rodovias federais, conforme já apontado, o CTB impõe à União todas as atividades necessárias para que se tenha uma trafegabilidade segura⁷⁹¹.

Assim, dentre as obrigações do DNIT estão as de planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais; implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário.

Desta feita, a presença de um animal semovente na pista traz naturalmente um risco para essa trafegabilidade, demonstrando, *prima facie*, uma omissão por parte da União.

2º passo: a análise do nexo causal sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da eficiência da administração pública.

Contudo, o trânsito é uma atividade humana naturalmente perigosa, fato que levou a ONU a definir como sua prioridade entre 2011 e 2020 a busca pela redução

Nos termos da legislação que estabelecem as suas atribuições funcionais, constitui dever da União e do DNIT fiscalizar e zelar pela segurança nas rodovias federais. Precedentes. Legitimidade passiva ad causam da União e do DNIT reconhecidas. Preliminares rejeitadas. 3. Para se caracterizar a responsabilidade estatal por ato omissivo deve-se se constatar a deficiência no funcionamento normal do serviço e as peculiaridades do caso concreto, como as circunstâncias de tempo e lugar. Assim, a culpa do serviço estatal possui um caráter relativo, de sorte que um mesmo fato, a depender das variáveis, poderá ser tido como culposo ou não. 4. Embora seja dever do Estado fiscalizar e vigiar as rodovias para impedir que animais soltos invadam a pista e causem acidentes, considerando a dimensão geográfica do Brasil e a extensão das estradas federais, não é razoável exigir que essa fiscalização estatal seja feita de forma igual e intensa em todas as partes das rodovias existentes. 5. No caso, considerando as circunstâncias fáticas em que ocorreu o acidente em apreço - choque de motocicleta com animal solto na pista (jumento), pela manhã, na BR 405, nas proximidades da Barragem de Santa Cruz, no município de Apodi/RN, em trecho que, segundo os documentos acostados pelo DNIT, apresenta bom estado de conservação, acostamento, sinalização e cercas - entendo que não restou caracterizada a responsabilidade objetiva do Estado por omissão.

⁷⁹¹ O dever jurídico de impedir o evento pode resultar a) de um mandamento expresso ou tácito, da ordem jurídica; b) de uma relação contratual; c) de uma situação de perigo, que se tenha precedentemente criado, ainda que se culpa. HUNGRIA, Nélsion. *Comentários ao Código Penal*: arts. 11 a 27. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II. p. 60.

das mortes em acidente de trânsito, pois são cerca de 1,3 milhões de mortes por ano⁷⁹².

Realmente, exigir da Administração Pública que impessam a presença total de animais nas pistas é impraticável, não apenas no Brasil, mas em qualquer outro lugar do mundo. No Brasil, conforme dados de 2012, aproximadamente 14,7 milhões de animais por ano são mortos atropelados⁷⁹³.

Demonstrando a União que possui estudos sobre aquela pista, sendo que o referido trecho está próximo a via urbana, não tendo sido apontado considerável número de incidentes da presença de animais na pista, existindo uma fiscalização, não a todo tempo, pois economicamente irrazoável e desnecessária, pelos dados estatísticos existentes, mas continuada, apresentando-se como anormal⁷⁹⁴ a presença do animal, não se constitui o nexo de causalidade, pois

O que o princípio da razoabilidade reclama não é nada esotérico ou ininteligível. Ele exige, simplesmente que a Administração Pública no exercício de atuação discricionária seja racional, equilibrada, sensata e atue de modo compatível com o bem jurídico que ela pretende curar.⁷⁹⁵

Essa leitura sobre o nexo causal, que muitas vezes, no caso de omissão, confunde-se com a própria ocorrência desta, não parece distinta da leitura efetuada por MELLO, quando descreve os danos por omissão do Estado. Veja:

(i) diz o autor que não bastará, para configuração da responsabilidade estatal, a simples relação entre a omissão e o dano sofrido, sendo necessário o dever legal, mais uma culpa, ou dolo, quando era obrigatória sua atuação “segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo”⁷⁹⁶; ademais,

(ii) não haveria resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação estatal, normalidade eficiente apurável em função do meio

⁷⁹² Dados disponíveis em <https://nacoesunidas.org/campanha/seguranca-transito/>> Consulta em 19.8.2016.

⁷⁹³ Dados disponíveis em <http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2016/05/atropelamentos-matam-475-milhoes-de-animais-por-ano-no-pais-diz-ufla.html>> Consulta em 19.8.2017.ç

⁷⁹⁴ A ideia de normalidade consubstancia-se em um juízo de probabilidade sobre a conduta do sujeito que se pretende responsável e as consequências verificadas no caso concreto, em comparação com aquilo que habitualmente ocorre. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 59.

⁷⁹⁵ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 62, 2015. p. 186.

⁷⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1043.

social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época; em resumo, “das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso”⁷⁹⁷; e, ao final,

(iii) como indícios destas possibilidades “há que se levar em conta o nível de expectativa comum da Sociedade (e não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado”⁷⁹⁸.

Ora, mas essa leitura sobre um padrão normal de serviço, como apresentada pelo autor, não é feita de forma objetiva, exigindo-se simplesmente que esse serviço respeite os princípios da eficiência e da razoabilidade? Desvenda-se mais uma resistência teórica a uma responsabilidade objetiva do que os argumentos apresentam, o que impõe ao referido autor afirmar a razoabilidade de inversão do ônus da prova⁷⁹⁹.

Por essa razão, a razoabilidade é aplicada quase que universalmente no mundo jurídico ocidental⁸⁰⁰, especialmente quando se trabalha em um sistema social formado de um pluralismo multicultural, regido por normas democráticas de participação comunitária, onde as decisões políticas e administrativas necessitam de legitimação não apenas da lei, mas de razões consensualizadas⁸⁰¹.

Em reforço a esta ideia, diz CIANCIARDO⁸⁰² que

La razonabilidad práctica implica referencia a fines. Prima facie, será razonable una elección si la alternativa elegida por el intérprete (frente a una o varias alternativas distintas) es el medio más idóneo (en el sentido de eficaz y eficiente) para alcanzar determinado fin. En esa idoneidad reside de modo inmediato la razonabilidad de la elección.

Ese fin determinado (para el que la alternativa elegida es medio), y no otros fines, es el que en el contexto preciso del caso puede ser conocido y debe ser perseguido por la práctica social que llamamos Derecho. La normatividad de la elección de una alternativa concreta se deriva, en última instancia, del carácter normativo que tiene el fin, que a su vez supone su cognoscibilidad y su prevalencia frente a otros fines posibles. Por esto, en segundo lugar, la

⁷⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1043.

⁷⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1043.

⁷⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1044.

⁸⁰⁰ CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 24.

⁸⁰¹ VIOLA, Francesco. Prólogo da obra de CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. p. 9.

⁸⁰² CIANCIARDO, Juan. Argumentación, principios y razonabilidad entre la irracionalidad y la racionalidad. Disponível em <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/3649/3660> > Consulta em 20.6.2017, p. 26-27.

razonabilidad de una elección depende de que existan razones que avalen la elección previa del fin.

Existen, en efecto, varios fines disponibles o, dicho con otras palabras, vários fines que hipotéticamente persigue la norma o el conjunto de normas cuya aplicación se debate. ¿Cómo establecer cuál de esos fines es el que debe ser perseguido en el contexto del caso? Esta pregunta es sin duda crucial y de difícil respuesta. Es crucial porque la afirmación precedente de que la razonabilidad implica inmediatamente adecuación al fin, depende a su vez de la selección correcta del fin (tiene sentido solo si es posible afirmar la corrección o justicia o razonabilidad del fin en sí mismo).

Não obstante, essa metodologia não é aplicável somente para a fixação da responsabilidade estatal, nas omissões, como objetiva, mas sim na leitura desta responsabilidade inclusive naqueles casos em que a posição subjetivista já compreendia a responsabilidade como objetiva. Está se falando do dever de vigilância da Administração Pública.

B – o caso de pessoas sob custódia estatal: os presos

Caso 1. No dia 10 de abril de 2014, preso é encontrado morto em sua cela, tendo como causa da morte, atestada pelo laudo de necropsia, asfixia mecânica. Ajuizada a ação de responsabilidade civil contra o Estado pela família do preso, esse argui, como causa de exclusão de sua responsabilidade, o fato exclusivo da vítima, pois teria se suicidado.

Analisando o caso, conclui-se:

(i) a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XLIX, traz, como direito fundamental do preso, o respeito à sua integridade física e moral, sendo uma norma reforço, pois tal asseguramento está implícito no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Lei nº 7.210, de 11.7.1984 – Lei de Execução Penal, em seu artigo 40, dirá que se impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

(ii) o preso morreu sobre a tutela e vigilância do Estado, devido à asfixia mecânica, causa não natural, demonstrando, *prima facie*, a omissão estatal nesta atuação de vigilância e asseguramento da integridade física do custodiado;

(iii) contudo, para se ter uma omissão é necessária a possibilidade de atuação do Estado. Em um exame prognóstico, a asfixia poderia ter sido causada por terceiros, tendo-se um homicídio, ou pela própria vítima – suicídio.

Competia ao Estado demonstrar, no caso de homicídio, que a vítima estava em cela segura, não existindo nenhuma informação, ou indício de inimizades a ensejar uma suspeita da possibilidade de ocorrer o homicídio. Ademais, deveria demonstrar que a quantidade de presos por cela e do sistema de segurança era adequado, conforme estudo técnico, sendo impossível evitar o resultado morte por uma situação anormal à atividade de segurança prisional.

No caso de suicídio, competiria ao Estado demonstrar a inexistência de qualquer indício de doença mental, ou emocional do custodiado a ensejar aquela conduta. Ademais, deveria demonstrar, mediante dados técnicos, a adequação de seu sistema de vigilância, visto que, em situações de confinamento, a tentativa de suicídio é algo provável de ocorrer.

Não comprovado essa atuação razoável, ter-se-á como constituído o nexo causal e a responsabilidade do Estado. Esta parece a posição adotada pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 841.526 - Rio Grande do Sul, com repercussão geral, decisão publicada em 01.8.2016, gerando a tese de que em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento.

Assim ficou ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva

da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

A referida decisão parece trazer ínsita o princípio da razoabilidade, pois imputa-se uma responsabilidade à Administração Pública prisional, quando a atuação exigida era possível. Veja-se agora o seguinte caso:

Caso 2. Preso CAIO, integrante da facção Alfa, trabalha na biblioteca do presídio, já há três anos, sem qualquer infração administrativa. No dia 12.6.2012, recebe a ordem de matar TACIO, o líder da facção Beta, pois não existe contato entre facções que ocupam galerias distintas e horários diferenciados para refeição e atividades esportivas.

Aproveitando-se da entrega de livros na galeria Beta, CAIO, usando extrator de clipes, tenta matar TACIO, o que não consegue, pois os demais presos o atacam em reação, o matando.

Como ficará a responsabilidade do Estado nessa situação:

(i) a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, XLIX, traz, como direito fundamental do preso, o respeito à sua integridade física e moral, sendo uma norma reforço, pois tal asseguramento está implícito no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Assim, a Lei nº 7.210, de 11.7.1984 – Lei de Execução Penal, em seu artigo 40, dirá que se impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

(ii) o preso morreu sobre a tutela e vigilância do Estado, devido às agressões sofridas de outros presos, causa não natural, demonstrando, *prima facie*, a omissão estatal nesta atuação de vigilância e asseguramento da integridade física do custodiado;

(iii) contudo, demonstrando o Estado que o referido preso, mesmo se conhecendo pertencer à facção rival, trabalhava na biblioteca há um bom tempo, entregando livros em todas as galerias, sem qualquer circunstância de conflitos, a comprovar que aquela conduta fora anormal ao padrão até aquele momento, não se terá o nexo causal, pois o fato é imputável exclusivamente ao comportamento da

vítima. Essa parece a posição de algumas das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁸⁰³⁸⁰⁴.

CASO 3. Preso, após fugir de penitenciária, comete um latrocínio.

O STF, tratando desta situação concreta, decidira que somente poder-se-á imputar responsabilidade ao Estado quando, entre a fuga e o novo delito, não se tenha um lapso temporal considerável⁸⁰⁵. Não obstante, dentro da metodologia de análise descrita no trabalho, mais do que o tempo, será a atuação estatal quem fixará o nexo de causalidade. Veja-se:

(i) compete ao Estado assegurar que um agressor daqueles bens da vida, legitimamente escolhido pela sociedade como passíveis de proteção penal, cumpra a pena lhe imposta;

(ii) se alguém recolhido ao sistema prisional consegue fugir e comete novo delito, *prima facie*, ocorreu uma omissão estatal;

(iii) assim, é obrigação da Administração demonstrar que aquela fuga fora algo anormal, pois possuía até então um sistema eficiente de segurança, bem como que, conhecedora da fuga, acionou seus sistemas de recaptura de foragidos, não sendo esse a simples inclusão do nome do foragido em um rol eletrônico.

Nesse sentido, também parece ter sido a posição adotada, em parte, pela egrégia 2ª Turma do STF, quando do julgamento do Ag Reg no Recurso Extraordinário

⁸⁰³ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. REBELIÃO EM PRESÍDIO. FATO DE TERCEIRO. SITUAÇÃO DE ANORMALIDADE QUE SE SOBREPÕE AO DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. EXCLUDENTE CARACTERIZADA. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. Do conjunto probatório trazidos aos autos verifica-se que a rebelião foi causada pelos próprios detentos, que estavam a disputar a chefia das galerias, não se podendo exigir do Estado, assim, em situações excepcionais, como a narrada nos autos, um controle total e absoluto. Em verdade, a rebelião caracteriza um estado de anormalidade, ao qual o dever de guarda e vigilância não pode se sobrepor. APELO DO RÉU PROVIDO. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PREJUDICADO. (Apelação Cível Nº 70030474175, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009)

⁸⁰⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Briga de facções dentro do Presídio Central. Descabe o dever de indenizar na medida em que ficou demonstrado pela prova existente nos autos que o Estado não concorreu de forma alguma para a morte da vítima. Inexistiu omissão dos agentes estatais na segurança do presídio uma vez que regularmente vistoriavam as instalações para fins de evitar posse de armas pelos detentos. Apelação desprovida. Sentença mantida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70028762946, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 23/04/2009)

⁸⁰⁵ **RE 172025** / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Julgamento: 08/10/1996 - Órgão Julgador: Primeira Turma RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira turma: RE 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido.

nº 573.595 – Rio Grande do Sul, ao imputar a responsabilidade do Estado pelo latrocínio praticado por foragido, que conseguira fugir por três vezes do sistema prisional, em pequeno lapso de tempo, demonstrando que fuga daquela instituição não era uma situação anormal.

C. Dano causado a aluno de escola pública por um colega de sala

Quanto ao dever de vigilância, esta parece a situação paradigmática em que a preocupação principal dos órgãos julgadores é assegurar um ressarcimento à vítima, imputando-se ao Estado uma responsabilidade mesmo sem nexos de causalidade.

Veja-se o seguinte caso: duas alunas, Gama e Delta, em torno de quatro anos de idade cada, do maternal de uma escola, no final do ano letivo, compartilham uma mesa desde o início do ano letivo, sem qualquer altercação entre elas, sendo inclusive amigas íntimas.

Contudo, em um final de tarde, sem qualquer razão, quando do momento de pintura com lápis de cor, Gama enfia a ponta de seu lápis cor de rosa no olho direito de Delta, causando-lhe a perda do globo ocular.

Analisando o caso, pode-se dizer:

(i) a vítima do dano, no momento dos fatos, encontrava-se sob os cuidados, a vigilância e a fiscalização do Poder público, em estabelecimento escolar oficial mantido e administrado pelo Estado;

(ii) sendo dever do Estado assegurar o respeito à integridade física e moral da infante, o dano gerado ocorreu, *prima facie*, por omissão administrativa;

(iii) contudo, o Estado comprova que o número de alunos na sala de aula era inclusive abaixo do permitido pelas normas educacionais; que a turma contava com professora e monitoras em número determinado pelas normas educacionais; que nunca havia ocorrido qualquer discussão entre as alunas; que, na data, não houve qualquer discussão, mas sim um ato violento de uma criança para outra, fugindo a normalidade da sala de aula, e, de imediato, a Escola prestou o atendimento médico à aluna agredida, informando também seus pais sobre a ocorrência.

Ainda assim se responsabilizará o Estado pelo fato de terceiro? Nessa análise metodológica não, pois a Administração, até aquele momento agira de forma razoável.

E esses dados são importantes, inclusive para a análise da decisão paradigma sobre este fato, o Recurso Extraordinário nº 109.615-2 – Rio de Janeiro, julgado pela Primeira Turma do STF, cujo relator fora o Ministro Celso de Mello.

Mesmo imputando a responsabilidade como objetiva, o que se concorda, e que, da leitura da ementa pareça surtir a ideia de que a mera situação de vigilância é suficiente a imputar a responsabilidade, em seu voto transparece a situação fática envolvendo aquele dano, onde a escola não só deixou de prestar socorro médico à vítima, como absteve-se em informar seus pais sobre o ocorrido.

Pensar de forma distinta e transformar o Estado em segurador universal, não porque o fez o Constituinte originário, mas sim porque assim o está o transformando o Poder Judiciário. Impedir por completo que crianças se machuquem somente será talvez possível se existir uma monitora para cada aluno, não se permitindo o contato entre discentes.

Ao final, tendo em vista o aumento na atividade regulatória e de fiscalização da Administração Pública, seja de forma direta, ou mediante uma autarquia, faz-se importante o estudo de casos quando da omissão em regulamentar uma atividade, ou obrigação, e quando da intercorrência de uma falta ensejadora de sanção administrativa⁸⁰⁶. Como exemplo, usa-se o Banco Central do Brasil – BACEN.

Conforme FREITAS, à vista das premissas da boa governança, compete à atividade regulatória do Estado (i) fazer com que os agentes de mercado e de governo cooperem para o desenvolvimento sustentável; e (ii) exigir qualidade dos bens e serviços em conformidade com coexistências harmônicas dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras⁸⁰⁷.

O BACEN foi criado pela Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, como autarquia federal, integrando Sistema Financeiro Nacional, sendo o principal órgão executor das orientações do Conselho Monetário Nacional.

Tem como missões institucionais (i) o zelo pela adequada liquidez da economia; (ii) a manutenção das reservas internacionais em nível adequado; (iii) o estímulo à formação de poupança; (iv) o zelo pela estabilidade; e (v) a promoção do permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro nacional.

Conforme o artigo 192 da Carta Constitucional, o sistema financeiro, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as

⁸⁰⁶ A segunda situação foi um questionamento do Prof. Dr. Juarez Freitas quando da qualificação do trabalho, em 03.10.2017.

⁸⁰⁷ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 149.

cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Dentre as competências privativas do BACEN estão concessão de autorizações para funcionamento das instituições financeiras e o exercício da fiscalização sobre estas, aplicando as penalidades previstas (artigo 10, inciso IX e X).

Nesse sentido, imagine-se que uma instituição financeira, na vigência da Medida Provisória n. 784, de 07 de junho de 2017, descumpriu normas legais e regulamentares do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiros relativas ao gerenciamento de riscos (art 3º, inciso XVII, alínea d).

O BACEN, ciente dessa infração, instaura processo administrativo sancionador, chegando a conclusão de que deveria aplicar a sanção de admoestação pública, mas que isso pode trazer uma instabilidade ao sistema financeiro nacional, que já se encontra desacreditado.

A instituição financeira, após algum tempo, “quebra”, causando prejuízo financeiro a um grupo de correntistas. Terá responsabilidade do Estado pela omissão? Se existente, qual o fundamento dessa responsabilidade?

Seguindo o pensamento de FREITAS, a regulação somente está em sintonia com as funções estatais de fomento e prestacionais se, dentre outros mecanismos, possuir (i) um planejamento estratégico e coordenado, traduzido em métricas de qualidade, (ii) um sistema de defesa robusto dos direitos fundamentais, e (iii) a participação ativa da cidadania e ampla transparência regulatória⁸⁰⁸.

Assim, fundada nesses mecanismos, a análise da existência da responsabilidade, conforme proposto no trabalho, faz-se em dois passos:

1º Passo. Descortinar o dever jurídico de atuação estatal:

O dever de fiscalização por parte do BACEN ficou claro nos dispositivos já supradescritos. Não obstante, permitiu o próprio legislador a não instauração do processo administrativo, se coexistir outro instrumento e medida de supervisão mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência (artigo 21, § 1º).

2º passo: a análise do nexa causal sob o prisma dos princípios da razoabilidade e da eficiência da administração pública.

⁸⁰⁸ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 156-157.

A jurisprudência tratou a responsabilidade do BACEN, quando das suas omissões, de forma subjetiva. Assim foi na Apelação Cível n. 95.04.520.94-4, da 3ª TURMA do TRF4, onde se exigiu, para a responsabilização pública a demonstração do nexo causal e da culpa⁸⁰⁹.

Essa também foi a posição do acórdão na APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO – 1455483, da TERCEIRA TURMA, do TRF3, onde se firmou que somente há responsabilidade do Estado e de suas autarquias quando se evidencia a culpa do agente que teria a obrigação de fazer.

Não obstante, neste trabalho se afirma a responsabilidade objetiva do Estado, o que não corresponde a uma fragilidade do sistema financeiro, como apontou GOMES ⁸¹⁰. A competência fiscalizatória do BACEN não lhe impõe uma responsabilidade absoluta sobre os comportamentos infracionais das instituições financeiras; somente será responsável quando DEVIA e PODIA agir.

Se, no caso apresentado, o BACEN não autuasse a instituição financeira por mera liberalidade, sua omissão seria irrazoável, conduzindo a ineficiência do sistema de fiscalização.

Contudo, a partir do momento em que demonstra eficientemente que as consequências de uma admoestação pública, naquele momento, traria um maior prejuízo à credibilidade do sistema financeiro nacional, e que a instituição financeira faliu mesmo com todas as medidas aplicadas pelo BACEN, não há nexo causal e, como consequência, responsabilidade pública.

⁸⁰⁹ NEVES, Rodrigo Santos. Responsabilidade civil das agências reguladoras. *In Responsabilidade civil, v. 6 – Responsabilidade do Estado*. Nelson Nery Junior, Rosa maria de Andrade Nery organizadores. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 415.

⁸¹⁰ GOMES, Rafael Ribeiro Calegari. Responsabilidade do Banco Central do Brasil pelos danos ocorridos aos clientes de instituições financeiras em liquidação extrajudicial ou falência. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 1, jan./abr. 2006. p. 241.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, não se pode olvidar que a noção de responsabilidade é imanente à pessoa humana, como reflexo de defesa a danos praticados contra si e a seu patrimônio por comportamentos de terceiros, cuja vinculação é o dano.

As mudanças da responsabilidade ocorreram nas esferas civil e penal, coexistindo um forte vínculo entre ambas ainda hoje. Não por outra razão, a teoria da imputação objetiva, formulada por LARENZ em 1930, é fortemente utilizada no Direito Penal, mediante as doutrinas de ROXIN e JAKOBS.

Neste aspecto, importante ressaltar a manutenção do papel da culpa no âmbito penal, sendo relevante sua distinção nos fatos quanto sua ocorrência (culpa consciente), ou a delimitação de um dolo eventual. No âmbito cível, mesmo convivendo culpa e risco, a doutrina e jurisprudência têm priorizado as situações de incidência deste em relação àquela.

Essa nova opção não significou o esquecimento do grande papel da culpa na modernidade, momento em que a liberdade era o primordial direito a ser garantido ao homem, ser independente de seu grupo social, sem vínculo ontológico com algum lugar, livre e soberano de tudo.

Todavia, as transformações do modo de vida social, os novos riscos gerados pelas novas tecnologias, a incomensurável velocidade das informações, descreditaram esse elemento subjetivo, que resistiu, assumindo inclusive roupagem objetiva, como uso da medida do homem médio, mas não suportou as exigências da contemporaneidade.

Também, a história do século XX, em especial aquela produzida pós 2ª Guerra Mundial, conduziu o Direito e o homem a novos caminhos. O Direito não mais podia existir sem princípios; o homem, em sua dignidade humana, assumiu o núcleo dos sistemas jurídicos estatais.

No âmbito da responsabilidade civil, a adoção da teoria objetiva também se demonstrou insuficiente, pois a complexidade em se delimitar o nexos causal, seja pela tecnicidade das informações, seja pela ocorrência de novos danos de natureza sinérgica, como os ambientais, mantiveram o enorme ônus probatório sobre a pessoa da vítima.

Para a responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade tem papel de destaque, indicando que todo efeito tem causa, mediante um vínculo material ou fático entre o fato natural ou cultural e o resultado danoso.

Contudo, a delimitação do nexo causal demonstrou-se complexa, exigindo da doutrina a confecção de diversas teorias para sua explicação; por essa razão, a doutrina e jurisprudência adotaram presunções de causalidade, teorias objetivas de imputação e até a “responsabilidade por danos”, sem nexo causal, substituindo os juízos de previsibilidade pelos de probabilidade.

Todavia, essa evolução não parece possível na responsabilidade pública, cujas normas devem ser de direito público, mesmo tendo-se convicção da inexistência de espaços para um Estado irresponsável, devendo este responder de forma direta, solidária, completa e objetiva pelos danos decorrentes de seus comportamentos, pois a responsabilidade pública é um pilar do Estado Direito e direito fundamental dos cidadãos.

Junto às transformações do Estado – de liberal a social e deste a democrático de direito –, transformou-se a Administração Pública, abandonando viés autoritário, no qual a supremacia do interesse público era uma válvula de escape para tomadas de posições arbitrárias, por intermédio de uma discricionariedade administrativa sem limites.

Assim, o Direito Administrativo ingressou no século XXI, constitucionalizado, constituído de novos superprincípios, recompondo seu perfil para o de administração de prestação, assumido um perfil relacional com o administrado, mantendo-se a Administração Pública adstrita à supremacia da dignidade humana, mediante a concretização dos direitos fundamentais.

Contudo, não se pode olvidar que o Estado é um facilitador da vida em sociedade, permitindo a realização do bem comum; quando presta um serviço público, fá-lo por imposição legal que, em última instância, foi determinado pelo corpo social.

Nessa atuação, o dano a determinado particular, ou a seus bens ou interesses pode ser uma imposição ao Estado, pela necessidade para alcançar a efetivação de um bem comum, como ocorre nas desapropriações por utilidade pública ou interesse social. Desta feita, pode-se dizer que:

1º) a prestação de serviços públicos, como os de educação, saúde, segurança, etc., são impostos ao Estado administrador;

2º) não há objetivo de lucro nestas atividades; todos os custos devem ser absorvidos pelo patrimônio público;

3º) quando o Estado responde civilmente por um dano, toda a sociedade responde, pois esse apenas a representa; assim,

4º) o “risco proveito”, em relação às prestações estatais, é distinto daquele visualizado pelo particular: na esfera pública, o proveito é daquela parte da sociedade abrangida pela política pública ou programa de governo; os riscos, de toda a sociedade.

Por essas razões, com dito por CAHALI, os fatores de atribuição e limites da responsabilidade pública são fixados pela sociedade, a qual pode optar inclusive em se constituir num segurador universal, mediante a fixação de seguros sociais.

No Brasil, o Poder Constituinte, desde a Constituição Federal de 1946, previu uma responsabilidade pública objetiva, dizendo, no seu artigo 194, que as pessoas jurídicas de direito público interno eram civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros.

Não obstante, à época, doutrina e jurisprudência majoritária resistiram a essa objetivação, apelando ao artigo 15 do Código Civil brasileiro de 1916, na manutenção de uma responsabilidade subjetiva da Administração Pública quanto às omissões administrativas.

O decorrer da história comprovou que o uso do artigo 15 foi mais um argumento político de resistência, do que técnico, pois mesmo com sua revogação pelo artigo 43 do Novo Código Civil de 2002, cuja redação quase repete a do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, doutrina e jurisprudência mantêm a resistência em admitir uma responsabilidade pública objetiva nas omissões estatais.

Ademais, divergem inclusive quando da aplicação da teoria francesa da *faute de service*, compreendendo alguns que o mau funcionamento do serviço pode se dar tanto em comportamentos estatais positivos quanto negativos, desde que com estes incidam outras causas; outros entendem que somente nas omissões estatais é possível se alegar a *faute de service*, presumindo-se uma culpa da Administração Pública.

Contudo, observando os votos das decisões judiciais pesquisadas, percebeu-se que, para dizer se o serviço público funcionou mal, lança-se mão de critérios objetivos de observação desse serviço público, onde a culpa do agente público é apenas um prius à responsabilidade pública.

Assim, mesmo estabelecida a ideia de *faute de service* como uma responsabilidade subjetiva, bem como a exigência de uma mera culpa anônima para a sua concretização, a leitura da culpa da pessoa moral é feita de forma normativa, exigindo a delimitação de padrões técnicos de atendimento do bem da vida por aquele serviço público.

Ademais, quando do julgamento de comportamentos estatais positivos, essa jurisprudência também justificou a responsabilidade pública de forma objetiva, pelo mau funcionamento do serviço público, que não havia funcionado, ou funcionou de forma insuficiente, ou intempestiva.

Em verdade, deu-se a transposição de uma teoria alienígena sem se observar quão distintos são os ordenamentos jurídicos, pois ao francês a separação entre *faute de service* e *faute personnelle* importava para a fixação da justiça competente e do obrigado a indenizar o dano injusto, enquanto que no Brasil a jurisdição é única, sendo sempre o Estado diretamente responsável pelo ressarcimento do dano.

Aliás, com as mudanças de paradigmas do direito administrativo europeu, mais unificado devido à União Europeia, onde o próprio conceito de serviço público francês sofreu um enfraquecimento, em prol da livre concorrência, a jurisprudência administrativa francesa atenuou tanto a noção de *fautes detachables* quanto a de *faute lourde*.

A distinção da responsabilidade pública quanto aos seus comportamentos: objetiva, se positiva; subjetiva, se omissiva, conduz a uma incongruência, onde ao Administrador sua omissão é mais benéfica do que sua ação, dentro de um sistema administrativo em que se busca uma maior eficiência.

Na certeza de que a responsabilidade pública deve ser compreendida mediante valores e normas, princípios e regras, de direito público, é possível sua leitura no Brasil por intermédio dos princípios informadores da Administração Pública, em especial os da razoabilidade e eficiência, quando da análise donexo causal.

Concretizando os princípios constitucionais, o direito administrativo aspira à realização efetiva do modelo social e democrático de direito, visto a solidariedade ser também uma função do Estado, comprometendo-se a Administração Pública com a realização dos valores e objetivos constitucionais.

A boa Administração Pública é uma obrigação inerente aos poderes públicos de promover os direitos fundamentais das pessoas, fomentando sua dignidade de forma que as atuações administrativas harmonizem critérios de objetividade,

imparcialidade, justiça e equidade e que sejam prestadas em prazos razoáveis, possibilitando o livre e solidário desenvolvimento de cada pessoa em sua sociedade.

Nesse sentido, o nexo de causalidade será observado pelas lentes da teoria da causalidade adequada, por um juízo retrospectivo de probabilidade, de forma abstrata, sendo causa aquela omissão em que o dano surge como sua consequência normal e típica.

A razoabilidade exige a existência de determinada relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, conferindo a ligação do fim que se busca e do meio que se utiliza com o exame desta adequação de forma abstrata, geral e antecedente.

O princípio da eficiência exige do Estado Democrático de Direito o oferecimento das utilidades concretas ao cidadão, na conjugação de equidade e eficiência do serviço público, mediante uma atuação concertada, fomentadora, negociada, na concretização dos direitos fundamentais.

Na responsabilidade pública, há uma sujeição da Administração ao cumprimento de dever legal para que cumpra determinada atividade, em consonância aos princípios informadores do Direito Administrativo, aplicáveis não apenas para salvaguardar o administrado, mas também para permitir um equacionamento entre todas as prestações devidas pelo Estado.

Agora, isso não significa a necessidade de manutenção de uma responsabilidade subjetiva estatal, pois hoje a responsabilidade civil calca-se na reparação de um dano injusto, a ser apontado devido à quebra do princípio da legalidade, tendo-se um ato ilícito gerador do dano, ou da equidade da divisão dos ônus sociais, se o dano fora praticado por um fato lícito.

A história da responsabilidade civil demonstrou que não é a adoção de uma responsabilidade que transforma o Estado em segurador, mas sim a adoção de uma jurisprudência voluntarista, preocupada em proteger a vítima contra danos considerados injustos, escolhendo o responsável mais por sua solvabilidade do que pela relação causal propriamente dita.

REFERÊNCIAS

- ABERASTURY, Pedro. *La nueva ley de responsabilidad del Estado – 26.944*. Buenos Aires, [2014?]. Disponível em: <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo italiano*. Milano: Giuffré, 1958.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Los paradigmas de la legalidad y la justicia en el Derecho Administrativo francés*. Navarra: Universidade Pública de Navarra, 2008.
- ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva de. Direito Administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, 2011.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. O serviço público e as suas crises. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 46, a. 9, nov./dez. 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Verbatim, 2016.
- ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. Serviços públicos: morte ou renascimento? *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, a. 10, n. 114, ago. 2010.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. Atualizada por Simone Tassinari Cardoso. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ARONNE, Ricardo. *Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./dez. 2005.

AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, jan./abr. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 231-232, 2008.

BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade*. Cascais: Príncípa, 2014.

BARBOSA, Ruy. *A culpa civil das administrações públicas*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1898. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242382>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BARRA, Tiago Viana. A responsabilidade civil do Estado. *Revista da Ordem dos Advogados – ROA*, Coimbra, a. 71, n. 1, 2011.

BARRA, Tiago Viana. *A responsabilidade dos poderes públicos pela violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B8c19becc-7b5c-4c14-ab22-8e245421e268%7D.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva,

2011.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom para você também?). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, out./dez. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA, Ives. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

BEDENDI, Luís Felipe Ferrari. Responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

BENOÏT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif français*. Paris: Dalloz, 1968.

BERBEROFF AYUDA, Dimitry. ¿Una responsabilidad de la administración objetiva? perspectivas de derecho comparado y comunitario. In: ORTIZ BLASCO, Joaquín; MAHILLO GARCIA, Petra (Coord.). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: crisis y propuestas para el siglo XXI*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2015. Disponível em <http://www.ub.edu/dadmin/OriolMir/Publicacions/Mir_Propuestas_reforma_responsabilidad.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BINENBOJM, Gustavo. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*.

Tradução de Daniela Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. Brasília: UnB, 1995.

BONFIM, José Calheiros et al. (Org.). *Comentários à Constituição Federal: artigos 12 a 91*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1992. v. 2.

BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOTASSI, Carlos. Fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho argentino. *Revista de la Facultad de Derecho – Derecho PUCP*, n. 67, 2011.

BRASIL. *Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 481110*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 06 fev. 2007. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina, 2007.

BRODSKY, Jonathan Matías. La responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho argentino: anteproyecto y proyecto de código civil y comercial de la nación y ley 26.944 de responsabilidad estatal (b.o. del 8 de agosto de 2014). aportes, consideraciones y críticas desde una mirada constitucional. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, a. IX, n. 14, 2015. Disponível em: <www.derecho.uba.ar/revistagioja/>. Acesso em: 15 set. 2017.

BROYELLE, Camille. Le risque en Droit Administratif «classique» (fln: du XIXe, milieu du XXe siècle). *RDPSP*, 2008.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I.

BUGARIN, Tomás T. S.; MENEGUIN, Fernando. Rational decision making – parâmetro para o controle judicial das deliberações do Poder Executivo? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, fev. 2015. Disponível em <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 15 set. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CADILHA, Carlos Alberto. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado*

e demais entidades públicas, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 1, nov. 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALLEGARI, André Luís (Coord.). Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CÂMARA, Jacinto Arruda. A culpa na responsabilidade extracontratual do Estado. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 12, jan./mar. 1997.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

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

CARRÀ, Matilde. L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee. In: SORACE, Domenico (Coord.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia: anotações relativas ao texto integral. Luxemburgo: Serviços das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 2001.

CARTA Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano em relación com la Administración Pública. 10 oct. 2013. Disponível em: <http://intercoonecna.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

CARTABIA, Marta. I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma: Palazzo della Consulta, 24-26 ott. 2013. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 21. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. v. 2.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do*

Estado por omissão. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. t. I.

CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y el Derecho Administrativo. *Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 16, n. 87, set./out. 2014.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Nuevos criterios em la jurisprudencia de la Corte sobre cuestiones de Derecho Administrativo*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Nuevos criterios em la jurisprudencia de la Corte sobre cuestiones de derecho administrativo, .pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Nuevos_criterios_em_la_jurisprudencia_de_la_Corte_sobre_cuestiones_de_derecho_administrativo_.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Reflexiones sobre los factores de atribución em la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administración*. Disponível em: <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones sobre los factores de atribucion em la responsabilidad del Estado por la actividad de la Administracion .pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Reflexiones_sobre_los_factores_de_atribucion_em_la_responsabilidad_del_estado_por_la_actividad_de_la_administracion_.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2017.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Renovar, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Responsabilidade civil do Estado: alguns aspectos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. v. I e II.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 13. ed. Paris: Montchrestien, 2008.

CHAPUS, René. *Droit Administratif général*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 1996. t. 1.

CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Nardes Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CHEVALLIER, Jacques. As novas fronteiras do serviço público. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 51, a. 10, set./out. 2008.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CIANDI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. Responsabilidade civil do Estado sob o enfoque do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Org.). *Questões controvertidas: responsabilidade civil*. São Paulo: MÉTODO, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 5).

CINTRA, Rodrigo Suzuki. *Liberalismo e natureza: a propriedade em John Locke*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2010.

CLARICH, Marcello. La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 2, n. II, abr./jun. 1989.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Civil: obrigações: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

COLÔMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia n. 54001-23-31-000-1999-01081-02*. Disponível em: <<http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/54001233100019990108102.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

COLÔMBIA. Consejo de Estado. *Sentencia n. 8163, de 13 de Julio de 1993*. Disponível em: <<http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/557534415>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia n. T-399/14*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-399-14.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016.

CORREIA, Maria Lúcia da Conceição Abrantes Amaral Pinto. *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle em droit privé et en droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet).

CORPACI, Alfredo. L'esperienza dell'Italia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirlei da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DAL POZZO; Augusto Nardes Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudo introdutório da obra “O serviço público”, de Jacques Chevalier. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DÉCLARATION des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789. Art 15. La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2017.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil de grupos*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad em el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho*. Disponível em <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/839/842>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

DELPIAZZO, Carlos E. Despliegue del principio de responsabilidad em el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Derecho Público*, a. 24, n. 47, jul. 2015.

DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad estatal ante la huida del Derecho administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 35, jan./mar. 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1 e 2.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade civil do Estado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladstone; ROCHA, Maria Vital. *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIUANA, Rosana Batista Rabello Brisolla. Dano moral reflexo: a legitimação frente ao cenário constitucional. *Revista da EMERJ*, v. 13, n. 49, 2010.

DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Librairie Sirey, 1935.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada, Carlos G. Posada e Ramón Jaén. Granada: Editorial Comares, 2007.

DUGUIT, León. *Manuel de Droit Constitutionnel: théorie generale de l'État: le Droit et l'État: les libertés publiques. L'organisation politique de la France*. 4. éd. rev. et mise courant. Paris: E. de Boccard, 1923.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2004.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por actividad administrativa licita*. Disponível em: <<http://claeu.edu.uy/derecho2/images/stories/BOLETIN/RESPONSABILIDAD%20PATRIMONIAL%20EXTRA CONTRACTUAL%20DEL%20ESTADO%202%20.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ELIADES, Analía. *La responsabilidad del Estado: prospectiva y perspectiva de un clásico instituto jurídico que atraviesa nuestras vidas*. 2013. Disponível em <<http://www.saij.gob.ar/analia-eliades-responsabilidad-estado-prospectiva-perspectiva-clasico-instituto-juridico-atraviesa-nuestras-vidas-dacf130084-2013-05-06/123456789-0abc-defg4800-31fcanirtcod>>. Acesso em: 15 set. 2017.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2014. t. II.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio

de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da AJURIS*, a. XXXIX, n. 127, set. de 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, a. XXXIV, n. 105, mar. 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FEITOSA, Raymundo Juliano Rego; MELO, José Guilherme Amorim de. Dr. Bonham case e o controle de constitucionalidade. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=6475c86edecfca8f>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 6. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FORSTHOFF, Ernst. *El Estado de la sociedade industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. Tradução de Jaime Nicolás Muñis e Luis López Guerra. 2. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.

FREITAS, Juarez. *Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66525>>. Acesso em: 15 set. 2017.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 15, n. 78, mar./abr. 2013.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e da inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit Administratif*. 10. ed. Paris: LGDJ, 2015-2016.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GABURRI, Fernanda. Da insuficiência da noção de culpa e risco: da necessidade de um sistema geral objetivo de imputação da responsabilidade civil extracontratual. In: HIRONAKA, Gisele; FALAVIGNA, Maura Clara (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.
- GALLI BASUALDO, Martín. *La falta de servicio y la falta personal*. Disponível em <[http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La falta de servicio y la falta de personal.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_falta_de_servicio_y_la_falta_de_personal.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?* Tradução de Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Madrid: Editorial Civitas, 1984.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 2000. v. II.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*. Granada: Editorial Comares, 2008.
- GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLES, Herminio. *Tratado de derecho administrativo: parte general: conclusión*. 13. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012. v. II.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 21. éd. Paris: LGDJ, 2015.

GIANTI, Davide; MONATERI, Pier Giuseppe. *Nesso di causalità*. Disponível em: <<https://iris.unito.it/retrieve/handle/2318/1593988/284550/Nesso%20di%20causa%20Treccani%20Giuridica.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GOMES, Carla Amado. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n. 2, jul./dez. 2014.

GOMES, Carla Amado. Nota breve sobre a tendência de objectivação da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas no regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de dezembro. In: *EBOOK do Centro de Estudos Judiciários: plano de formação contínua 2012-2013: responsabilidade civil do Estado* [recurso eletrônico]. Lisboa, jul. 2014.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Rafael Ribeiro Calegari. Responsabilidade do Banco Central do Brasil pelos danos ocorridos aos clientes de instituições financeiras em liquidação extrajudicial ou falência. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 1, n. 1, jan./abr. 2006.

GÓMEZ PUENTE, Manuel. *La inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil em Comentário ao Código Civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1957. v. XII, t. II.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. *La justicia administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

GORDILHO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 2.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade civil do Estado. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6.

GUASTINI, R. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México; Madrid: Trotta, 2006.

GUÉDON, Marie-José; CHRÉTIEN, Patrice. *Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 2004.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana com fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. In: *A&C – Revista de direito administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, a. 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56002>>. Acesso em: 15 set. 2017.

HENSCHER, Daniely; PUHL, Adilson Josemar. Administração Pública como instrumento de garantia dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 44, jan./mar. 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o Direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal: arts. 11 a 27*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II.

ISHIKAWA, Liliane Kiomi Ito. Responsabilidade do Estado por omissão no fornecimento de medicamentos. In: HIRONAKA, Gisela Maria; FALAVIGNA, Maria Clara. (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo: la noción de servicio público: los agentes de la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, f. 454, 1941.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999.

JOUVENEL, Bertrand de. *As origens do Estado Moderno: uma história das ideias políticas no século XIX*. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço público no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 2, n. 7, p. 146, jul./set. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KERSTING, Wolfgang. *Filosofía política del contractualismo moderno*. México: Biblioteca de Signos, 2001.

LAUBADÉRE. André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1984.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. Memória jurisprudencial: Ministro Orozimbo Nonato. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série Memória Jurisprudencial). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/OrozimboNonato.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

LEGUINA VILLA, Jesús. *La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos*. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx>>. Acesso em: 15 set. 2017.

LEI da XII Tábuas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

LEIVAS, Paulo Cogo. O direito fundamental à alimentação: da teoria das necessidades ao direito ao mínimo existencial. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. *Direito humano à alimentação adequada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOMBARDO, Giuseppe. Il princípio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 4, 1999.

LONG, Marceau et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20. ed.

Paris: Dalloz, 2015.

LÓPEZ MENUDO, Francisco et al. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2005. (Colección El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia).

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAGNA Carta: Muse and Mentor. Disponível em: <<https://www.loc.gov/exhibits/magna-carta-muse-and-mentor/duo-process-of-law.html>>. Acesso em: 15 set. 2017.

MARINIELLO, Patricio Alejandro. El principio de razonabilidad y su regulación em los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Disponível em: <<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 12, n. 46, abr./jun. 2014.

MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer e hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública – AFDUAM*, Buenos Aires, n. 4, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. O sistema europeu de direitos fundamentais após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, a. 2012, n. 260, maio/ago. 2012.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. Constituição de 1988: catalisadora da evolução do Direito Administrativo? *Revista do Advogado: 20 anos da Constituição*, São Paulo, a. XXVIII, n. 99, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 13, n. 54, out./dez. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDEFELD, Carlos Ari (Org.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. II.

MENDES, Gilmar Ferreira. Responsabilidade civil do Estado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009.

MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad de la administración en Italia y España o la necesaria convergencia entre dos sistemas contrapuestos. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, sept./dec. 2001.

MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. 2. ed. Montevideo: IbdeF, 2012. (Serie Europa-América).

MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho: las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Nota para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. I, v. I, n. 2, maio de 2001.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 3, n. 10, jul./set. 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAIS, José Luís Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 63, jan./mar. 2016.

MORAND-DEVILLER. Jaqueline; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Droit Administratif*. 15. ed. Issy-les-Moulineux Cedex: LGDJ, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003.

MOREAU, Jacques. L'esperienza della Francia. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. La relación de causalidad em la responsabilidad extracontractual. *Revista Latinoamericana de Derecho*, Montevideo, a. I, n. 1, ene./jun. de 2004.

MOTTA CASTAÑO, Deissy; BARACALDO AMAYA, Diego. *Responsabilidad civil extracontractual del Estado Colombiano por violación a los Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. Facultad de Derecho. Fondo de Publicaciones, 2010.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. In: NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: responsabilidade do Estado*. Edição Especial Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NÓBREGA, Flávio Henrique de Oliveira. *A responsabilidade civil extracontratual do Estado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_da_esmarn/article/download/70/62>. Acesso em: 15 set. 2017.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 19, n. 37, 1998. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533>>. Acesso em: 15 set. 2017.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de sistematização. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Ana Prestrelo de. *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público _ RBDP*, Belo Horizonte, a. 6, n. 21, p. 43-53, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=53814>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da*

proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAILLET, Michel. *La faute du service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1980.

PASSOS, Daniel Silva. A atualização do serviço público no âmbito do direito comunitário europeu. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 14, n. 72, mar./abr. 2012.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2017.

PERRINO, Pablo Esteban. La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos. In: *EL DERECHO – Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, n. 13.698, 31 mar. 2015.

PERRINO, Pablo Esteban. La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideu, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional, In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na implantação de políticas públicas com sede constitucional. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 61, p. 117-144, jul./set. 2015.

PINHEIRO NETO, Othoniel. *Curso de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 2.

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

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à alimentação adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Org.). *Direito humano à alimentação adequada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1946*: arts 145-218 e disposições transitórias. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*: parte especial: direito das obrigações: obrigações e suas espécies. fontes e espécies de obrigações. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XXII.

POUILLAUDE, Hugo-Bernard. *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*. Thèse de doctorat em Droit public soutenue le 13 déc. 2011, Université Pantéon-Assas, école doctorale Georges Vedel. Droit public interne, science administrative et science politique.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, G. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010. (Collection « Nouvelle bibliothèque de thèses », t. 99).

REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, abr./jun. 2014.

RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2009.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*: Lei nº 10.402, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

ROCHA, Gerson Luiz. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da lei: a problemática do decisionismo judicial. *Revista de Doutrina do TRF4*, Porto Alegre, n. 34. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/gerson_rocha.html>. Acesso em: 15 set. 2017.

RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco Estados das Comunidades Europeias. In: QUADROS, Fausto (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho administrativo ante la crisis (el Derecho Administrativo social). *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena

administración y el buen gobierno de instituciones públicas. *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, t. XV, 2007.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. rev. Renovar: Rio de Janeiro, 2012.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 12, n. 49, jul./set. 2012.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation*. Paris: LGDJ, 1925.

SALERNO, Giulio M. La democrazia e i dilemi dell'efficienza: osservazioni critiche. In: AINIS, Michele et al. *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*. Pádua: CEDAM, 1995. v. 2.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2635>. Acesso em: 15 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A administração pública e os direitos fundamentais*. Palestra proferida em curso permanente da EMAGIS, módulo Direito Administrativo. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2016.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en Droit français*. Paris: LGDJ, 1939. n. 359. t. II.

SAVATIER, René. *Traité de la responsbailité civile en Droit Français Civil, Administratif,*

Professionnel, Procédural. 10 éd. Paris: LGDJ, 1951. t. 1.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. *Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, 2002.

SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SIMÃO, José Fernando. Notas sobre a responsabilidade no Direito Romano. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/notas-sobre-a-responsabilidade-no-direito-romano/9078>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

SORACE, Domenico. La responsabilità extracontrattuale pubblica: spunti comparatistici nella prospettiva della europeizzazione. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*. Bologna: Il Mulino, 1992.

SOUZA, Wendell Lopes de. A perspectiva histórica da responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil: teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O nexó de causalidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TIFINE, Pierre. *Droit Administratif français – sixième partie – chapitre 2: responsabilité administrative et responsabilité des agents de l’administration*. Disponível em: <<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/08/droit-administratif-francais-sixieme-partie-chapitre-2>>. Acesso em: 04 maio 2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

URUGUAI. Tribunal de Apelaciones Civil. *Sentencia n. 292/2011*. Disponível em: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=142607>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1961.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4.

VIOLA, Francesco. Prólogo da obra de CIANCIARDO, Juan. *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tradução de W. Roces, Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 6. ed. Milano, 1950. v. 1.

ZANCANER, Weida. O concurso público e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 15, n. 171, mar. 2016.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 62, 2015.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZILLER, Jacques. Modelos de responsabilidade da Administração em alguns ordenamentos europeus. Tradução de Gabriel Perlingeiro. *Int. Públ. – IP*, Belo Horizonte, a. 16, n. 86, jul./ago. 2014.

ANEXOS – DECISÕES ABORDADAS NA TESE

TRIBUNAL: STF (www.stf.jus.br)

MARCADORES: RESPONSABILIDADE e CIVIL e ESTADO e OMISSÃO

PERÍODO DE PESQUISA: 01.01.2015 a 01.01.2016

Nº DE JURISPRUDÊNCIA ENCONTRADA:

1. 21 acórdãos;
2. 352 decisões monocráticas;
3. 01 decisão da presidência

ORDEM	Nº PROCESSO	ÓRGÃO	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	FATO	EMENTA	FUNDAMENTO
1	RE 677139 AgR-EDv- AgR / PR - PARANÁ	TRIBUNAL AL PLENO	MIN GILMAR MENDES	07/12/15	Comprovação de erro médico. Prova dos autos demonstra a inexistência do erro.	Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o	1. Estado brasileiro adotou a teoria do risco administrativo; 2. Para o relator, “embora a responsabilidade objetiva do Poder Público prescindia do elemento subjetivo da culpa, para a 1ª Turma do STF, nos casos de omissão do serviço ou obra pública, cabe ao ente público o dever de comprovar que agiu de forma eficaz na execução do serviço, e que o evento danoso não ocorreu como consequência de conduta omissiva de sua parte. A responsabilidade só será elidida se, comprovada a omissão do agente público, esteja demonstrada excludente da exigibilidade da conduta esperada, ou das exceções representadas por caso fortuito, força maior ou ato próprio do ofendido. 3. Comprovação de omissão específica.

						dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega	
2	AI 782929 ED / RJ - RIO DE JANEIRO	1ª TURMA	MIN ROBERTO BARROSO	27/10/15	Acidente linha férrea; Alega o réu que vítima não era usuária do serviço	DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. NEXO CAUSAL RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NECESSIDADE DE NOVA ANÁLISE DOS FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orienta no sentido de que as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, respondem objetivamente pelos prejuízos que causarem a terceiros usuários e não usuários do serviço. (RE 591.874-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tema 130). 2. Divergir do entendimento do Tribunal de origem acerca da existência dos elementos configuradores da responsabilidade objetiva	1. Reafirma a posição do plenário do STF, firmada no RE 591.874, Min Lewandowski, sobre a responsabilidade objetiva das concessionárias ou permissionárias de serviço de transporte coletivo em relação a terceiros usuários e não-usuários do serviço público. 2. Tribunal de origem afirmou que não se pode admitir culpa exclusiva da vítima, quando é flagrante a omissão da concessionária em relação as medidas de segurança que deve adotar para evitar riscos e sinistros da linha férrea.

						pressupõe, necessariamente, uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 3. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental a que se nega provimento.	
3	ARE 897890 AgR / PR - PARANÁ	2ª TURMA	MIN DIAS TOFFOLI	22/09/15	Juiz de paz nomeado sem a percepção de proventos. Buscou discutir a existência de nexos de causalidade	Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da	

						Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juízes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido.	
4	ARE 736780 AgR-ED / RJ - RIO DE JANEIRO	2ª TURMA	MIN GILMAR MENDES	05/05/15	Município de Nova Iguacu-RJ é condenado por falta de sinalização de obstáculo em via pública	Embargos de declaração em agravo regimental em recursos extraordinários com agravos. 2. Decisão monocrática. Reconsideração de decisão originária agravada com novo julgamento dos recursos. Efeitos infringentes. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental. 3. Direito Administrativo. Responsabilidade civil do estado. 4. Omissão estatal. Falta de sinalização de obstáculo em via pública. Necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório e da legislação aplicável. Súmula 279. 5. Inexistência de violação à cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante 10 e artigo 97 da Constituição Federal. Mera interpretação legal. 6. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo	Afirma a responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão.

						regimental a que se nega provimento.	
--	--	--	--	--	--	--------------------------------------	--

B) DECISÕES MONOCRÁTICAS

ORDEM	Nº PROCESSO	ÓRGÃO	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	FATO	EMENTA	FUNDAMENTO
1	RE 677139 AgR-EDv- AgR / PR - PARANÁ	TRIBUNAL PLENO	MIN GILMAR MENDES	07/12/15	Comprovação de erro médico. Prova dos autos demonstra a inexistência do erro.	Agravo regimental nos embargos de divergência do agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado por omissão. Teoria do Risco Administrativo. Art. 37, § 6º, da Constituição. Pressupostos necessários à sua configuração. Demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. 4. Omissão específica não demonstrada. Ausência de nexo de causalidade entre a suposta falta do serviço e o dano sofrido. Necessidade do revolvimento do conjunto fático probatório dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 5. Agravo regimental a que se nega	1. Estado brasileiro adotou a teoria do risco administrativo; 2. Para o relator, “embora a responsabilidade objetiva do Poder Público prescindia do elemento subjetivo da culpa, para a 1ª Turma do STF, nos casos de omissão do serviço ou obra pública, cabe ao ente público o dever de comprovar que agiu de forma eficaz na execução do serviço, e que o evento danoso não ocorreu como consequência de conduta omissiva de sua parte. A responsabilidade só será elidida se, comprovada a omissão do agente público, esteja demonstrada excludente da exigibilidade da conduta esperada, ou das exceções representadas por caso fortuito, força maior ou ato próprio do ofendido. 3. Comprovação de omissão específica.

TRIBUNAL: STJ (www.stj.jus.br)

MARCADORES: RESPONSABILIDADE e CIVIL e ESTADO e OMISSÃO

PERÍODO DE PESQUISA: 01.01.2015 a 01.01.2016 (publicação)

Nº DE JURISPRUDÊNCIA ENCONTRADA:

1. 21 acórdãos;
2. 352 decisões monocráticas;
3. 01 decisão da presidência

ORDEM	Nº PROCESSO	ÓRGÃO	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	FATO	EMENTA	FUNDAMENTO
1	AgRg no REsp 1562277 / MG	2ª TURMA	MIN HUMBERTO MARTINS	24/11/15	Cadáver humano em decomposição no reservatório de água da COPASA	ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. CADÁVER EM DECOMPOSIÇÃO NO RESERVATÓRIO. DANO MORAL. CONFIGURADO. OMISSÃO. NEGLIGÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Fica configurada a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha do dever de efetiva vigilância do reservatório de água, quando nele foi encontrado um cadáver humano. 2. De outro lado, também, ficou caracterizada a falha na prestação do serviço, indenizável por dano	1. Fala em responsabilidade subjetiva pela omissão devido a falha no serviço de vigilância, mas o argumento é frágil, demonstrando, na verdade, uma responsabilidade objetiva: “De início, fica configurada a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha quanto ao dever de efetiva vigilância do reservatório de água. Apesar da argumentação no sentido de que foram observadas todas as medidas cabíveis para a manutenção da segurança do local, fato é que ele foi invadido, e de que o reservatório é passível de

						<p>moral, quando a COPASA não garantiu a qualidade da água distribuída à população.</p> <p>3. Ainda, há que reconhecer a ocorrência in re ipsa, o qual dispensa comprovação do prejuízo extrapatrimonial, sendo suficiente a prova da ocorrência de ato ilegal, uma vez que o resultado danoso é presumido.</p> <p>4. Afastada a incidência da Súmula 7/STJ, no caso, porquanto independe da análise de provas o entendimento assentado.</p> <p>Agravo regimental improvido.</p>	<p>violação, quando nele foi deixado um cadáver humano.”</p>
2	AgRg REsp 1345620 / RS	no 2ª TURMA	MIN ASSUSETE MAGALHÃES	25/11/15	Auxiliar de cozinha em Universidade que apresenta problemas de saúde	<p>ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CULPA OU NEGLIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.</p> <p>I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido</p>	<p>Firma a responsabilidade subjetiva por omissão, inclusive citando decisões do STJ</p>

					<p>apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.</p> <p>II. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexó causal entre ambos" (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2013.</p> <p>III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, "analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora", entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula</p>	
--	--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

						7/STJ. IV. Agravo Regimental improvido.	

TRF1

TRIBUNAL: TRF1 (www.trf1.jus.br)

MARCADORES: RESPONSABILIDADE e CIVIL e ESTADO e OMISSÃO

PERÍODO DE PESQUISA: 01.01.2015 a 01.01.2016 (decisão)

Nº DE JURISPRUDÊNCIA ENCONTRADA:

1. 400 acórdãos;
2. 1000 decisões monocráticas;

ORD EM	Nº PROCESSO	ÓRGÃO	RELATOR	DATA DE JULGAMENTO	FATO	EMENTA	FUNDAMENTO
1	AC 2004.36.00.000 722-9 / MT; APELAÇÃO CIVEL	5ª turma	JF LEÃO APARECIDO ALVES	13/4/2016		<p>AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO EM ACIDENTE AÉREO, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CONCLUSÃO DO RELATÓRIO DO CENIPA NO SENTIDO DE CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE <u>RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</u>.</p> <p>1. Autor (filho de Adão Fernandes Sobrinho) recorre da sentença pela qual o Juízo Federal julgou improcedente o pedido de condenação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI ou ré) ao pagamento de indenização (dano moral e material) fundada no falecimento do Sr. Adão (vítima), em acidente aéreo, quando estava a serviço da FUNAI. [...]</p> <p>3. "Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da <u>responsabilidade civil</u> objetiva do Poder Público</p>	

					<p>compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o <i>eventus damni</i> e o comportamento positivo (ação) ou negativo (<i>omissão</i>) do agente público, (c) a oficialidade da atividade estatal, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da <u>responsabilidade</u> estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)." (STF, RE 109615.)</p> <p>5. Hipótese em que o Juízo concluiu que, "pelo que surge dos autos, em especial do Relatório final do Centro de Investigações e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos [CENIPA], houve, por parte da empresa de Táxi Aéreo Aero Base, infração do Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica, que impõe a presença de dois pilotos para o tipo de vôo que estava sendo realizado quando do acidente." Consequente inexistência denexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva dos agentes da FUNAI e o acidente aéreo que ceifou a vida da vítima. Precedentes.</p> <p>6. Serviço de transporte aéreo que é de natureza pública e é explorado em regime de concessão federal. CF, Art. 21, XII, c. STF, RE 107955; STJ, REsp 1248237/DF; TRF 1ª Região, AC 0043457-61.2003.4.01.3800/MG. Nos termos do Art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), "[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." As concessionárias de transporte aéreo são empresas prestadoras de serviços públicos, e, assim, estão sujeitas à <u>responsabilidade civil</u> na modalidade objetiva. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orienta no sentido de que as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, respondem objetivamente pelos prejuízos que causarem a terceiros usuários e não usuários do serviço. (RE 591.874-RG [...])." (STF, AI 782929 ED.) Consequente <u>responsabilidade</u> objetiva das</p>	
--	--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					empresas de transporte aéreo pelos danos causados aos seus passageiros e a terceiros. STF, Súmula 187: "A <u>responsabilidade</u> contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva." Código <u>Civil</u> , Art. 735. Em se tratando de ação de indenização fundada em acidente aéreo, a <u>responsabilidade civil</u> , à frente, é, diante do princípio da especialidade, da companhia aérea, e, não, de quem a contratou para o transporte da vítima. Essa <u>responsabilidade</u> decorre, expressamente, do disposto nos Arts. 246, 247 e 248 da Lei 7.565, de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica [CBA]). Precedentes. Consequente irrelevância da circunstância de que a vítima estava a serviço da FUNAI, em aeronave contratada por ela contratada. 7. Apelação não provida.	
2	<p>Numeração Única: 0002593-89.2005.4.01.3806</p> <ul style="list-style-type: none"> AC 2005.38.06.00260-4 / MG; APELAÇÃO CIVEL 	5ª TURMA	DES NÉVITON GUEDES	FED 03/02/2016	<p><u>RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILISTICO OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA MÁ CONSERVAÇÃO DA VIA. OMISSÃO NEGLIGENTE DO PODER PÚBLICO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR COM PROPORCIONALIDADE, MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.</u></p> <p>1. Nos termos da jurisprudência do STJ, "a <u>responsabilidade civil</u> que se imputa ao <u>Estado</u> por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificado dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a <u>responsabilidade</u> se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da <u>responsabilidade</u> objetiva e aqueles que adotam a <u>responsabilidade</u> subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto" (REsp 602102/RS; Relatora Ministra Eliana Calmon DJ</p>	Parece existir uma confusão entre a responsabilidade subjetiva, a falha no serviço e a responsabilidade objetiva.

					<p>21.02.2005).</p> <p>4. A análise do conjunto probatório - notadamente o Boletim de Acidente de Trânsito, lavrado pela Polícia Rodoviária Federal - permite concluir ter havido <u>omissão</u> do <u>Estado</u>, que faltou com seu dever de manter a rodovia em bom <u>estado</u> de conservação, tendo a manutenção inadequada ocasionado o acidente sofrido pelo autor.</p> <p>5. A perícia judicial realizada nos autos foi expressa em afirmar que o veículo conduzido pelo autor se deparou com pelo menos dois buracos existentes ao longo da pista no sentido de fluxo do mesmo, sendo que um deles estava no centro da pista, e o outro mais deslocado para a lateral direita da pista e que pôde constatar que as marcas de frenagem nos dois sentidos de fluxo da pista, tanto no sentido de tráfego do Caminhão, quanto no sentido contrário, nada podendo ser afirmado que se trata de marcas deixas pelos pneus do Caminhão de Carga MB 1318, antes do acidente.</p> <p>6. Em outro ponto, a perícia foi categórica no sentido de que, em relação às condições de sinalizações estatigráficas, com placas de "Perigo - Buracos na pista" ou outros tipos de sinalizações de advertência, baseando-se nas Fotos e no Boletim de Ocorrência, não havia nenhuma sinalização à época do acidente e que a causa mais provável para a quebra da barra de direção foi o impacto ocorrido com o caminhão, quando o mesmo caiu no buraco existente na rodovia.</p> <p>7. A Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, que criou o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, atribuiu a essa autarquia, no artigo 82, especialmente nos incisos I e IV, no que se refere à sinalização, manutenção, entre outras medidas de segurança nas rodovias federais, o dever de "estabelecer padrões, normas e especificações técnicas para os programas de segurança operacional, sinalização, manutenção ou conservação, restauração ou reposição de vias, terminais e instalações" (inciso I) e o de "administrar, diretamente ou por meio de convênios de delegação ou cooperação, os programas de operação, manutenção, conservação, restauração e reposição de</p>	
--	--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					rodovias" (inciso IV). 8. No caso, o DNIT, em sua contestação, não negou a existência de buracos no local em que ocorreu o acidente, nem que tenha cumprido a obrigação de promover, no mínimo, a sinalização indicativa da existência de buracos na pista e muito menos provou que o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima. 9. Em casos tais, a jurisprudência pacificou entendimento de que é objetiva, visto que decorrente de <u>omissão</u> , a <u>responsabilidade</u> do DNIT, nos casos de acidente em rodovia federal, ocasionado pela má conservação da via. Esse entendimento decorre do dever legal que tem o DNIT de prover a segurança do tráfego nas rodovias federais, por meio de ações de manutenção e conservação.		
3	Numeração Única: AC 0002556-46.2011.4.01.39 05 / PA; APELAÇÃO CIVEL	5ª TURMA	DES FED SOUZA PRUDENTE	13/4/2016	ACIDENTE EM PONTE QUEBRADA, SEM QUALQUER TIPO DE SINALIZAÇÃO, COM ENORME BURACO, CAINDO O AUTOR NO CÓRREGO, FICANDO PARAPLÉGICO.	CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACIDENTE MOTOCICLISTICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. PRESSUPOSTOS COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. ARBITRAMENTO DO DANO MORAL. RECEBIMENTO DA REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. PARCELA ÚNICA (CC, ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO). CABIMENTO. I - Comprovados o nexo de causalidade e o evento danoso, resultante da <u>omissão</u> do ente público, caracterizada está a <u>responsabilidade civil</u> objetiva do <u>Estado</u> , no caso, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, resultando daí o dever de indenização, nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, afigurando-se totalmente desarrazoada a alegação de culpa exclusiva da vítima.	A decisão trabalha com a omissão e falta de manutenção da pista, elementos internos, mas que parecem influenciar a decisão.
4	Numeração Única: 0011463-39.2008.4.01.3	5ª TURMA	JUIZ FED. LEÃO APRECIDO	13.4.2016		AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO EM ACIDENTE AÉREO, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CONCLUSÃO DE INQUÉRITO POLICIAL	

800	<ul style="list-style-type: none"> • AC 2008. 38.00. 01168 9-4 / MG; APELA ÇÃO CIVEL 		ALVES			<p>PELA CULPA EXCLUSIVA DO PILOTO DA AERONAVE, CONTRATADA POR EMPRESA PRIVADA INTERESSADA EM LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.</p> <p>1. Autores (viúva e filhos de Paulo Roberto Ribeiro Arruda) recorrem da sentença pela qual o Juízo Federal julgou improcedente o pedido de condenação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA ou réu) ao pagamento de indenização (dano moral e material), decorrente do falecimento do Sr. Paulo (vítima), em acidente aéreo, quando estava a serviço do IBAMA.</p> <p>2. Apelantes sustentam, em suma, que, em 2003, o Sr. Paulo foi contratado, por meio de processo seletivo simplificado, para atuar como Coordenador de Licenciamento Ambiental do IBAMA; que, em 03/08/2005, a vítima participava de uma expedição de campo no município de Anita Garibaldi, SC; que, na referida data, a vítima, o piloto e mais dois passageiros faleceram quando a aeronave, na qual se encontravam, "enroscou-se com um fio da rede de energia elétrica do local, vindo a cair logo em seguida"; "que o servidor público vitimado havia sido regularmente contratado e encontrava-se naquele malsinado vôo em trabalho de campo, por determinação exclusiva do IBAMA"; que "[e]sta situação sequer foi negada pela apelada na peça de rebate"; que a empresa de táxi aéreo foi contratada pela empresa interessada no licenciamento ambiental (Energética Barra Grande S/A [BAESA]), mas que a vítima estava a serviço do IBAMA, e, não, da BAESA; que o IBAMA não se preocupou com a segurança da vítima, porquanto deixou ao encargo da BAESA a contratação do meio de transporte necessário ao desempenho dos atos relacionados à expedição de campo; que a vítima "feneceu no exercício regular de suas funções públicas, durante o trabalho, sem que tivesse concorrido, de qualquer forma, para a tragédia e sem que pudesse manifestar qualquer intervenção na contratação da aeronave acidentada"; que "não se vislumbra, in casu,</p>	
-----	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	-------	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p>nenhuma das cláusulas excludentes de <u>responsabilidade do Estado</u>, que, segundo Rui Stoco, são 'o caso fortuito ou a força maior, e a culpa exclusiva da vítima, únicas com força para romper o liame causal entre a atuação do <u>Estado</u> e o dano verificado"; que "[o] fato do transporte da vítima ter sido atribuído à empresa que pretendia o licenciamento ambiental não retira do IBAMA o encargo de zelar pelas condições de trabalho dos seus servidores e, em última análise, não afasta sua <u>responsabilidade</u> no caso de sinistro."</p> <p>3. "A presença de menor incapaz no feito exige regular intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade, passível, porém, de ser relevada na hipótese de aquisição da maioria antes do julgamento do recurso avariado." (TRF 1ª Região, AC 0008602-16.1999.4.01.3600/MT.) Hipótese em que o autor Vinícius Comastri Arruda, nascido em 07/02/1995, o qual era absolutamente incapaz na data do ajuizamento da presente ação, em 23/04/2008 (Código <u>Civil</u>, Art. 3º), alcançou a maioria em 07/02/2013. Código <u>Civil</u>, Art. 5º. Consequente desnecessidade da oitiva do Ministério Público.</p> <p>4. "Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da <u>responsabilidade civil</u> objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (<u>omissão</u>) do agente público, (c) a oficialidade da atividade estatal, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da <u>responsabilidade</u> estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)." (STF, RE 109615.)</p> <p>5. Conclusão contida no Relatório do Inquérito Policial, segundo a qual o acidente decorreu de culpa exclusiva do piloto da aeronave contratada por empresa privada, o qual é terceiro em relação ao IBAMA. Consequente inexistência de nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva dos agentes do IBAMA e o</p>	
--	--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

						<p>acidente aéreo que ceifou a vida da vítima. Precedentes.</p> <p>6. Serviço de transporte aéreo que é de natureza pública e é explorado em regime de concessão federal. CF, Art. 21, XII, c. STF, RE 107955; STJ, REsp 1248237/DF; TRF 1ª Região, AC 0043457-61.2003.4.01.3800/MG. Nos termos do Art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), "[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." As concessionárias de transporte aéreo são empresas prestadoras de serviços públicos, e, assim, estão sujeitas à <u>responsabilidade civil</u> na modalidade objetiva. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orienta no sentido de que as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, respondem objetivamente pelos prejuízos que causarem a terceiros usuários e não usuários do serviço. (RE 591.874-RG [...])." (STF, AI 782929 ED.) Consequente <u>responsabilidade</u> objetiva das empresas de transporte aéreo pelos danos causados aos seus passageiros e a terceiros. STF, Súmula 187: "A <u>responsabilidade</u> contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva." Código <u>Civil</u>, Art. 735. Em se tratando de ação de indenização fundada em acidente aéreo, a <u>responsabilidade civil</u>, à frente, é, diante do princípio da especialidade, da companhia aérea, e, não, de quem a contratou para o transporte da vítima. Essa <u>responsabilidade</u> decorre, expressamente, do disposto nos Arts. 246, 247 e 248 da Lei 7.565, de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica [CBA]). Precedentes. Consequente irrelevância da circunstância de que a vítima estava a serviço do IBAMA, em aeronave contratada por terceiro.</p> <p>7. Apelação não provida.</p>	
5	Numeração Única: 0007645-	5ª TURMA	DES FED SOUZA	16/3/2016	ADULTERAÇÃO DE MEDICAMENTOS	CONSTITUCIONAL, <u>CIVIL</u> E ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. USO DE MEDICAMENTO ADULTERADO COM RESULTADO	FALA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA ATRELADA À

	<p>77.2006.4.01.3 500</p> <ul style="list-style-type: none"> • AC <p>2006. 35.00. 00766 3-0 / GO; APELA ÇÃO CIVEL</p>		PRUDENTE		O	<p>MORTE. CONDOTA OMISSIVA. DESCUMPRIMENTO DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL (AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO). RESPONSABILIDADE CIVIL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, § 6º). CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. CABIMENTO. CUMULAÇÃO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA COM PENSÃO CÍVEL. POSSIBILIDADE.</p> <p>I - A orientação jurisprudencial já sedimentada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que "a <u>responsabilidade civil</u> que se imputa ao <u>Estado</u> por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a <u>responsabilidade</u> se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da <u>responsabilidade</u> objetiva e aqueles que adotam a <u>responsabilidade</u> subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto" (REsp 602102/RS; Relatora Ministra ELIANA CALMON DJ 21.02.2005).</p> <p>II - Na hipótese dos autos, comprovada a ocorrência de conduta omissiva, consistente na ausência ou deficiência na fiscalização no laboratório fabricante do medicamento adulterado, bem assim, o nexo de causalidade entre essa conduta e o resultado danoso (morte por uso de tal medicamento), resta caracterizada a <u>responsabilidade</u> da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, incumbida, legalmente, pela fiscalização em referência.</p> <p>III - A pensão alusiva a ressarcimento de incapacidade decorrente de ato ilícito, não se confunde com a pensão previdenciária, por se tratar de natureza e fato gerador distintos, afigurando-se legítima, por conseguinte, a sua cumulação. Precedentes.</p> <p>IV - Em casos assim, a pensão mensal, deve ser fixada</p>	FALHA NO SERVIÇO DE FISCALIZAÇÃO.
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	----------	--	---	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------

					no patamar de 2/3 (dois terços) da remuneração percebida pela vítima, perdurando tal obrigação até a data em que a vítima atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo tabela elaborada pelo IBGE (no caso, 71 anos), ou até o falecimento dos eventuais beneficiários, se tal fato ocorrer primeiro, por aplicação do art. 948, inciso II, c/c o art. 951 do Código Civil brasileiro.	
6	<p>Numeração Única: 0000074-73.2006.4.01.3300</p> <ul style="list-style-type: none"> AC 2006.33.00.00007 3-4 / BA; APELAÇÃO CIVEL 	5ª TURMA	JUIZ LEÃO APARECIDO ALVES FED.	13/4/2016	<p>AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA, E, NÃO, SUBJETIVA. EMPRESAS DE EXTRAÇÃO E DE BENEFICIAMENTO DE CHUMBO, CÁDMIO E OUTROS METAIS. ALEGADOS DANOS À SAÚDE DO AUTOR. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO ESPECÍFICA ATRIBUÍVEL À UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.</p> <p>1. Jair dos Santos (autor) recorre da sentença pela qual o Juízo Federal julgou improcedente o pedido de condenação da União (ré) ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais, decorrentes de sua contaminação por chumbo, cádmio e outros metais, enquanto trabalhava para empresa de mineração, a qual deveria ter sido fiscalizada pela ré e não o foi.</p> <p>2. Apelante sustenta, em suma, a nulidade da sentença, "a fim de que seja oportunizado aos recorrentes [sic] a produção das provas que entender cabíveis e pertinentes ao deslinde do feito"; que a empresa Plumbum Mineração e Metalurgia S/A, antiga Cobrac - Companhia Brasileira de Chumbo, para a qual trabalhou, exerceu as atividades de extração e beneficiamento de chumbo, cádmio e outros elementos químicos de forma descontrolada e sem fiscalização, durante mais de 30 anos, na região do Município de Santo Amaro da Purificação, BA; que essa ação "causou a contaminação generalizada do ambiente de trabalho e no ambiente externo da fábrica, poluição ambiental [...] que é encontrada em quase todos os locais da cidade"; que a empresa Plumbum "sempre produziu lingotes de</p>	<p>TRATA A OMISSÃO COMO RESPONSABILIDADE OBJETIVA, MAS EXIGE A EXISTÊNCIA DE NORMA DETERMINADORA DA AÇÃO ESTATAL QUE DEIXOU DE SER PRATICADA, RESULTANDO NO EVENTO DANOSO (OMISSÃO ESPECÍFICA)</p>

					<p>chumbo, material utilizado tanto na fabricação de baterias, cristais, plásticos, tubos de televisão, como também utilizado na fabricação de artefatos bélicos", fato não negado pela ré em sua contestação; que os resíduos dos referidos metais estão espalhados pela cidade de Santo Amaro, causando contaminação; que os empregados da Plumbum trabalhavam sem as mínimas condições de segurança do trabalho, pois não lhes era fornecido Equipamento de Proteção Individual (EPI); que "[a] <u>responsabilidade</u> da União decorre do fato de que as empresas causadoras da poluição produziam artefatos bélicos que eram controlados pelo Exército, além do fato de serem produtos químicos altamente tóxicos, o que redundava na obrigação da União em analisar os níveis de contaminação ambiental e, se fosse o caso, não permitir que empresas poluidoras continuem em atividade, hipótese que não aconteceu"; que, nesse sentido, dispõe o Art. 1º do Decreto 3.665/2000; que, no mesmo sentido, dispõem os Arts. 21, 22 e 23 da CF; que, assim, deve ser provido o recurso para reconhecer a <u>responsabilidade civil</u> da União.</p> <p>3. Nulidade da sentença, "a fim de que seja oportunizado aos recorrentes [sic] a produção das provas que entender cabíveis e pertinentes ao deslinde do feito." Improcedência. "Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa." CPC 1973, Art. 183. "É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão." CPC 1973, Art. 473. "A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretenda exercitar no processo (preclusão lógica)." (NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo <u>civil</u> comentado e legislação extravagante.) Hipótese em que o Juízo determinou a intimação das partes para indicar, no prazo de cinco dias, "as provas</p>	
--	--	--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p>que pretendem produzir, especificando-as." Caso em que o autor deixou transcorrer in albis o prazo fixado pelo Juízo. Tendo em vista que o autor já teve a oportunidade de requerer "a produção das provas que entender cabíveis e pertinentes ao deslinde do feito", descabe conceder nova oportunidade, diante da preclusão temporal.</p> <p>4. Para a imposição do dever de indenizar, decorrente do Art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), é necessária a existência do nexo de causalidade, em relação direta e imediata, entre o dano e a ação ou a omissão dos agentes públicos. (Código Civil de 2002, Art. 403.) Em suma, a teoria do dano direto e imediato "só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva." (STF, RE 130.764/PR.)</p> <p>5. <u>Responsabilidade civil do Estado por omissão</u>. "A jurisprudência [do STF] firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público." (STF, ARE 868610 AgR.)</p> <p>6. Embora a <u>responsabilidade civil do Estado</u>, na modalidade omissiva, também seja objetiva, "[n]as hipóteses de omissão, há de se perquirir a existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso." (TRF 1ª Região, AC 0001044-10.2011.4.01.3814/MG.)</p> <p>7. Hipótese em que inexistente "norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso." (TRF 1ª Região, AC 0001044-10.2011.4.01.3814/MG.) Dispositivos infralegais, legais e constitucionais invocados os quais não impõem à União a fiscalização, passo a passo, da extração e do beneficiamento de chumbo, cádmio e de outros metais. Precedentes desta Corte, em casos idênticos, no sentido</p>	
--	--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					de que "[n]ão se reconhece a <u>responsabilidade</u> do ente público pela fiscalização de produção de lingotes de chumbo", bem como que "[n]ão havia fabricação de material bélico pelas empresas, a determinar a fiscalização obrigatória do Exército Brasileiro." (TRF 1ª Região, AC 000034-91.2006.4.01.3300/BA.) 8. Apelação não provida.	
7	Numeração Única: AC 0000418-09.2011.4.01.3905 / PA; APELAÇÃO CIVEL	JUIZ FED. LEÃO APARECIDO ALVES	5ª TURMA	20/4/2016	AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO OCORRÊNCIA. <u>RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</u> POR <u>OMISSÃO</u> . <u>RESPONSABILIDADE OBJETIVA</u> , E, NÃO, SUBJETIVA. ACIDENTE VEÍCULAR EM RODOVIA FEDERAL. MORTE DA VÍTIMA. DANO MORAL. CABIMENTO. DANO MATERIAL. DESCABIMENTO, NO CASO. 1. Maria Benedita Soares Bezerra, Renato Soares Bezerra, Eduardo Soares Bezerra, Alexandre Soares Bezerra, Fernanda Soares Bezerra e Rodrigo Soares Bezerra (autores) recorrem da sentença pela qual o Juízo Federal pronunciou a prescrição trienal da pretensão à indenização por danos morais e materiais, formulada contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT ou réu), julgando extinto o processo, com resolução do mérito (CPC 1973, Art. 269, IV), em relação aos cinco primeiros autores; e julgou improcedente o pedido em relação ao último autor, porque a vítima, Sr. Lourenço Alves Bezerra (marido da primeira e pai dos demais demandantes), não possuía habilitação para conduzir veículo automotor. CPC 1973, Art. 269, I. 2. Apelantes sustentam, em suma, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação (CPC 1973, Art. 458, II; CF, Art. 93, IX); que é inaplicável à espécie o prazo trienal previsto no Art. 206, § 3º, do Código Civil, porquanto a parte ré integra a Fazenda Pública Federal, caso em que incide o prazo quinquenal previsto no Art. 1º do Decreto 20.910, de 1932; que o acidente rodoviário ocorreu em 15 de junho de 2006, e que a presente ação foi proposta em 15 de junho de 2011, donde a não	

					<p>ocorrência da prescrição quinquenal em relação a todos os autores; no mérito, que o fato de a vítima, Lourenço Alves Bezerra, esposo da primeira autora, e pai dos demais autores, não dispor de habilitação para conduzir veículo automotor, é insuficiente para afastar a <u>responsabilidade civil</u> objetiva do réu; que o acidente não decorreu do fato de a vítima dirigir sem habilitação, mas, sim, da ausência de sinalização adequada naquele local; que a falta de carteira de habilitação é "mera infringência administrativa" e não possui relevância no curso causal; que a <u>responsabilidade civil</u> nasce a partir de três requisitos: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, os quais ficaram cabalmente comprovados no presente caso. Requer o provimento do recurso para afastar a prescrição, e "julgar procedente a ação de indenização por danos morais".</p> <p>3. Ação de indenização proposta contra a Fazenda Pública. Prescrição quinquenal, e, não, trienal. Para os fins do Art. 543-C do CPC, o STJ firmou o seguinte entendimento: "A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código <u>Civil</u>) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32)." (STJ, REsp 1251993/PR.)</p> <p>4. Acidente ocorrido em 15/06/2006. Prazo prescricional quinquenal iniciado em 16 de junho de 2006 e consumado em 15 de junho de 2011. Código <u>Civil</u>, Art. 132, §§ 1º e 3º. (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1516907/PB.) No tocante aos autores Maria, Renato, Eduardo e Alexandre, a ação foi protocolada, na Subseção Judiciária de Redenção, PA, em 15 de junho de 2011. Consequente não ocorrência da prescrição quinquenal, em relação a esses autores, dado que a ação foi proposta dentro do prazo quinquenal. No que concerne aos autores Fernanda e Rodrigo, a ação foi protocolada em 29 de junho de 2011. Autores menores de 16 anos na data do acidente, e, assim, absolutamente</p>	
--	--	--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p>incapazes. Código <u>Civil</u>, Art. 3º. Considerando que a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes (Código <u>Civil</u>, Art. 198), também não se consumou a prescrição quinquenal contra eles.</p> <p>5. Para a imposição do dever de indenizar, decorrente do Art. 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), é necessária a existência do nexo de causalidade, em relação direta e imediata, entre o dano e a ação ou a <u>omissão</u> dos agentes públicos. (Código <u>Civil</u> de 2002, Art. 403.) Em suma, a teoria do dano direto e imediato "só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva." (STF, RE 130.764/PR.)</p> <p>6. <u>Responsabilidade civil</u> do <u>Estado</u> por <u>omissão</u>. "A jurisprudência [do STF] firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a <u>omissão</u> do Poder Público." (STF, ARE 868610 AgR.)</p> <p>7. Embora a <u>responsabilidade civil</u> do <u>Estado</u>, na modalidade omissiva, também seja objetiva, "[n]as hipóteses de <u>omissão</u>, há de se perquirir a existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso." (TRF 1ª Região, AC 0001044-10.2011.4.01.3814/MG.) "[N]os termos da [...] Lei n. 10.233/01, é dever do DNIT manter em condições ideais de trafegabilidade, conservar e reparar, quando necessário, as rodovias sob sua administração." (TRF 1ª Região, AC 0001044-10.2011.4.01.3814/MG.)</p> <p>8. Vítima que não detinha habilitação para conduzir veículo automotor. Irrelevância. Em hipótese análoga, o STJ julgou "[a]certada a decisão do Tribunal de origem em desconsiderar outras condutas - condução de motocicleta sem carteira de habilitação e de chinelos - que não apresentaram relevância no curso causal dos acontecimentos." (STJ, REsp 1219079/RS.) "A ausência</p>	
--	--	--	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p>de habilitação para condução de veículos, considerada isoladamente, não autoriza a presunção de culpa exclusiva da vítima, para fins de exclusão do dever de indenizar." (STJ, REsp 1328332/MG.)</p> <p>9. Pedido fundado na ausência de sinalização na rodovia quanto à existência de uma ponte em construção e da necessidade de realizar um desvio para passar por uma ponte de madeira. Ausência de sinalização provada com base em fotografias e no depoimento de duas testemunhas. Informação no sentido da ocorrência de outros acidentes no mesmo local. Acidente causado pela ausência de sinalização, e, não, pela falta de habilitação da vítima.</p>	
8	<p>Numeração Única: 0001141-49.2006.4.01.3502</p> <ul style="list-style-type: none"> AC 2006.35.02.001162-6 / GO; APELAÇÃO CIVEL 	5ª TURMA	JUIZ FED. EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES FILHO	13/4/2016	<p>ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DOMÉSTICO. ATENDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR. REIMPLANTE DE DEDO. AUSÊNCIA/SUSPENSÃO DE CONVÊNIO. NEXO CAUSALIDADE NÃO VERIFICADO. SENTENÇA MANTIDA.</p> <p>1. Busca-se a reparação de danos morais em face do Hospital Evangélico e da UF, devido a suposta <u>omissão</u> de socorro, da qual resultou a impossibilidade de replante de parte de dedo decepado em acidente doméstico. Alega-se recusa no atendimento particular, devido à rescisão unilateral do convênio firmado entre a UF e a Unimed-Anápolis. A sentença, de improcedência, afastou o nexo causal entre o dano afirmado e a conduta imputada aos réus.</p> <p>2. A teor da regra contida no art. 37, § 6º, da CF/88, a Administração Pública responde, objetivamente, pelos danos que a sua conduta, ou a de seus prepostos, causarem a particulares. Para que se reconheça o dever estatal de indenizar, é imprescindível a demonstração de nexo de causalidade entre a atividade estatal e o evento danoso e que não tenha havido a concorrência de culpa da vítima (particular) ou caso fortuito/força maior.</p> <p>3. Sem que provado que o evento danoso tenha resultado do agir (ou não agir) do <u>Estado</u>, torna-se impossível decreto condenatório, na medida em que não</p>	

					<p>se prescinde da prova da relação entre dano e conduta.</p> <p>4. Enquanto os entes estatais respondem objetivamente pelos danos causados por si ou seus agentes a terceiros, os particulares somente serão responsabilizados se demonstrada conduta culposa ou dolosa de sua parte (teoria subjetiva da responsabilização <u>civil</u>), além do nexo causal.</p> <p>5. Não provado que o hospital particular recusou os primeiros socorros ou mesmo demorou a prestar atendimento, não há como responsabilizá-lo pela impossibilidade de replante do dedo decepado.</p> <p>6. Apelação da parte autora desprovida.</p>	
9	<p>Numeração Única: 0009956-38.2006.4.01.3307</p> <ul style="list-style-type: none"> • AC 2006. 33.07. 00995 8-2 / BA; APELAÇÃO CIVEL 	6ª TURMA	DES FED. JIRAIR ARAM MEGUERIAN	22/02/2016	<p>CIVIL. PROCESSUAL. INTEMPESTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA IRMÃ. INOCORRÊNCIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. BURACO EM MALHA RODOVIÁRIA FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE GARANTIR CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRÁFEGO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JURISPRUDÊNCIA HODIERNA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. ÔNUS DO ENTE PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.</p> <p>I. Não há que se falar em intempestividade do recurso interposto por autarquia que tem a prerrogativa da intimação pessoal, sendo que somente a partir desta começa a contar o prazo recursal.</p> <p>II. A jurisprudência do E. STJ tem reconhecido que o irmão da vítima possui legitimidade para reparar indenização por dano moral, vez que a família é união indissolúvel. Precedentes.</p> <p>III. Não há carência de ação em razão da não utilização de vias administrativas par obtenção de indenização, sob pena de violação do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Precedente. Ademais, a pretensão resistida da Administração surge ante o oferecimento de contestação.</p>	<p>RESPONSABILIDADE OBJETIVA</p> <p>FALHA NO SERVIÇO</p>

					<p>IV. Comprovado que o acidente com veículo se deu por causa de buraco na malha viária federal, ocasionando a morte da vítima, passível é a responsabilização <u>civil</u> do <u>Estado</u>, na modalidade objetiva, consoante a jurisprudência recente.</p> <p>V. É dever da Administração manter a pavimentação da rodovia em condições adequadas de tráfego.</p> <p>VI. Prescindível o elemento culpa, nesse contexto, há de se imputar ao ente público o ônus da prova da causa excludente da <u>responsabilidade civil</u>, do qual não se desincumbiu.</p> <p>VII. Do evento morte derivam danos morais "in re ipsa". Contudo, o valor da indenização não pode de mostrar excessivo, antes, deve ser compatível com as condições sociais e psicológicas do autor, considerados os parâmetros jurisprudenciais existentes, razão pela qual mantém-se o valor de R\$ 207.500,00.</p> <p>VIII. Apelação e reexame necessário tido por interposto aos quais se dá parcial provimento, quanto aos juros e correção monetária (taxa SELIC, índices oficiais de remuneração da caderneta de poupança para juros e correção monetária pelo IPCA a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009).</p>	
10	<p>Numeração Única: 0005060-17.2009.4.01.3801</p> <ul style="list-style-type: none"> • AC 2009.38.01.00509 4-3 / 	6ª TURMA	DES FED JIRAIR ARAM MEGUERIAN	22/02/2016	<p><u>RESPONSABILIDADE CIVIL. OMISSÃO DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. DEFEITO DE PROJEÇÃO. LOCAL RECONHECIDAMENTE PERIGOSO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS E MORAIS. VALOR. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MARCO INICIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.</u></p> <p>I. O evento chuva, em que pese inevitável, é previsível, pertinente à atividade relacionada à manutenção de rodovias, ou seja, ao se tratar da conservação dos trechos rodoviários, tal fato deve ser levado em consideração pela Administração, já que se trata de situação cotidiana.</p> <p>II. É de se ressaltar que , no caso de conduta omissiva</p>	<p>1. MESMO DESEMBARGADOR DA DECISÃO ACIMA;</p> <p>2. AQUI DIZ QUE A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO É SUBJETIVA;</p> <p>3. CONTINUA COM A IDEIA DA FALHA NO SERVIÇO.</p>

	MG; APELAÇÃO CIVEL				da Administração, ou seja, um não fazer que provoque danos a terceiros, aplica-se a <u>responsabilidade</u> subjetiva, diferente, portanto, daquela prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Em tais situações de <u>responsabilidade</u> por <u>omissão</u> , a culpa da Administração é comprovada com a demonstração da "falta do serviço", ou seja, é necessário verificar que o serviço prestado pela Administração fora deficiente. III. Ao permitir a existência de rodovia com evidente e reconhecido defeito de projeção, falha a Administração ao prestar seu serviço de manutenção e conservação, razão pela qual se pode concluir pela existência da falta do serviço. IV. Por outro lado, não logrou o réu o trazer qualquer elemento que apontasse para suposta culpa do condutor do veículo na causação do acidente, razão pela qual aplica-se o disposto no art. 333, inciso II do CPC. V. A primeira autora, por conta do acidente narrado nos autos, na mesma ocasião, perdeu dois filhos e dois netos. Por sua vez, a segunda autora perdeu dois filhos e dois irmãos. Certamente trata-se de um fato que traz infinita tristeza, distante do que se pode qualificar como aborrecimento. [...]	
11	Numeração Única: 0033187-07.2005.4.01.3800 • AC 2005. 38.00. 03351 7-5 / MG; APELA	6ª TURMA	DES FED. JIRAIR ARAM MEGUERIAN	15/02/2016	<u>CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE PAI E ESPOSO. QUEDA DA PASSARELA DE PEDESTRES SOBRE A BR 381, APÓS ROMPIMENTO DE GRADE DE PROTEÇÃO. OMISSÃO. NEGLIGÊNCIA DO DNIT. DEMONSTRAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA MANTIDA.</u> I. Tendo a vítima falecido em decorrência de queda de passarela sobre a BR 381, em razão de rompimento de grade de proteção, deve-se perquirir a existência de <u>responsabilidade civil</u> por <u>omissão</u> do ente público, na modalidade subjetiva. II. A <u>responsabilidade</u> subjetiva no caso de conduta omissiva dá-se com a demonstração de conduta negligente da Administração Pública. In casu, ante o <u>estado</u> de conservação ruim da passarela e de suas grades, conforme fotos e declarações testemunhais, bem	

	ÇÃO CIVEL					como relatos de que houve tentativas de contato para que o órgão fizesse a correta manutenção do local, nada tendo sido feito, configurada está a conduta negligente da entidade autárquica. [...]	
12	Numeração Única: 0015851-98.2006.4.01.3300 • AC 2006. 33.00. 01585 9-9 / BA; APELAÇÃO ÇÃO CIVEL	6ª TURMA	DES. FED JIRAIR ARAM MEGUERIAN	15/02/2016		RESPONSABILIDADE CIVIL. BURACO EM MALHA RODOVIÁRIA FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE GARANTIR CONDIÇÕES ADEQUADAS DE TRÁFEGO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JURISPRUDÊNCIA HODIERNA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. ÔNUS DO ENTE PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO MATERIAL. COMPROVAÇÃO PARCIAL. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. LUCROS CESSANTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. I. Comprovado que o acidente com veículo carreta se deu por causa de buraco na malha viária federal, ocasionando prejuízos à vítima, passível é a responsabilização <u>civil</u> do <u>Estado</u> , na modalidade objetiva, consoante a jurisprudência recente. II. É dever da Administração manter a pavimentação da rodovia em condições adequadas de tráfego. III. Prescindível o elemento culpa, nesse contexto, há de se imputar ao ente público o ônus da prova da causa excludente da <u>responsabilidade civil</u> , do qual não se desincumbiu. [...]	AGORA OBJETIVA POR FALHA NO SERVIÇO
13	Numeração Única: AC 0003254-24.2012.4.01.4000 / PI; APELAÇÃO CIVEL	5ª TURMA	JUIZ FED. EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES	25/11/2015		ADMINISTRATIVO, <u>CIVIL</u> E PROCESSUAL <u>CIVIL</u> . <u>RESPONSABILIDADE CIVIL</u> DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO OMISSIVO. CF/88, ART. 37, § 6º. DEFICIENTE (INEXISTENTE) MANUTENÇÃO DE RODOVIA FEDERAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CAPOTAMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS RECONHECIDOS. CULPA EXCLUSIVA/CONCORRENTE DO PARTICULAR. AUSÊNCIA. VALORES. ADEQUAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. APELAÇÃO DO DNIT E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, PARCIALMENTE PROVIDA.	1.OBJETIVA; 2. FALHA NO SERVIÇO.

					<p>1. Discute-se a responsabilização do DNIT por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito em rodovia federal provocados pela queda em buraco existente na pista de rolamento, ensejando a perda do controle de direção e capotamento do caminhão de propriedade do autor.</p> <p>2. Considera-se suficiente para provar a transferência de propriedade de caminhão o contrato particular de compra e venda firmado entre proprietário anterior e autor da ação, pelo qual ajustada a venda, sem ressalvas, a prestação, independentemente de ter havido sua formalização junto ao órgão de trânsito, posto que providência administrativa insuficiente a afastar a força probante do contrato. Nos termos do art. 1.267 do CC/02, a tradição da coisa é que define a transferência da propriedade.</p> <p>3. Independentemente da imputação de conduta comissiva ou omissiva, a Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, responde, sempre, objetivamente. Nas hipóteses de <u>omissão</u>, há de se perquirir a existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso.</p> <p>4. De acordo com entendimento manifestado pelo STF no julgamento da ARE n. 754.778 AgR, relator o em. Min. Dias Toffoli, "A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a <u>omissão</u> do Poder Público".</p> <p>5. Para o STJ, "O boletim de ocorrência feito por policial rodoviário federal, o qual chegou ao local minutos após o acidente, serve como elemento de convicção para o julgamento da causa, não se equiparando com aquele boletim decorrente de relato unilateral da parte" (REsp n. 302.462/ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma). No mesmo sentido, esta T5 já decidiu que "diferente do alegado pelo DNIT, tal elemento de</p>	
--	--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p>prova (boletim de ocorrência) é dotado de credibilidade, na medida em que resulta de pesquisa técnica de vestígios deixados pelo acidente e foi elaborado por profissionais qualificados e desinteressados no resultado da presente demanda" (AC n. 0004228-07.2006.4.01.3504/GO, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins (conv.)).</p> <p>6. Demonstrados o evento danoso, a falta do serviço (indevida/inexistente manutenção da rodovia federal), o dever de agir do <u>Estado</u> e o nexo causal, é de rigor o reconhecimento da <u>responsabilidade</u> pelos danos materiais e morais impingidos à parte.</p>	
14	<p>Numeração Única: 0016946-20.2007.4.01.3304</p> <ul style="list-style-type: none"> • AC 2007.33.04.016947-4 / BA; APELAÇÃO CIVEL 	5ª TURMA	DES FED. NÉVITON GUEDES	07/10/2015	<p><u>RESPONSABILIDADE CIVIL. FALECIMENTO EM ACIDENTE AUTOMOBILISTICO OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA MÁ CONSERVAÇÃO DA VIA. OMISSÃO NEGLIGENTE DO PODER PÚBLICO. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR COM PROPORCIONALIDADE, MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.</u></p> <p>1. Agravo retido conhecido e desprovido. A pensão decorrente de ilícito <u>civil</u> não se confunde com a paga pela Previdência Social. Precedentes. Independente de eventual repercussão previdenciária, o ordenamento jurídico não impede que os dependentes da vítima ajuízem ação pleiteando o reconhecimento dos danos materiais e morais decorrentes de acidente em razão da má conservação de rodovia. Ajuizada a ação contra autarquia federal, o juízo competente é a Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, inc. I da Constituição Federal. Correta a decisão que afastou a alegação de incompetência do juízo federal.</p> <p>2. Nos termos da jurisprudência do STJ "[a] <u>responsabilidade civil</u> que se imputa ao <u>Estado</u> por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se verificado dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a</p>	<p>1. SUBJETIVA;</p> <p>2. FALHA NO SERVIÇO</p>

					<p><u>responsabilidade</u> se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da <u>responsabilidade</u> objetiva e aqueles que adotam a <u>responsabilidade</u> subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto" (REsp 602102/RS; Relatora Ministra Eliana Calmon DJ 21.02.2005).</p> <p>3. Para comprovar o fato constitutivo do seu direito, a parte autora trouxe aos autos o Boletim de Acidente de Trânsito, lavrado pela Polícia Rodoviária Federal, relatando a ocorrência do acidente em análise, bem como fotos do caminhão e do local do acidente. Há ainda o depoimento de testemunhas, juntado aos autos.</p> <p>4. No caso, ficou comprovada a falha na prestação do serviço, considerando que o acidente que vitimou fatalmente o pai e marido dos autores decorreu, sobretudo, do fato de o DNIT não ter promovido a conservação adequada do trecho da rodovia onde ocorreu o desastre.</p> <p>5. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação à indenização de caráter previdenciário: " A percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito. Precedentes." (STJ, AgRg no Ag 1239557/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 9/10/2012, DJ 17/10/2012).</p> <p>6. Deferida pensão a título de danos materiais, equivalente a 2/3 do rendimento mensal do falecido (que recebia um salário mínimo), desde a data do seu falecimento, em 18/6/2004, até o dia 15/8/2030, data em que completaria 65 anos de idade (conforme requerido na petição inicial - princípio da congruência), devidamente atualizado, que deverá ser pago da seguinte forma: 1/3 para a esposa e 1/3 para o filho (nascido em 23/6/2002), até a data em que a criança completar 21 anos e, a partir daí, 2/3 para a esposa. [...]</p>	
--	--	--	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

15	<p>Numeração Única: AC 0003012-23.2011.4.01.37 02 / MA; APELAÇÃO CIVEL</p>	5ª TURMA	<p>JUIZ FED. EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES FILHO</p>	11/11/2015	<p>ADMINISTRATIVO, <u>CIVIL</u> E PROCESSUAL <u>CIVIL</u>. <u>RESPONSABILIDADE CIVIL</u> DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO OMISSIVO. CF/88, ART. 37, § 6º. ANIMAL NA PISTA. PERÍMETRO URBANO. ACIDENTE. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE <u>OMISSÃO</u> DO PODER PÚBLICO. APELAÇÃO DESPROVIDA.</p> <p>1. Discute-se a <u>responsabilidade</u> do DNIT em razão de acidente decorrente do choque entre motocicleta e semovente (cavalo) que invadiu pista de rolamento de rodovia federal, localizada dentro de perímetro urbano.</p> <p>2. Independentemente da imputação de conduta comissiva ou omissiva, a Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, responde, sempre, objetivamente. Nas hipóteses de <u>omissão</u>, há de se perquirir a existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso.</p> <p>3. Não é na falta de conservação da pista de rolamento (bom <u>estado</u>, seca e sem obras que dificultassem a trafegabilidade ou desviassem a atenção do motociclista) que o demandante fundamenta seu pleito indenizatório, mas na afirmada <u>omissão</u> em não apreender animais abandonados na via pública.</p> <p>4. O fundamento da responsabilização por <u>omissão</u> reside na existência de norma determinadora da ação estatal que deixou de ser praticada, resultando no evento danoso.</p> <p>5. Em se tratando da imputação de <u>responsabilidade</u> à Administração Pública por conduta omissiva é imprescindível que reste demonstrada falha no serviço prestado/demandado, em particular, ausência de fiscalização e patrulha da rodovia de modo a prevenir a existência de animais na pista de rolamento ou mesmo de sinalização da possibilidade de sua ocorrência de modo a prevenir os usuários.</p> <p>6. À míngua de prova da <u>omissão</u> de dever legal imposto à parte ré, ônus que competia ao autor, não é possível lhe imputar <u>responsabilidade</u> pelo acidente, principalmente considerando tratar-se de perímetro</p>	<p>1. OBJETIVA;</p> <p>2. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR A FALHA NO SERVIÇO.</p>
----	----------------------------------------------------------------------------	----------	-----------------------------------------------------	------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------

						urbano, onde se requer atenção redobrada dos condutores de veículos automotores	
16	<p>Numeração Única: 0004900-06.2010.4.01.3300</p> <ul style="list-style-type: none"> AC 2010.33.00.001747-5 / BA; APELAÇÃO CIVEL 	6ª TURMA	DES FED. KASSIO NUNES MARQUES	14/9/2015		<p>PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. GALHO DE ÁRVORE CAIU SOBRE IDOSA COM 91 ANOS. TRAUMATISMO CRANIANO. <u>RESPONSABILIDADE SUBJETIVA</u>. OCORRÊNCIA. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.</p> <p>1. Configura <u>responsabilidade</u> subjetiva do <u>Estado</u>, capaz de assegurar indenização a título de danos morais, hipótese comprovada de <u>omissão</u> estatal advinda de seu dever de agir e do consequente dano de mesma origem - causado à parte que alegou.</p> <p>2. Na espécie, galho de árvore atingiu a autora, idosa de 91 anos, causando-lhe traumatismo craniano e graves escoriações, quando esta transitava em calçada pública localizada nas dependências da Universidade Federal da Bahia.</p> <p>3. A Universidade Federal da Bahia, após ser questionada sobre o acidente pelos meios de comunicação, declarou que as providências relativas à poda da árvore já estavam sendo tomadas, demonstrando, inequivocamente, a sua <u>responsabilidade</u> de manter essas árvores ornamentais em boas condições de conservação.</p> <p>4. Noticiário local, conforme documentos juntados aos autos pela autora, informou que seu <u>estado</u> de saúde era grave, segundo conclusão emitida pelo boletim médico do hospital em que fora internada, destacando que fortes chuvas e ventos vinham provocando acidentes em vários pontos do município durante aproximadamente uma semana - previsão que retira o aspecto surpresa como elemento de caso fortuito. [...]</p>	1. SUBJETIVA
17	<p>Numeração Única: 0004671-26.2008.4.01.3200</p>	6ª TURMA	DES FED. JIRAIR ARAM MEGUERIAN	27/4/2015		<p>CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. <u>RESPONSABILIDADE CIVIL</u>. APREENSÃO DE MERCADORIA IMPORTADA PARA AVERIGUAÇÃO. IRREGULARIDADE NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DETERIORAÇÃO DA MERCADORIA. NEXO DE CAUSALIDADE INEXISTENTE.</p>	

	<ul style="list-style-type: none"> AC 2008. 32.00. 00475 5-4 / AM; APELA ÇÃO CIVEL 				<p>HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: REDUÇÃO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.</p> <p>I - A <u>responsabilidade</u> objetiva do <u>Estado</u> está prevista no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Necessária, pois, apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta imputada à ré e o evento danoso, sendo prescindível a demonstração de culpa do ente público, salvo em caso de <u>omissão</u>.</p> <p>II - A retenção de mercadoria importada por suspeita de interposição fraudulenta de pessoas, embora não precedida de processo administrativo formal (leia-se "procedimento especial de fiscalização iniciado pela expedição de Mandado de Procedimento Fiscal") instaurado em desfavor do contribuinte, não é suficiente, por si só, para o acolhimento da pretensão de condenação da União ao pagamento de danos materiais e morais pela alegada deterioração da mercadoria retida indevidamente e armazenada em local inadequado, devendo-se apurar se, de fato, os prejuízos narrados foram causados pelo ente público conforme alega o autor.</p> <p>III - Apesar de a retenção da mercadoria para averiguação não ter sido precedida, formalmente, de procedimento especial de fiscalização (Instrução Normativa SRF nº 228/2002), há nos autos documentos (troca de e-mails entre servidores noticiando às autoridades competentes os indícios de possíveis irregularidades) que comprovam que a atuação do Fisco Federal ocorreu em razão de indícios, constatados por agentes regularmente investidos em cargos públicos após o registro da Declaração de Importação da mercadoria pela empresa importadora, de interposição fraudulenta de pessoas, que, por seu turno, deram ensejo, ainda que extemporaneamente, ao procedimento previsto na Instrução Normativa SRF nº 228/2002. A só</p>	
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p>irregularidade na forma pela qual se iniciou o procedimento de fiscalização especial em desfavor do contribuinte não é suficiente para lhe ocasionar os danos morais e materiais individualizados na exordial, mas apenas para lhe assegurar a liberação das mercadorias retidas sem a observância do devido processo legal, o que de fato ocorreu por meio da concessão de medida liminar em mandado de segurança impetrado especificamente para este fim. Necessário comprovar, pois, o nexo de causalidade entre a conduta imputada à União e o dano que alega ter ocorrido.</p> <p>IV - Ao fundamentar a pretensão inicial, afirmou a autora que, em razão da conduta do Fisco Federal de reter sua mercadoria (cimento) sem regular procedimento administrativo, o produto em questão, por ter validade inicial de três meses, prorrogável até seis meses quando armazenado em condições especiais, já teria perecido por ocasião de sua retirada no Porto de Manaus, em razão da ausência de local adequado para sua conservação, levando em consideração, para tanto, a data em que a mercadoria saiu do porto de origem (Egito, 18/11/2003). Hipótese dos autos, contudo, em que é irrelevante a data em que o produto foi despachado do porto de origem, mas sim aquela em que foi realizado pelo contribuinte o registro da Declaração de Importação junto à Receita Federal, que, no caso concreto, ocorreu apenas em 26/12/2003. Apenas a partir desta data é que foi possível aos servidores do Fisco cruzar informações e dar início a procedimento, ainda que não formalmente instaurado, para apurar eventual interposição fraudulenta de pessoas. É de se ressaltar, outrossim, que a autora foi autorizada a retirar a mercadoria por meio de decisão judicial concessiva de medida liminar proferida em 11/02/2004. Dessa forma, transcorrido nesse período apenas 1 mês e 16 dias, cai por terra a alegação da autora de que, por ocasião da liberação da mercadoria apreendida pelo Fisco, a mesma já se encontrava deteriorada por estar "fora do prazo de validade para comercialização", que, repita-se, é de três meses.</p> <p>V - Não é legítimo pretender imputar à União eventual</p>	
--	--	--	--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

					<p><u>responsabilidade</u> pela alegada deterioração da mercadoria importada pela autora que, assumindo os riscos da atividade econômica que desenvolve, deve suportar eventuais contratempos daí advindos. Orientação que se justifica na medida em que consta dos autos correspondência da autora dirigida ao Fisco, antes mesmo do registro da Declaração de Importação e da ciência, pois, por servidores federais da possível ocorrência de irregularidades na importação, requerendo autorização para entrega antecipada de parte da mercadoria em razão da impossibilidade de seu armazenamento adequado no recinto alfandegado por "erro de cálculo", fato afirmado igualmente pela Empresa de Revitalização do Porto de Manaus. Por fim, se eventual <u>responsabilidade</u> existisse, seria ela desta última, que, a teor de termo de fiel depositário acostada aos autos, "assume, para todos os efeitos legais, a condição de fiel depositário das mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas, objeto de operações de carga, descarga, movimentação, armazenamento ou passagem, realizadas no Porto Organizado de Manaus localizado em Manaus/AM e, nessa condição, assume a <u>responsabilidade</u> pelos tributos e demais encargos decorrentes, apurados em relação a extravio, avaria ou acréscimo de mercadorias sob sua custódia, assim como por danos a elas causados nas operações realizadas por seus prepostos".</p> <p>VI - Laudo pericial unilateral acostado aos autos pela parte autora é inservível para o acolhimento de sua pretensão, não sendo demais ressaltar que, apesar de intimada em juízo para especificação de provas, na forma da legislação processual <u>civil</u>, deixou transcorrer "in albis" o prazo concedido, não se desincumbindo, pois, do ônus de comprovar suas alegações.</p>	
18	<p>Numeração Única: AC 0002178-87.2010.4.01.3400 / DF;</p>	6ª TURMA	DES FED JIRAIR ARAM MEGUERIAN	11.5.2015	<p>ADMINISTRATIVO. <u>RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO</u>. AÇÃO ORDINÁRIA. HOSPITAL DA BASE AÉREA DE ANÁPOLIS. MÁS CONDIÇÕES DE CONSERVAÇÃO. MILITATR. MORTE. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. PENSÃO PARA OS GENITORES.</p>	

	APELAÇÃO CIVEL					<p>CABIMENTO.</p> <p>I - Assente jurisprudência desta Corte e do colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer a extemporaneidade do recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos à sentença recorrida, sem a devida e oportuna ratificação, porquanto antes de encerrada a prestação jurisdicional, na primeira instância.</p> <p>II - Apelação dos autores interposta antes da publicação da sentença em embargos de declaração opostos pela União, sem posterior ratificação.</p> <p>III - Nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Necessário para responsabilizar o <u>Estado</u>, pois, apenas a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta por ele praticada e o dano causado ao particular, sendo prescindível a comprovação de culpa ou culpa.</p> <p>IV - O mesmo não se verifica, contudo, quanto à <u>responsabilidade</u> por <u>omissão</u> estatal, que é subjetiva e apenas se configura quando o <u>Estado</u> devia e podia agir mas, em razão de culpa, foi omissivo e dessa <u>omissão</u> causou dano a terceiro.</p> <p>V - <u>Responsabilidade</u> da União que restou devidamente demonstrada nos autos, pois os elementos que compõem a lide são suficientes para comprovar que a morte do militar decorreu das más condições do Hospital da Base Aérea de Anápolis, notadamente em razão da falta de energia no local em que realizado o procedimento cirúrgico odontológico, fato que impossibilitou a utilização do desfibrilador, sendo que a sequência de fatos que esse primeiro desencadeou levaram ao óbito.</p>	
19	Numeração Única: 0020199-	5ª TURMA	DES FED. NÉVITON	26/11/2014		ADMINISTRATIVO, <u>CIVIL</u> E PROCESSUAL <u>CIVIL</u> . BANCO SANTOS S/A. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PREJUÍZOS. INVESTIDOR. BANCO CENTRAL DO	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA MESMO

	80.2007.4.01.3 800 • AC 2007. 38.00. 02049 6-7 / MG; APELA ÇÃO CIVEL		GUEDES			BRASIL. <u>RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO</u> . NEXO CAUSAL. NECESSIDADE. PROVA. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO. 1. Este Tribunal, na linha da jurisprudência firmada no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça e do egrégio Supremo Tribunal Federal, firmou orientação pela inexistência de nexo de causalidade entre os prejuízos suportados pelos investidores em razão da quebra de instituição financeira e a suposta ausência de fiscalização do BACEN no mercado de capitais. 2. A jurisprudência pátria, bem como a doutrina dominante firmaram entendimento de que a <u>responsabilidade civil do Estado</u> por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessária, portanto, a comprovação da negligência na atuação estatal, ou seja, a <u>omissão do Estado</u> , não obstante o dever legalmente imposto de agir, além, obviamente, do dano e do nexo causal entre ambos. 3. Apelação a que se nega provimento. 4. Agravo retido prejudicado.	
20							
21							
22							



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br