

POR QUE INDENIZAR? UM ENSAIO SOBRE O(S) FUNDAMENTO(S) DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PREVISTA NO § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO

*WHY COMPENSATE DAMAGES? AN ESSAY ON THE
BASIS(ES) OF THE OBJECTIVE STATE LIABILITY PROVIDED
FOR IN § 6 OF ART. 37 OF THE CONSTITUTION*

ALEXANDRE JORGE CARNEIRO DA CUNHA FILHO

Doutor e Mestre em Direito do Estado. Professor da Escola Paulista da Magistratura e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).
Pesquisador vinculado ao CEDAU. Juiz de Direito em São Paulo.
gabacunhafilho@tjsp.jus.br

Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-7091-7258].
DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.30.cunhafilho].

Recebido: 30.01.2024. Received: January 30th, 2024.
Aprovado: 27.02.2024. Approved: February 27th, 2024.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: No presente ensaio investigamos os possíveis fundamentos a justificar a responsabilidade civil objetiva do Estado prevista no § 6º do art. 37 da Constituição de 1988. Por traz da literalidade do comando normativo sob exame, discutimos que princípios/valores autorizam a sua aplicação nas mais diversas situações nas quais a vítima de um dano pretende o seu ressarcimento do erário, reflexão imprescindível para que o instituto da responsabilidade civil seja adequadamente aplicado entre nós. Para nosso estudo nos valem de revisão bibliográfica e do raciocínio indutivo para testar a hipótese que tomamos como ponto de partida para a pesquisa, a saber: a de que a Teoria do Risco é insuficiente para explicar o manejo que os Tribunais fazem do § 6º do art. 37 da Constituição para a

ABSTRACT: In this essay, we investigate the possible grounds to justify the objective civil liability of the State provided for in § 6 of art. 37 of the 1988 Constitution. Behind the literality of the normative command under examination, we discuss which principles/values authorize its application in the most diverse situations in which the victim of damage seeks compensation from the treasury, an essential reflection to know if the institute of civil liability is properly enforced between us. For our study, we used a bibliographical review and the inductive reasoning to test the hypothesis that we took as a starting point for the research, namely: that the Theory of Risk is insufficient to explain the handling that the Courts make of § 6 of the art. 37 of the Constitution in adjudication. At the end of the

solução dos casos submetidos à sua apreciação. Ao fim da pesquisa confirmamos nossa hipótese, defendemos como principal fundamento para a responsabilidade civil do Estado o dano causado por conduta ilícita e a necessidade de a doutrina explorar melhor quais os princípios/valores que justificam condenar o Estado ao pagamento de indenização por prejuízos decorrentes suas ações ou omissões lícitas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil – Estado – Teoria do risco – Fundamentos da indenização – Nexos causal.

research, we confirm our hypothesis, we defend as the main basis for the civil liability of the State the damage caused by unlawful conduct and the need for the doctrine to better explore which principles/values justify condemning the State to pay compensation for damages resulting from its lawful actions or omissions.

KEYWORDS: Civil liability – State – Risk theory – Indemnity grounds – Causal link.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O § 6º do art. 37 da Constituição da República e a teoria do risco. 3. Suspeita da insuficiência da teoria do risco para explicar todos os casos em que se imputa ao Estado responsabilidade objetiva quanto à reparação de danos. 3.1. Responsabilidade do estado por comportamento lícito e ilícito – proposta de sistematização. 4. Aplicação do modelo proposto para a responsabilidade objetiva (além do risco). 4.1. Serviço público. 4.2. Isonomia sem risco. 4.3. Enriquecimento sem causa. 4.4. Solidariedade. 5. Fundamentos da responsabilidade civil do estado: uma agenda de pesquisa. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Por que¹ o Estado deve indenizar os danos suportados por terceiros em decorrência de suas atividades mesmo em circunstâncias nas quais não haja culpa ou dolo dos seus agentes para a configuração de um dado prejuízo?

Sem necessidade de muita divagação, aquele que opera em nosso sistema jurídico encontra resposta aparentemente singela para tanto no § 6º do art. 37 da Constituição da República, dispositivo que prevê:

“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

-
1. Como citar este artigo | How to cite this article: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Por que indenizar? Um ensaio sobre o(s) fundamento(s) da responsabilidade objetiva do Estado prevista no § 6º do art. 37 da Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 177-200, jul./set. 2024. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.30.cunhafilho].

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa².”

Logo, uma leitura gramatical do texto constitucional conduziria à conclusão de que sempre quando houvesse nexo causal entre uma conduta ativa ou omissiva do Estado e o prejuízo suportado por alguém o ente público teria o ônus de arcar com a respectiva compensação, nada obstante seus prepostos tenham atuado diligentemente no desempenho de suas tarefas.

Como a Carta Política não cria distinção entre as diversas hipóteses em que a Fazenda pode ser chamada a reparar os danos impostos a terceiros por comportamentos de pessoas físicas que atuam em seu nome, não caberia ao intérprete fazê-lo.

Ou seja, se no § 6º do art. 37 da Constituição está consagrada a responsabilidade objetiva do Estado por prejuízos suportados pelos indivíduos em decorrência de seu fazer ou não fazer, não haveria qualquer espaço para modulação de tal tipo de dever na aplicação do instituto pelos Tribunais³.

No presente estudo pretendemos testar essa concepção.

No dia a dia forense é possível identificar alguns casos que nos levam a refletir sobre se a aplicação do postulado da responsabilidade objetiva do Estado seria a forma mais adequada para aferir se o erário público deveria ser chamado a recompor uma diminuição suportada por um particular em seu patrimônio.

Em especial, considerando circunstâncias em que a Administração fez o que estava a seu alcance para evitar a ocorrência de danos, condená-la a compensar perdas sofridas pelos indivíduos suscita questionamento sobre o sentido de se impor à Fazenda tal encargo.

Para responder a essa inquietação, é necessário percorrer o caminho que nos conduza ao fundamento jurídico por trás do § 6º do art. 37 da Constituição.

Afinal de contas, apenas estando seguro sobre os motivos que justificam a regra, poderá seu intérprete, em uma lide concreta, identificar se esses estão ou não presentes e, logo, se ela será aplicável.

Para explorarmos a hipótese apresentada nos valeremos de revisão bibliográfica e do raciocínio indutivo, ou seja, a partir da análise qualitativa de casos concretos especularemos sobre a consistência do argumento que se pretende construir.

2. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 04.08.2018).

3. Nessa linha é, por exemplo, a posição de Gustavo Tepedino, manifestada na atualização que este faz da obra *Responsabilidade Civil* de Caio Mario da Silva Pereira ao recusar tratamento diferente para atos comissivos e omissivos do Estado como ensejadores de dever de indenizar com base no § 6º do art. 37 da Constituição (12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 181).

2. O § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A TEORIA DO RISCO

Na linha da evolução da disciplina da matéria em nosso sistema⁴, o § 6º do art. 37 da Constituição não previu elemento subjetivo da conduta do preposto estatal (dolo ou culpa) como requisito para a configuração do dever de reparar danos por parte do ente público, o que impele a doutrina a reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado como garantia do particular nas relações estabelecidas com a organização política⁵.

Por vezes, sem muito questionamento a respeito, diversos autores costumam identificar na adoção da “teoria do risco” o fundamento remoto para tal opção legislativa⁶, já que, em sendo a atividade administrativa na tutela do interesse geral potencialmente lesiva aos indivíduos, estes mereceriam, em caso de dano, ver facilitada a via para o respectivo ressarcimento.

Nas lições dos estudiosos que se dispuseram a discorrer sobre os princípios que legitimariam o referido ônus a cargo da coletividade, sem prejuízo da adesão largamente majoritária à *teoria do risco*, mas sem necessariamente fazer-se o diálogo entre o fundamento jurídico defendido para o dever de indenizar e tal teoria⁷,

4. Sobre essa evolução, ver ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade civil do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 7. p. 303 e ss.
5. “O citado dispositivo constitucional gera reação praticamente unânime da doutrina ao reconhecer a consagração da responsabilidade objetiva do Estado” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Responsabilidade civil do estado* cit., 2014, p. 330).
6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 550; CAVALIERI, FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 258; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 599; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 34-35 e 38; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1030/1031; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 657; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 776-779; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 504-505; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1022-1023; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Responsabilidade civil do Estado*. cit., 2014, p. 260; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 433-434; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 840-841.
7. Algumas vezes, o que se vê na prática é uma verdadeira confusão, em que a teoria do risco encontraria seu fundamento na ofensa à isonomia entre os indivíduos. A título ilustrativo, confira-se passagem de Yussef Said Cahali após extenso apanhado doutrinário caracterizado pela dissonância entre os autores no que se refere ao emprego dos diversos signos

é comum ver a seguinte esquematização: quando um ilícito enseja o dever de indenizar, haveria vulneração ao princípio da “legalidade”. Quando um lícito desencadeia tal efeito, a ofensa seria à “isonomia” e/ou à “solidariedade”, termos que, a depender da obra consultada, acabam sendo tratados como sinônimos.

Em que pese a popularidade da referida explicação, suspeitamos que esta não baste para assegurar que a Administração esteja sendo chamada a reparar prejuízos pelos motivos certos, o que, no limite, pode levá-la, segundo razões pouco evidentes, a pagar por aquilo que não causou.

linguísticos para designação de uma mesma realidade (no caso, sobre a disputa acerca da vigência no nosso sistema da teoria do “risco” ou do “risco integral”, embora esta, como aquela, admitisse as mesmas causas de exclusão de responsabilidade do Estado): “Na realidade, a teoria do risco aparece como uma expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, merecendo de Duez a observação de que ‘ce prince est à la base du droit public des démocraties’” (*Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 38). No que se refere à citação feita à doutrina de Paul Duez, vale registrar que na obra mencionada tal autor, na primeira metade do século XX, além de atribuir à teoria do risco um papel complementar àquele ocupado pela teoria da “faute” (culpa anônima) do serviço para definir os casos em que a vítima de um dano relacionado com uma atividade administrativa seria indenizada (p. 58-59), tira suas conclusões de uma análise crítica sobre julgados do Conselho de Estado existentes até então, nos quais a ideia de violação da isonomia se fazia (pelo menos em alguma medida) presente como justificativa para as condenações do ente público. Ao tratar da origem da teoria do risco, Duez sustenta que esta funcionou como criação engenhosa daquela Corte para, sem censurar a ação estatal, garantir a indenização devida com base na equidade para quem suportasse danos por atividade benéfica à coletividade, em especial no que diz respeito à realização de obras públicas (DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 1938. p. 66 e ss.; p. 84-85). No que diz respeito ao sistema jurídico francês, Jean Rivero, algumas décadas depois de Duez, observa, inclusive referindo-se a julgados já comentados pelo último autor, que há situações em que, nada obstante não se coloque a questão de risco decorrente de atividade administrativas, a Administração foi condenada a indenizar prejuízo com base no dano anormal imposto a certos particulares em decorrência de posição lícita adotada na tutela do interesse geral. Um desses casos, vale dizer, envolveu o não cumprimento de decisão judicial pelo Estado para evitar perturbação pública – CE, 30 de novembro de 1924, *Couitéas* (*Direito administrativo*. Trad. por Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Almedina, 1981 – original de 1975, p. 326-327). Percebendo a incoerência da nossa doutrina e jurisprudência ao manejar a teoria do risco para explicar a responsabilidade objetiva da Administração por danos causados a terceiros, mas propondo que a aplicação de tal teoria restrinja-se a situações de ações estatais lícitas que gerem esses prejuízos, ver HACHEM, Daniel Wunder. O Estado responde objetivamente pelo suicídio de preso ocorrido no interior de estabelecimento prisional. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III. p. 362-364.

Nessa última hipótese, em havendo condenação do Poder Público por fatos alheios à sua real capacidade de atuação sob dadas circunstâncias, teríamos a nossa frente um fenômeno que provavelmente escaparia ao âmbito da responsabilidade civil, resvalando na órbita de uma política securitária que, sem ser bem definida, sofreria grandes riscos de ser mal realizada por seus protagonistas.

3. SUSPEITA DA INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DO RISCO PARA EXPLICAR TODOS OS CASOS EM QUE SE IMPUTA AO ESTADO RESPONSABILIDADE OBJETIVA QUANTO À REPARAÇÃO DE DANOS

A primeira insuficiência nos parece que seja considerar a “violação da lei” um princípio apto a justificar um pleito indenizatório.

Por trás de um texto legal (ou constitucional) escrito existe um motivo, uma finalidade que foi a razão de ser da regra em comento e que, por tal razão, deve nortear seu aplicador de forma a evitar sua incidência lotérica em uma dada situação.

No caso da responsabilidade civil, o mais importante princípio de Direito natural⁸ em que repousa o § 6º do art. 37 da Constituição é, a nosso ver, o *neminem laedere*⁹⁻¹⁰, ou seja, o dever de “não prejudicar” o próximo.

8. Sobre a retomada da expressão “direito natural” como espaço para crítica e evolução do direito positivo no pós-II Guerra Mundial, ver LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 78-79. Sobre o papel do direito natural na dinâmica do ordenamento jurídico estatal, em especial, como repertório de valores ideais a orientarem a aplicação do direito positivo, ver REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44 e ss.

9. “Para conceber um ordenamento jurídico reduzido a uma só norma particular, seria preciso erigir em norma particular a ordem de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*)” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. São Paulo: UNB, 1997. p. 33). Tal dever também é reiteradamente lembrado por Rogério DONINI em seus estudos, ao lado dos de “viver honestamente” e de “dar a cada um o que é seu”, máximas que refletem o ideal de uma aplicação justa do direito, que podem ser reunidas sob o *locus* princípios gerais de direito (A complementação de lacunas no Código Civil. Continua a vigor o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil? *Revista da Academia Paulista de Direito*, v. 4, São Paulo, jul.-dez. 2012. p. 242), ou sob o *locus* direito natural, a servir sobretudo para a construção da norma em concreto a partir do texto legal. Sobre a construção da norma jurídica tendo por ponto de partida, mas não de chegada, o da literalidade do texto legal, ver GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22 e ss. Sobre o papel da argumentação desenvolvida pelas partes perante um juiz para o desempenho de tal tarefa, ver PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 481 e ss.; PINHO, Fabiana. O logos, pátos and ethos in judicial argumentation.

Logo, a razão primeira que justificaria um pleito indenizatório formulado pelo particular em face do Estado seria este ter sofrido um *prejuízo patrimonial provocado diretamente uma ação estatal*¹¹, o que lhe autorizaria buscar a respectiva recomposição.

Mas tanto bastaria para que o sucesso da empreitada prescindisse da avaliação do dolo ou culpa do servidor que, agindo em nome da Administração, tenha causado tal dano?

Muitas vezes não.

Mesmo que, pelo texto constitucional, não se exija prova de culpa da conduta estatal para que a vítima de um dano obtenha sua reparação, esse tipo de pretensão comumente se dá em contextos nos quais o prejuízo por ela suportado decorre de ilícito na atuação do agente público.

Ou seja, ainda que o ônus probatório a cargo lesado seja mitigado para fins de acolhimento do pleito de ressarcimento, muitas vezes o que se questiona em juízo, em moldes análogos ao que se dá em discussões de responsabilidade civil travadas

In: CLUYSENAER, Liesbeth Huppés; COELHO, Nuno M. M. S. (ed). *Aristotle on emotions in law and politics*. Cham/Switzerland: Springer, 2018. p. 133-153.

10. Em sentido próximo do ora defendido é a posição de Marcelo Meireles LOBÃO, segundo o qual o fundamento da responsabilidade civil do Estado seria a necessidade de respeito aos direitos constituídos, já que os direitos subjetivos mereceriam por si só proteção, independentemente do recurso a outros princípios para justificar o ônus de a Administração indenizar os prejuízos que sua atuação impõe aos particulares (*Responsabilidade do Estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-54). Miguel S. MARIENHOFF, por sua vez, observa que os riscos sociais possam ser a causa do dano, mas não são o fundamento para a responsabilidade civil do Estado, o qual repousaria em uma série de princípios inerentes à ideia de Estado de Direito, como o que proíbe lesão a direito de outrem e o que determina que se dê a cada um o que é seu, todos dirigidos a conferir segurança jurídica e tutela ao administrado (*Tratado de derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975 t. IV. p. 696 e ss.).
11. Essa assertiva propositadamente deixa de fora a difícil questão das “omissões” estatais que, como observado por parte da doutrina, não poderiam ser “causa” naturalística de um dano, mas simplesmente “condição” para sua ocorrência (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1029-1034; ZANCANER, Weida. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo de causalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III. p. 294), em situações nas quais o Estado teria o dever e a capacidade de impedi-la. Voltaremos ao problema mais à frente, no corpo do texto.

entre privados, é se um preposto estatal agiu ou em abuso de poder¹², ou com a intenção de prejudicar terceiro ou sem observar deveres de cuidado objetivo em sua conduta (i.e., com negligência, imprudência e imperícia), fatores tidos por determinantes para a causação de uma lesão¹³.

Logo, ainda que para o êxito de uma ação judicial de ressarcimento não haja necessidade de demonstração de dolo ou culpa da conduta estatal, essa discussão, de fato, acaba ocorrendo rotineiramente nos Tribunais e inclusive é bastante relevante para arbitramento de indenizações perseguidas a título de dano moral, sede em que a argumentação dos juízes a respeito reiteradamente faz alusão à “reprovabilidade” do comportamento que causou o dano, e correspondente necessidade de seu aprimoramento no porvir, como elemento a justificar eventual exasperação do valor a ser pago à vítima da lesão¹⁴⁻¹⁵.

12. LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no Direito Brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP*, v. 101, São Paulo, FADUSP, jan.-dez 2006. p. 114 e ss.

13. Art. 927, *caput*, do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por sua vez, assim dispõem os arts. 186 e 187 de tal diploma: art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm]. Acesso em: 12.08.2018.

14. Explorando a possível relação entre o instituto da responsabilidade civil do Estado e o dever de boa administração, ver NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade extracontratual do estado: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação ao comportamento administrativo? *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 22, n. 58, p. 35-54, São Paulo: EPM, abr.-jun. 2021; e CUNHA FILHO, Alexandre C. da. Responsabilidade civil e governança pública: um ensaio sobre a importância do desenho institucional da responsabilidade civil do Estado para o bom funcionamento da burocracia estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MARRARA, Thiago; PEDREIRA, Ana Maria; NOHARA, Irene P. (Org.). *Responsabilidade do Estado – estudos em homenagem ao prof. Edmir Netto de Araujo*. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 163-175.

15. Ilustrando o ponto, confira-se: “Apelação. Responsabilidade civil do Estado. Pretensão da autora tendente à condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano moral em razão de atropelamento do filho dela (ora apelante) por composição ferroviária. Admissibilidade em parte. Observância ao decidido pelo colendo Superior Tribunal Federal mediante o julgamento, sob repercussão geral, dos recursos especiais 1.210.064/SP e 1.172.421/SP. Hipótese de culpa concorrente. Concessionária que não cumpriu o respectivo dever legal consistente em adoção de medidas para a prevenção de acidentes. Por outro lado, vítima que agira imprudentemente ao transitar sobre linha férrea. Indenização devida. Fixação,

Dessa forma tem-se que a indagação do caráter ilícito de uma conduta geradora de dano pode ser mais importante do que a noção do “risco” por ela gerado para fins da configuração da responsabilidade civil do Estado em dadas circunstâncias¹⁶.

Além disso, nos termos do que prevê o § 6º do art. 37 da Constituição, também é possível que condutas lícitas do Estado, ao prejudicarem cidadãos, autorizem a formulação de pedidos de indenização com fulcro no postulado da responsabilidade objetiva, o qual, contudo, depende, a nosso ver, da existência de circunstâncias que justifiquem o manejo do instituto, como a célebre menção feita pela doutrina, e que encontra previsão expressa no nosso Código Civil¹⁷, quanto à existência de uma atividade pública que, por sua natureza, normalmente implique *risco* de lesão a direitos individuais ou coletivos¹⁸.

Afinal de contas, não nos parece razoável que se busque a responsabilização da Administração por dano imposto ao particular independentemente de culpa com base em dispositivo constitucional que consagraria tal dever com base na *teoria do risco* se, na situação examinada, a iniciativa estatal relacionada com o prejuízo gerado não acarrete, por características que lhe são próprias, maior risco de lesão a direitos do que outras desempenhadas pelo Estado na persecução do bem comum.

O fato de uma *tarefa de interesse geral ser perigosa* (= potencialmente afetar negativamente esfera jurídica alheia) e acabar por *comprometer bens jurídicos de alguns*

porém, do montante de oitenta mil reais (R\$ 80.000,00) que é razoável e proporcional face à reciprocidade de culpas, à gravidade do dano, à capacidade econômica das partes e ao grau de reprovabilidade da omissão estatal. Sentença reformada. Recurso provido em parte, portanto” (TJSP, Apelação Cível 1006551-07.2016.8.26.0361, rel. Encinas Manfré, 3ª Câmara de Direito Público, Foro de Mogi das Cruzes, – 5ª Vara Cível, j. 08.02.2021, Data de Registro: 17.02.2021).

16. “(...) é necessária grande cautela quanto à defesa da possibilidade de responsabilização do Estado por atos lícitos. Adota-se o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica. (...) haverá ilicitude quando, no exercício de competências legítimas, o Estado deixar de adotar as cautelas inerentes ao dever de diligência” (JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do estado. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do estado* (Org.). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 232-233).
17. Parágrafo único do art. 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm]. Acesso em: 12.08.2018.
18. Para uma visão ampla do tema sob uma perspectiva do Direito Privado, ver GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77 e ss.

cidadãos em proveito dos demais seriam elementos a justificar um tratamento diferente aos pleitos de recomposição patrimonial decorrentes de danos sofridos em tal contexto quando comparados a outros experimentados no âmbito de missões administrativas não revestidas de tais características¹⁹.

Tal hipótese de responsabilidade objetiva estatal seria, portanto, uma conjugação entre as ideias de *risco criado* com iniciativa desejada sob a perspectiva coletiva e a especialidade do dano suportado por um indivíduo em razão da referida prática, ainda que esta tenha se desenvolvido em observância à disciplina legal e regulamentar que rege seu exercício e que, assim, seja lícita.

Mas essa é a única forma de responsabilidade objetiva que, com fulcro no § 6º do art. 37 da Constituição, busca-se atribuir ao Estado?

Como sabemos, não; apesar de a retórica do *risco*, talvez pela força da tradição, normalmente ser utilizada como lastro para legitimar toda sorte de indenizações pleiteadas por danos advindos de condutas estatais lícitas²⁰.

Antes de buscarmos entender qual o real fundamento que está por trás dessas pretensões, façamos uma breve sistematização das hipóteses que podem ensejar a responsabilidade civil do Estado.

19. E o risco, como característica de algumas atividades estatais, tem o condão de justificar um tratamento jurídico específico no que se refere à facilitação da busca de reparação por parte de indivíduos lesados em decorrência de uma ação de tal índole, já que nelas algumas vezes não é possível atribuir a causa do dano a uma conduta individual, mas sim ao funcionamento defeituoso de todo um aparato organizado para o desempenho impessoal de determinadas tarefas. A respeito, confira-se a seguinte passagem da lição de José Cretella Júnior, em que o autor discorre sobre as diferenças na responsabilização por culpa e por risco: “A culpa é vinculada ao homem o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva. Pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, a coisa, pelo caráter impessoal e objetivo que a caracteriza. Não se podendo estabelecer o vínculo preciso, pela especificação do agente, responsabiliza-se a causa do dano, mediante a individuação de um fato gerador meta-humano, mas nem por isso desprezado, já que desencadeou o processo danoso” (*Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo – Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. VIII. p. 286).

20. Para uma crítica pertinente a respeito, ver ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A importância da noção de imputação para a adequada compreensão do nexo de causalidade em matéria de responsabilidade do Estado. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 498-499; HACHEM, Daniel Wunder. O Estado responde objetivamente pelo suicídio de preso ocorrido no interior de estabelecimento prisional. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III. p. 363.

3.1. Responsabilidade do estado por comportamento lícito e ilícito – proposta de sistematização

Independentemente das circunstâncias em que se deram determinado evento danoso relacionado a uma atividade administrativa, é comum ver a respectiva vítima apresentar seu pleito de reparação fundado na responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes em que previsto o instituto no § 6º do art. 37 da Constituição da República.

Contudo, seguindo o raciocínio exposto até aqui, para a configuração do dever de indenizar por parte da Administração, o principal fundamento seria a existência de uma violação ao patrimônio de uma pessoa decorrente de um ilícito imputável à Administração.

Tal ilícito, quando materializado em uma ação ou omissão atribuível a um servidor determinado, corresponde a uma conduta dolosa ou culposa, que funcionou como causa (ou condição *sine qua non*) do prejuízo suportado pela vítima.

Apenas em não sendo possível identificar o preposto estatal que teria, com seu proceder impróprio, causado ou permitido o dano²¹ é que se questionaria sobre a existência de algum outro fundamento além do dolo e culpa individual a legitimar o pedido de indenização feito pelo lesado, entre os quais destacam-se a ideia de falha anônima do serviço ou de responsabilidade objetiva com base na ideia de risco (ou em outra razão que normalmente carece de maior elaboração por parte da doutrina).

Na nossa concepção, portanto, uma ação (um fazer) administrativa(o) só seria ilícita(o) caso possível precisar uma conduta humana dolosa ou culposa que tenha causado um dano. Fora disso, o que haveria seria uma ação/atividade lícita que, se levou a um prejuízo particular, pode ensejar o dever de indenizar por parte do Estado desde que atendidas certas circunstâncias.

Por outro lado, se atribui-se a uma omissão estatal a causa de um dano, tendo em vista que, sob uma perspectiva fenomênica, de um “não fazer” não pode redundar algo, o que se imputa à Administração na verdade é ela não ter impedido um resultado que deveria (e poderia) ter sido evitado através do seu normal funcionamento.

Uma omissão ilícita, nesse sentido, seria uma falha no desempenho de uma competência pública, um defeito de organização de uma prestação de serviço que, não

21. Isso partindo do pressuposto que toda a atividade estatal é desenvolvida, pelo menos até os dias que correm, pela vontade de indivíduos (DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913. p. 231-232), sejam esses mais ou menos identificados em um encadeamento de fatos relacionados a um serviço público que tenha redundado em dano ao cidadão, (mas em um quadro que poderá trazer novos desafios com a tendência de emprego de técnicas de inteligência artificial na gestão administrativa).

funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, quando poderia-deveria ter funcionado de outro modo.

Impor-se ao erário a obrigação de compensar uma lesão oriunda de um “não fazer” fora do quadro delineado, assim, seria compeli-lo a arcar com um dano experimentado pelo cidadão em decorrência de um “não agir” lícito, o que, assim como se dá com o “agir” lícito, só se justifica se soubermos o porquê de se conferir tal encargo à coletividade (já que a coisa pública, apesar de rotineiramente ser maltratada entre nós, é de todos – e não de ninguém, como por vezes aparenta ser²²).

Eis uma síntese do modelo ora desenhado no que se refere às situações que ensejam responsabilidade civil do Estado:

Conduta	Identificação do Agente	Dolo ou culpa	Fundamento da indenização
ação	sim	sim	Dano causado por ilícito
ação	não	não	Dano causado por lícito – risco, isonomia ou outro fundamento
omissão	sim	sim	Dano causado por dolo ou culpa do servidor que poderia-deveria ter agido para evitar a lesão – ilícito
omissão	não	não	Dano causado por falha (anônima) do serviço – não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente quando deveria-poderia ter funcionado para evitar a lesão – ilícito por violação de padrão de qualidade razoavelmente esperado do serviço

Fonte: elaborado pelo autor.

Partindo de tais premissas, vejamos quatro hipóteses em que se persegue a condenação da Fazenda a indenizar prejuízo suportado por um particular, causado ou condicionado por atividade estatal, independentemente da existência de culpa ou

22. Revelando preocupação a respeito, confira-se passagem da reflexão de Alexandre Santos de Aragão ao tratar do alcance do instituto da responsabilidade civil do Estado entre nós: “Para alguns, esta superproteção pode ser vista como um avanço do direito brasileiro em relação ao de outros países, mas outros podem vê-la como, na verdade, um nível de preocupação não muito elevado com o erário da coletividade, como uma emanção da consciência brasileira de ver o Estado menos como uma ‘res publica’ e mais como uma ‘res nullius’” (Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista dos Tribunais*, n. 824, jun. 2004, p. 65).

dolo na conduta ativa ou omissiva de um agente público determinado, exercício útil para tentarmos descobrir qual fundamento legitimaria esse tipo de pretensão.

4. APLICAÇÃO DO MODELO PROPOSTO PARA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ALÉM DO RISCO)

Tendo em vista a sistematização sugerida para as hipóteses de responsabilidade civil do Estado independentemente de dolo ou culpa (de um agente determinado), passemos à análise de alguns pleitos indenizatórios relacionados a ações estatais lícitas e a omissões estatais ilícitas (estas não imputadas especificamente a um dado servidor), nos quais, ao menos a nosso ver, a questão do risco administrativo não se coloca.

4.1. *Serviço público*

Se conceituarmos serviço público como uma atividade prestacional a cargo do Estado dirigida a fornecer utilidades para os indivíduos, é difícil imaginar como esta, em condições normais, implicaria riscos maiores aos direitos individuais do que aqueles aos quais estes estão naturalmente sujeitos na ausência de intervenção pública.

Tomemos, como exemplo, as tarefas assumidas pela organização política nos âmbitos da saúde, assistência social e educação.

Caso um usuário desses serviços experimente um dano no momento da sua fruição (exemplo: divulgação de prontuário médico na internet em razão de ataque hacker, junto com os dados de milhares de outros pacientes), faz sentido que a Fazenda seja condenada a pagar a reparação pretendida mesmo se desincumbindo do ônus de demonstrar que seus prepostos, na situação posta, agiram de forma diligente e conforme a real capacidade do estabelecimento em que se deu o atendimento, de acordo com um parâmetro mínimo de eficiência esperado para a atividade?

A nosso ver, não, ou pelo menos não com fulcro na teoria do risco ou de violação da isonomia.

4.2. *Isonomia sem risco*

Outros casos há em que uma atividade estatal lícita e não perigosa pode causar danos e justificar pedidos de reparação por parte do particular prejudicado com base no princípio da isonomia.

É o que se tem, por exemplo, quando em decorrência de determinações em matéria urbanística são impostas restrições especiais e importantes à esfera de liberdade de alguns em prol do bem-estar coletivo.

A adequada ordenação da cidade em nosso sistema, como se sabe, é ônus do Município e depende do manejo de medidas de polícia administrativa para concretizar-se.

Estando a limitação das faculdades individuais no bojo de um regulamento do Executivo que crie deveres ou sujeições a um grupo mais ou menos restrito de pessoas, produzindo benefícios a um grupo consideravelmente maior (do que se extrai o interesse público a justificar a sua adoção), pode surgir a indagação se aquelas, por suportarem encargo que não se estende as demais, teriam direito a alguma reparação a ser custeada pelo erário.

Como um ato de tal índole, fruto do planejamento estatal dirigido à consecução de certos objetivos, acaba por delimitar os próprios confins dos direitos que são assegurados pela legislação aos munícipes, eventual compensação que seja reconhecida aos atingidos nesse contexto não o seria pelo fato de a atividade governamental de ordenação ser perigosa, mas por ter incidido de forma desigual entre pessoas que deveriam ser tratadas de modo isonômico pela organização política²³.

4.3. Enriquecimento sem causa

Outro motivo que justifica um pleito de reparação em face do Estado que não está relacionado com a ideia de risco é o postulado da vedação do enriquecimento sem causa.

23. SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais do Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. III. p. 1128 e ss. Sobre o ponto registre-se que o autor vai além, entendendo poder haver responsabilidade civil do Estado no que se refere à violação do dever de boa-fé objetiva para com os particulares que tiverem tido prejuízo ao confiarem no plano firmemente exposto e não cumprido pelo Poder Público, outro exemplo que, como se vê, em nada está relacionado com risco gerado pela atividade administrativa. Destacamos a passagem: “Compreende-se que ao Poder Público seja dado, a qualquer momento modificar seus planos. A relação que se estabelece entre o Estado e o particular, em razão da lei que aprovou plano econômico, não é de natureza contratual. Não tem, portanto, o particular, direito subjetivo público a exigir que o Estado mantenha o plano. Assim a eventual alteração que sobrevier não encontrará barreira no princípio constitucional que impede tenha a lei efeito retroativo, pela razão fácil de que inexiste, em tais hipóteses, como se disse, direito adquirido. Conquanto possa sempre o Estado alterar seus planos, há situações, contudo, em que a modificação causa tal prejuízo aos particulares e desmente de forma tão acentuada as promessas firmemente feitas pelo Poder Público que importaria grave lesão à justiça material não reconhecer direito à indenização” (p.1128). Sobre o tema ver ainda MAFFINI, Rafael Da Cás; RIGON, Josiane. A proteção ressarcitória do Estado e o princípio da proteção da confiança. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 265, Rio de Janeiro, FGV, jan.-abr. 2014. p. 56 e ss.; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 196 e ss.

Casos há em que a Administração, mesmo realizando atos contrários à lei, não lhes pode conferir o singelo efeito propugnado para as nulidades sob pena de obter vantagem à custa de terceiro que não teria dado causa ao vício.

É o que ocorre, por exemplo, quando se anula um concurso ou uma licitação após o Poder Público já ter usufruído dos serviços ou mercadorias objeto dos vínculos resultantes de tais procedimentos.

Outra hipótese em que se pode pretender reparação da Administração tendo por fundamento a vedação do enriquecimento sem causa, e não o potencial risco de lesão a direitos de terceiros decorrente de suas atividades, é aquela na qual a Fazenda, sob o pretexto de ausência de previsão contratual expressa, deixa de incluir atualização monetária em pagamentos feitos em atraso para o administrado.

4.4. *Solidariedade*

Se formos entender, como proposto, que omissões estatais só poderiam ensejar a responsabilidade civil do Estado quando tenham sido causa do dano suportado pelo particular, ou seja, em situações nas quais o Poder Público não só teria o dever de agir, como teria condições de, em agindo, evitar o prejuízo em tela, ficaríamos sem resposta para o porquê de a jurisprudência por vezes reconhecer o direito de vítimas serem indenizadas pelo erário por omissões que dificilmente poderiam ser consideradas como relevantes para determinado desfecho naturalístico lesivo.

Tomemos como exemplo a respeito precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça sobre o dever de o Estado arcar com reparação patrimonial em favor de familiares de detento que se suicida quando sob custódia do sistema carcerário²⁴.

Para esse tipo de evento pode-se questionar se, apesar de o Estado não ter sido negligente nos cuidados reservados a um determinado preso, faria sentido condená-lo ao pagamento de indenização para herdeiros de indivíduo que tenha resolvido, quicá por meio de destreza na obtenção de objetos cortantes em um estabelecimento prisional bem gerido, tirar sua vida.

24. O tema inclusive é objeto de tese jurisprudencial compilada pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “O Estado responde objetivamente pelo suicídio de presos em estabelecimento prisional” (tese 10, Edição 61). A incongruência entre tal posicionamento e o expresso na tese 5 da Corte (“A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência da atuação estatal, o dano e o nexo de causalidade”), é objeto de considerações por HACHEM, Daniel Wunder. O estado responde objetivamente pelo suicídio de preso ocorrido no interior de estabelecimento prisional. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III. p. 355-373.

Ou seja, o que se indaga a respeito é sobre o fundamento que justifica a imposição desse tipo de dever ao erário, uma vez que, como determinado prejuízo não poderia ser evitado mesmo através de uma ação estatal eficiente, a conduta do Poder Público não poderia ser tida como sua causa, condição prevista para a incidência do § 6º do art. 37 da Constituição a um pedido de reparação, isso ao menos segundo a gramática do dispositivo.

Uma hipótese a explicar tal raciocínio dos Tribunais, embora normalmente não constante das razões expressas nos respectivos julgados, pode ser o entendimento de que, para determinadas circunstâncias, o dano suportado pela vítima seja tido como desproporcional para ser suportado só por ela²⁵⁻²⁶, a reclamar uma atuação quase que securitária por parte da organização política²⁷, que assim assume a função de redistribuir esse encargo entre todos os integrantes da coletividade²⁸.

Seria uma espécie de reflexo do vínculo de solidariedade que deve existir entre os integrantes de um viver em comum. Isto é, como para viabilizar a produção material e espiritual necessária para a existência em conjunto, as pessoas estabelecem laços de interdependência entre si, caso uma delas sofra um ônus avaliado como muito severo, pode haver uma decisão político/jurídica no sentido de compartilhá-lo entre as demais, medida que permite que este seja melhor absorvido pelo todo do qual a vítima faz parte²⁹.

Nada obstante, como tal tipo de deliberação, no nosso sentir, envolve argumentos não exclusivamente jurídicos, é um tanto delicado que juízes simplesmente

25. FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 177 e ss.; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 54 e ss.

26. "(...) para haver responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, deve existir um ilícito. E se o ilícito não se situar na conduta do agente, deve ao menos situar-se no resultado (dano)" (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade civil do Estado in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, ano 2, v. 8, São Paulo, maio de 2014-B. p. 165).

27. Pontuando a problemática, ver MENDONÇA, José Vicente Santos de; FREITAS, Thamar de Simone C. Responsabilidade do Estado: entre pipas, balas perdidas e omissões. In: GAULIA, Cristina T. et al. (Coord.). *Controvérsias do direito administrativo: breves notas em homenagem ao prof. Jessé Torres*. Rio de Janeiro: Emerj, 2021. p. 103-104.

28. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 235 e ss.

29. Sobre a importância de o Estado, por meio de serviços públicos (entre os quais nós poderíamos incluir, em sentido amplo, a própria jurisdição a cargo dos Tribunais), fortalecer os vínculos de interdependência social entre os integrantes da comunidade, ver DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Armand Colin, 1913. p. 44 e ss.

criem obrigações de caráter securitário para além do quadro normativo vigente, sem ao menos terem claro que assim estão fazendo³⁰.

Essa consciência é pressuposto para que as decisões desse tipo, veiculando de modo expresso os motivos que foram determinantes para o julgamento, ensejem a chance de contraposição adequada por parte dos envolvidos, inclusive no que se refere a possíveis efeitos sistêmicos das escolhas feitas na interpretação da legislação que rege a matéria.

5. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA AGENDA DE PESQUISA

Nada obstante os estudiosos do Direito Administrativo normalmente identificarem no § 6º do art. 37 da Constituição a base normativa para todo e qualquer pleito indenizatório que é formulado em face do Estado³¹, a qual teria incorporado a noção de “risco” como fator a justificar que mesmo atuações estatais lícitas possam ensejar reparação do erário, um olhar atento à realidade revela que tal explicação é insuficiente para a compreensão da forma pela qual o instituto da responsabilidade civil ganha vida na jurisprudência dos nossos Tribunais³².

30. Delicado, mas não incomum em um Estado de Direito nos moldes do nosso, sistema em que o Judiciário é rotineiramente chamado a arbitrar disputas envolvendo pretensões de caráter nitidamente redistributivo, como observado por ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question social – repenser l’État-providence*. Paris: Éditions du Seuil, 1995. p. 66.

31. Ainda que se encontre outros fundamentos normativos na Constituição para justificar tal dever atribuído ao Estado, sobretudo para a interpretação de hipóteses em que se defende responsabilidade do Estado sem possibilidade de alegação de qualquer cláusula excludente apta a afastá-la, como se dá no caso de danos nucleares (art. 21, XXIII da Constituição), o debate doutrinário em tela se dá em sua quase totalidade em torno do § 6º do art. 37 da Constituição. Para os momentos em que o assunto é referido na nossa Carta Política, ver PEDREIRA, Ana Maria. O princípio da precaução na atividade administrativa e a responsabilidade do Estado – uma nova teoria. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MARRARA, Thiago; PEDREIRA, Ana Maria; NOHARA, Irene P. (Org.). *Responsabilidade do estado: estudos em homenagem ao prof. Edmir Netto de Araujo*. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 118-119.

32. Sobre a jurisprudência como fonte de Direito em nosso sistema, ver FEDERIGHI, Wanderley José. *Jurisprudência e direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. Sobre o fenômeno em um país de Common Law, onde a ideia é aceita com mais naturalidade, ver DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge/Massachussets: Harvard University Press, 1977. p. 1 e ss, p. 82 e ss. Sobre o papel da jurisprudência e da doutrina italiana no desenvolvimento, para além da lei, da figura do abuso de direito naquele país, ver LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no Direito Brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP*, v. 101, São Paulo, FADUSP, jan.-dez 2006. p. 117.

Considerando que o dispositivo em comento estabelece que o Estado será responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, propomos uma primeira esquematização vocacionada a diferenciar, segundo sua licitude ou não, as condutas que possam ensejar, a partir de tal comando, indenização.

Entendendo como ilícito um comportamento doloso ou culposos que gere dano ao particular, parece natural, segundo o quadro normativo vigente, que o Estado faça a respectiva reparação.

Por outro lado, quando se está diante de uma ação ou omissão estatal lícita relacionada a um prejuízo, acreditamos ser imprescindível ficar claro o porquê de se condenar o Poder Público a indenizar sua vítima.

Em havendo uma ação lícita como causa do dano, só aí faria sentido se falar na necessidade de se fundamentar um pleito reparatório com fulcro na noção de risco administrativo³³.

Tal teoria, contudo, não resume todas as hipóteses nas quais o Estado é chamado a indenizar um terceiro por ato praticado sem dolo ou culpa.

Na nossa pesquisa destacamos, a título ilustrativo, outros fundamentos que podem explicar por que o erário é condenado nesse tipo de situação, a saber: isonomia e enriquecimento sem causa.

Ou seja, mesmo tendo agido em conformidade com o padrão de conduta que lhe era esperado/permitido, se um fazer do Estado causou um dano a terceiro em ofensa ao princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais³⁴ ou em violação do postulado de não poder se valer da própria torpeza em detrimento alheio³⁵, há amparo jurídico consistente para justificar o seu dever de indenizar o lesado.

Pode o Estado ser obrigado a indenizar o prejudicado em decorrência de outras ações lícitas? Em tese sim, mas é ônus da vítima, além de provar dano especial e anormal, explicitar qual seria o fundamento a legitimar sua pretensão.

No que se refere às omissões administrativas lícitas, isto é, que se dão sem que se possa qualificar o não agir do Poder Público como doloso ou culposos, buscar o motivo que justifica um sacrifício do patrimônio de todos para compensar um prejuízo suportado por alguém é tarefa ainda mais desafiadora.

33. Sobre o ponto ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade do estado por actos lícitos*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2019. p. 144 e ss.

34. BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do estado à luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade Civil do estado* (Org.). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20; LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 57 e ss.

35. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977. p. 23.

Como um não agir, naturalisticamente, não causa um dano, a responsabilidade do Estado, ao menos em princípio, só se justificaria em situações nas quais os seus agentes tivessem o dever de evitar um resultado lesivo, bem como condições materiais para, em concreto, fazê-lo.

Fora de tal hipótese, a rigor, nem se poderia falar que a omissão do Poder Público foi “causa” do dano, isso já que este teria ocorrido mesmo que o serviço a seu encargo tivesse funcionado a contento para impedir ofensa aos direitos dos cidadãos. Pense-se aqui numa enchente que alagou todo um bairro de uma cidade, isso apesar de os serviços públicos existentes para evitar tal infortúnio terem funcionado adequadamente dentro da sua capacidade instalada. Se o Estado for condenado a indenizar as vítimas nas circunstâncias descritas, qual seria o fundamento para tanto?

Especulamos que os Tribunais, ao reconhecerem obrigação de recomposição de perdas pela Fazenda em casos como tais, podem estar fundando suas deliberações em uma perspectiva de seguro social/dever de solidariedade, a qual, não encontrando amparo expresso no § 6º do art. 37 da Constituição, deve ser melhor esclarecida pelos respectivos juízes em suas sentenças, para o que o auxílio da doutrina pode certamente contribuir³⁶.

Registre-se, a respeito, que como para a construção da norma em concreto o intérprete parte do texto legal, mas constrói seu sentido a partir dos princípios/valores que lhe dão sustentação, podendo/devendo inclusive recusar sua aplicação literal na eventualidade de tanto se dar em sentido contrário à teleologia que justifica a regra, apenas com a clareza de quais são os princípios/valores em jogo em uma determinada disputa é que será possível aos julgadores bem se desincumbirem de sua missão de lhe dar solução adequada.

6. CONCLUSÃO

Neste estudo buscamos explorar quais fundamentos, por trás da literalidade do § 6º do art. 37 da Constituição, dão sustentação a obrigações de reparar danos que os Tribunais vêm impondo à nossa Administração Pública.

36. Para a problematização do elemento “nexo causal” como elemento necessário para configuração da responsabilidade civil do Estado, ver SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65 e ss.; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A importância da noção de imputação para a adequada compreensão do nexo de causalidade em matéria de responsabilidade do Estado. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 500 e ss.; NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade extracontratual do Estado: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação ao comportamento administrativo? *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 22, n. 58, São Paulo, EPM, abr.-jun. 2021. p. 45 e ss.

Esse tipo de indagação, que a nosso ver é imprescindível para a adequada compreensão do alcance do dispositivo em comento nas mais diversas situações em que a vítima de um prejuízo pretende obter ressarcimento do Estado, é pouco aprofundado em nossa doutrina, o que, por sua vez, compromete um debate mais qualificado a respeito nas lides que são submetidas ao Judiciário tendo por pano de fundo tal tema.

Em nosso percurso, destacamos a ilicitude do comportamento estatal como um fator relevante a explicar as hipóteses nas quais o erário é chamado a indenizar a vítima de um dano que tenha sido causado ou não impedido por serviços públicos a cargo da nossa organização política.

Ainda que em concreto possa não ser necessário que o lesado demonstre o dolo ou culpa da conduta que gerou o dano como condição para obter a respectiva compensação, não raramente essas questões são trazidas a juízo nessas demandas, seja na tentativa de a Fazenda provar a ausência de nexo causal entre sua atuação e o dano, seja como forma de afastar ou ao menos diminuir o valor pretendido pela vítima a título de danos morais.

No que se refere a danos relacionados a ações ou omissões estatais lícitas, ponderamos pela premência de estar claro o motivo pelo qual o Poder Público está sendo condenado a indenizar o prejuízo suportado por um terceiro.

Para as hipóteses dessa espécie é que seria útil, a nosso ver, lançar mão da Teoria do Risco para justificar indenizações por ações que causem prejuízo a alguns em ofensa à isonomia da distribuição de encargos que deve existir entre os integrantes de uma comunidade. No caso de um agir lícito também se põe um possível dever de indenizar por parte do Estado como corolário da concretização de argumentos principiológicos outros, como o da vedação do enriquecimento sem causa.

Já para circunstâncias em que não é possível caracterizar dolo ou culpa da omissão estatal como fator relevante para o advento de um determinado dano, sugerimos especial cautela por parte do intérprete do nosso ordenamento jurídico, isso pelo fato de que condenações do erário nesse contexto, embora ocorram, não encontram amparo expresso na redação do § 6º do art. 37 da Constituição.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade civil do Estado. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 7. p. 215-443.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, ano 2, v. 8, p. 147-173, São Paulo, maio de 2014-B.

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A importância da noção de imputação para a adequada compreensão do nexo de causalidade em matéria de responsabilidade do Estado. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 489-504.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. *Revista dos Tribunais*, n. 824, p. 63-75, jun. 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. São Paulo: UNB, 1997.
- BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de Direito Público. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do estado* (Org.). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-36.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A responsabilidade do Estado por actos lícitos*. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo – Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. VIII.
- CUNHA FILHO, Alexandre C. da. Responsabilidade civil e governança pública: um ensaio sobre a importância do desenho institucional da responsabilidade civil do Estado para o bom funcionamento da burocracia estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MARRARA, Thiago; PEDREIRA, Ana Maria; NOHARA, Irene P. (Org.). *Responsabilidade do estado – estudos em homenagem ao prof. Edmir Netto de Araujo*. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 163-175.
- DONNINI, Rogério. A complementação de lacunas no Código Civil. Continua a vigor o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil? *Revista da Academia Paulista de Direito*, v. 4, p. 233-248, São Paulo, jul.-dez 2012.
- DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 2012. (Reimpressão de 2 edição da obra lançada em 1938).
- DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*, Paris: Armand Colin, 1913. (Reimpressão em 1999 pela coleção La Mémoire du Droit).
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

- FEDERIGHI, Wanderley José. *Jurisprudência e direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HACHEM, Daniel Wunder. O Estado responde objetivamente pelo suicídio de preso ocorrido no interior de estabelecimento prisional. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores – Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III. p. 355-373.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do estado* (Org.). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LOBÃO, Marcelo Meireles. *Responsabilidade do estado pela desconstituição de contratos administrativos em razão de vícios de nulidade*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no Direito Brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP*, v. 101, p. 111-152, São Paulo, FADUSP, jan.-dez 2006.
- LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. São Paulo: Almedina, 2015.
- MAFFINI, Rafael Da Cás; RIGON, Josiane. A proteção ressarcitória do Estado e o princípio da proteção da confiança in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 265, p. 45-67, Rio de Janeiro, FGV, jan.-abr. 2014.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. t. IV.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de; FREITAS, Tamar de Simone C. Responsabilidade do Estado: entre pipas, balas perdidas e omissões. In: GAULIA, Cristina T. et al. (Coord.). *Controvérsias do Direito Administrativo: breves notas em homenagem ao prof. Jessé Torres*. Rio de Janeiro: Emerj, 2021. p. 101-104.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade extracontratual do Estado: por que condenamos o Estado e o que isso diz das nossas expectativas em relação ao comportamento administrativo? *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, ano 22, n. 58, p. 35-54, São Paulo: EPM, abr.-jun. 2021.

- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PEDREIRA, Ana Maria. O princípio da precaução na atividade administrativa e a responsabilidade do Estado – uma nova teoria. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; MARRARA, Thiago; PEDREIRA, Ana Maria; NOHARA, Irene P. (Org.). *Responsabilidade do Estado: estudos em homenagem ao prof. Edmir Netto de Araújo*. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 109-125.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizada por Gustavo Tepe-dino. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PINHO, Fabiana. O logos, páthos and ethos in judicial argumentation. In: CLUYSE-NAER, Liesbeth Huppés; COELHO, Nuno M. M. S. (ed). *Aristotle on emotions in law and politics*. Cham/Switzerland: Springer, 2018. p. 133-153.
- REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. (Original de 1975).
- ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l'État-providence*. Paris: Éditions du Seuil, 1995.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais do direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. III. p. 1123-1133.
- ZANCANER, Weida. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo de causalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Z.; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III. p. 289-300.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilidade objetiva do Estado e o livre exercício de informar: Recurso Extraordinário 1.209.429, de São Paulo, de Antonio Carlos Alves Pinto Serrano – *RDAI* 20/391-402;
- A zona cinzenta da responsabilidade: Limites e possibilidades de um conceito-chave do direito e da ética contemporâneos, de Diogo Justino – *RBCCrim* 161/31-55;
- As cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar no direito comparado, de Daniel Moraes Freire – *RT* 1040/91-110;
- Breves considerações acerca da responsabilidade objetiva do Estado à luz do Recurso Extraordinário 1209429-SP, de Isaac Villasboas de Oliveira – *RDAI* 21/319-327;
- Contratos administrativos e políticas públicas: A era do Estado contratualizado, de Vivian Cristina Lima López Valle e Luiz Felipe de Lima Rodelli – *RDAI* 18/21-40;
- Dever de indenizar, de Clóvis do Couto e Silva – *RDCC* 34/337-357; e
- Responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros por tabeliães e registradores: Comentários ao Recurso Extraordinário 842.846, de Carolina Reis Jatobá Coelho – *RDAI* 10/193-201.