

# O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DEMOCRATIZAÇÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

*THE PRINCIPLE STATE RESPONSABILITY AND THE VIOLATION OF THE RIGHT GOOD PUBLIC ADMINISTRATION: DEMOCRATIZATION OF ADMINISTRATIVE FUNCTION*

**Leonel Pires Ohlweiler<sup>1</sup>**  
Desembargador do TJRS

**RESUMO:** O presente artigo analisa o princípio da responsabilidade do Estado e o processo de constitucionalização do direito administrativo. A aplicação dos princípios da dignidade humana, solidariedade e proporcionalidade sobre o dever de indenizar da Administração Pública. Examina a responsabilidade do Estado por violação da boa administração pública. Destaca o caráter de direito fundamental e estuda a jurisprudência sobre o tema. Discute a importância do direito à boa Administração Pública como elemento da integridade do direito administrativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio; responsabilidade do Estado; constitucionalização; direito administrativo; dignidade humana; solidariedade; pro-

porcionalidade; boa Administração Pública; integridade.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the principle of State responsibility and the process of constitutionalisation of Administrative Law. The application of the principles of human dignity, solidarity and proportionality on the duty to indemnify the Public Administration. Examines the State responsibility for violation of good public administration. Underlines the character of a fundamental right and studie the case law on the subject. Discusses the importance of right to good public administration as part of the integrity of Administrative Law.*

**KEYWORDS:** *Principle; State responsibility; constitutionalisation; law administrative; human dignity; solidarity; proportionality; good public administration; integrity.*

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo do Unilasalle.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A responsabilidade extracontratual do Estado e a constitucionalização do direito administrativo; 2 O dever de indenizar do Estado por violação do direito à boa Administração Pública; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The State responsibility and the constitutionalisation of administrative law; 2 The duty to indemnify the State for violation of the right to good public administration; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade extracontratual do Estado constitui-se em tema de grande relevância para o direito administrativo brasileiro, não apenas pela expressa previsão no texto constitucional, mas por abarcar gama diversificada de atividades dos entes públicos que causam danos aos cidadãos. O processo de constitucionalização exerce papel significativo na compreensão do dever de indenizar, impondo aos agentes públicos, aos intérpretes e aos operadores jurídicos um novo olhar sobre a matéria. O direito à boa Administração Pública, como será analisado, é importante para o objetivo de aperfeiçoamento da gestão administrativa, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice.

Os administrativistas têm problematizado este direito, sendo que, nesta pesquisa, será relacionado com a responsabilidade extracontratual do Estado, indicando sua relevância para aprofundar o sentido constitucional do regime da Administração Pública.

Inicialmente, a fim de melhor situar o problema, será contextualizado o processo de constitucionalização do direito administrativo, com ênfase especial para os direitos fundamentais, colocando o cidadão como figura central do exercício da função administrativa. Quais as consequências desta importância relativamente ao princípio da responsabilidade do Estado? Na esteira de outros autores, como Juarez Freitas, será debatida a modificação no foco do dever de indenizar com o aprofundamento dos direitos fundamentais no agir das Administrações Públicas, além dos princípios da dignidade humana, solidariedade e proporcionalidade.

Na segunda parte, será examinado o direito à boa Administração Pública e sua importância para albergar uma série de elementos que integram o direito administrativo, com o foco de aprofundar os processos democráticos de gestão pública. Outrossim, quais as condições de possibilidade de aproximar este direito com a teoria da responsabilidade extracontratual do Estado? Tais questões são

importantes a partir da jurisprudência, especificamente nas hipóteses do dever de indenizar oriundo de omissões administrativas.

Ao longo da pesquisa, foram levantadas outras questões significativas, mas que, pelos limites deste texto, exigem a elaboração de outros estudos mais aprofundados.

## 1 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

### 1.1 A COMPREENSÃO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO A PARTIR DO HORIZONTE DE SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

O tema deste breve estudo, a responsabilidade extracontratual do Estado, não é novo no âmbito do direito administrativo, pois resultado do histórico processo de construção desta disciplina e da afirmação dos direitos dos cidadãos. No entanto, ainda é importante destacar as influências da constitucionalização das relações entre cidadãos e Administração Pública sobre o dever de indenizar do Poder Público. A constitucionalização deve ser compreendida como constante transformação do fenômeno jurídico, ocasionando a impregnação total pelas normas constitucionais, conforme destaca Ricardo Gaustini<sup>2</sup>, e não como ato isolado.

Obviamente este não é o espaço apropriado para debater as profundas mudanças de paradigmas ocasionadas pela constitucionalização do direito administrativo<sup>3</sup>, sendo imperioso referir a observação de Harmut Maurer sobre as relações entre direito administrativo e a Constituição: “Ela conduziu a transformações profundas, à recusa de concepções jurídicas tradicionais e ao reconhecimento de novos institutos jurídicos”<sup>4</sup>, salientando, inclusive, o

<sup>2</sup> La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

<sup>3</sup> Ver BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>4</sup> *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006. p. 21. O autor refere alguns princípios e impulsos jurídico-constitucionais que devem repercutir e repercutiram no direito administrativo: 1) com relação aos direitos fundamentais, as restantes prescrições constitucionais e os princípios constitucionais valem para o Estado como um todo, não existindo espaços juridicamente livres; 2) o reconhecimento constitucional das tarefas da administração de prestação e administração de direção exige o cuidado e desenvolvimento dos instrumentos jurídico-administrativos adequados para o cumprimento das

papel importante que a doutrina e jurisprudência assumiram, ora com postura dirigente e, até mesmo, por vezes, de ruptura decisiva. Como bem destacam Hans J. Wolf, Otto Bachof e Rolf Stober, a Constituição tem que ser capaz de regular a estrutura jurídica fundamental e fixar os seus limites no sentido de um *genetic code*<sup>5</sup>. De outra banda, a permanente dependência constitucional da Administração surge no fato de toda a decisão administrativa ser potencialmente uma decisão constitucional.

Contributo importante para a construção do direito administrativo constitucionalizado, entre outros importantes autores nacionais, é o trabalho desenvolvido por Juarez Freitas, ao apontar a relevância do controle das práticas administrativas a partir dos objetivos fundamentais da Constituição, previstos no art. 3º da Constituição Federal<sup>6</sup> e do direito fundamental à boa Administração Pública. Efetivamente, o horizonte de sentido da tradição dos direitos fundamentais é crucial no curso do processo de democratização substancial das relações entre cidadãos e Administração Pública, pois os agentes públicos devem adotar a postura de “defesa concreta da constitucionalidade”, como menciona o autor acima aludido.

Estabelecidas essas pré-compreensões, não se pode olvidar que, no caso brasileiro, o dever de a Administração Pública indenizar encontra substrato normativo no próprio texto da Constituição Federal, art. 37, § 6º. Segundo o dispositivo, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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.

Na medida em que compreender exige a tarefa constante de desvelar novas possibilidades, a compreensão da responsabilidade extracontratual do Estado impõe permanente postura de diálogo hermenêutico com a tradição, para utilizar o contributo de Hans-Georg Gadamer, ao defender a tese segundo

---

tarefas típicas da administração de prestação e administração de direção no sentido estatal-social e estatal-cultural; 3) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio determina que o indivíduo não pode ser tratado meramente como súdito da administração, mas como cidadão emancipado. Tal *status* tem como consequências, por exemplo, a reconhecimento de direitos subjetivos, de contratos entre cidadãos e administração, além da obrigação de a administração considerar em decisões discricionárias os interesses protegidos jurídico-fundamentalmente do cidadão individual.

<sup>5</sup> *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. I, 2006. p. 193.

<sup>6</sup> *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

a qual a tradição é companheira de diálogo<sup>7</sup>. Quando se fala de responsabilidade extracontratual do Estado, é sempre válido bem dimensionar que o instituto, ao longo de sua evolução, representou a superação do pensamento da irresponsabilidade<sup>8</sup> do Poder Público para a consagração da ideia de Estado de Direito<sup>9</sup>. Daí a observação interessante de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández, quando mencionam que a responsabilidade patrimonial dos entes públicos, junto com a legalidade, seriam os dois grandes suportes estruturais do direito administrativo, “*cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende, justamente, de su correcto juego*”<sup>10</sup>. Tais indicações são relevantes quando da análise do princípio da responsabilidade do Estado, pois sempre deverá haver uma espécie de compreensão mediada pela proporcionalidade dos diversos elementos fáticos e jurídicos do caso concreto.

De qualquer sorte, já é possível sugerir que pensar o tema desta pesquisa exige por parte do intérprete um olhar interdisciplinar, na medida em que a responsabilidade extracontratual do Estado é propícia para a problematização a partir do viés filosófico, sociológico, histórico e político das relações entre Administração Pública e cidadão; aliás, na linha de diversos estudos sobre a responsabilidade no campo do direito civil, cujo contributo para o tema é inegável e tanto influencia a compreensão do dever de indenizar do Poder Público<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> *Verdad y método*. Fundamentos de una hermenêutica filosófica. 5. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

<sup>8</sup> Não se poderia falar em irresponsabilidade absoluta, pois o dever de indenizar alcançava determinadas esferas das atividades públicas mesmo em tempos mais remotos, como alude Sérgio Severo (*Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4). O autor acrescenta que a transição do regime de irresponsabilidade foi jurisprudencial, gradual e contemporânea nos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica, apresentando algumas dificuldades no tratamento da matéria.

<sup>9</sup> Sobre o ponto, ver BORGES, Alice Gonzáles. 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. 17-36. A autora refere: “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” (p. 19).

<sup>10</sup> *Curso de derecho administrativo* – II. Madrid: Civitas, 1995. p. 355.

<sup>11</sup> No âmbito dos estudos da responsabilidade no direito civil, é fácil constatar a abertura do tema para os diversos ramos do direito, como o direito tributário, direito penal, direito administrativo, direito do consumidor, direito sanitário, direito empresarial, direito ambiental e direito de família. Outrossim, a responsabilidade civil é propícia para o debate com outros campos do conhecimento, como medicina, nos casos de responsabilidade civil por erro médico; jornalismo, quando investigado o problema da liberdade de imprensa, e especialmente com a ética, pois diversas vezes o exame do dever de cuidado exige questionar o comportamento ético de determinados agentes pertencentes às classes profissionais, como médicos, advogados, engenheiros, contadores, etc. Sobre o tema, ver LE TOURNEAU, Philippe.

Relativamente à incidência dos direitos fundamentais, a responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser repensada a partir deste paradigma, pois a aplicação do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal é ilustrativa da necessidade de contrapor as ações e omissões capazes de gerar o direito à indenização com os direitos fundamentais, plenamente oponíveis ao Poder Público. Como refere Juarez Freitas:

Eis argumento-chave a favor de uma acepção alargada: o sistema brasileiro consagra a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, oponíveis perante o Poder Público. Segundo tal raciocínio, as condutas comissivas e omissivas, uma vez presente o liame causal, serão ilícitas em sentido amplo, por agredirem direitos fundamentais, inclusive quando da execução equivocada de lei genuína.<sup>12</sup>

É crível dizer que os direitos fundamentais são cruciais para determinar o dever de indenizar por parte do Poder Público não mais a partir da ideia de legalidade, mas da concepção de violação da juridicidade. Como refere Paulo Otero:

A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-

---

*La responsabilidad civil*. Colômbia: Legis, 2008; LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. Colômbia: Legis, 2006; CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffré, 2006; LÓPEZ JACOISTE, José Javier. *La responsabilidad civil extracontratual*. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2010; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009; BATTISTINI, Eugênio. *Direito e economia*. Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011; GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>12</sup> Responsabilidade civil do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*, p. 170-171.

legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona.<sup>13</sup>

A investigação sobre a violação de norma jurídica, determinante da ação ou omissão administrativa capaz de gerar o direito à indenização, exige a compreensão segundo a qual, no Estado Constitucional de Direito, a legalidade é sempre uma legalidade juridicamente qualificada, por exemplo, pelos direitos fundamentais.

Mas, não se pode olvidar, os direitos fundamentais determinam a modificação do foco da responsabilidade extracontratual do Estado, pois já não mais centrada sobre a Administração Pública e a ilicitude praticada, e sim a existência de um dano causado pelo exercício da função administrativa<sup>14</sup>. A perspectiva preponderante passa a ser o cidadão, fruto da substantivação democrática das relações com o Poder Público, como menciona Pedro Machete, ao defender que a democratização da Administração Pública importa na centralidade do cidadão, ocasionando a juridicização da relação estabelecida, apresentando-se Estado e cidadão como titulares de direitos e obrigações recíprocas<sup>15</sup>.

Crucial, portanto, a partir desta ótica, é problematizar sobre a existência do que se convencionou chamar de dano injusto, sendo preferível a denominação dano ilegítimo. De qualquer sorte, o foco de atenção não é tanto a Administração Pública, mas a circunstância de que o cidadão sofreu um dano injusto, isto é, “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os

---

<sup>13</sup> *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15, nota 1.

<sup>14</sup> As reflexões aqui realizadas decorrem do plano de abordagem realizado por Caitlin Sampaio Mulhollan, no âmbito da responsabilidade civil, na monografia intitulada *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, bem como do trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes, na obra *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>15</sup> *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 444. O autor sustenta a ideia de uma Administração Pública paritária, mas não no sentido de que cidadão e Poder Público estão em situação absolutamente igual, mas que as prerrogativas do Estado devem ser exercidas no âmbito do marco da relação jurídica, sempre legitimamente fundado em normas jurídicas, reconhecendo as posições constitucionais dos cidadãos.

interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”<sup>16</sup>. É certo que na tradição da responsabilidade extracontratual do Estado há muito se trabalha com as hipóteses de responsabilidade por atos lícitos, nas circunstâncias especiais em que o Estado, no exercício do seu poder administrativo, viola direitos dos cidadãos, admitindo-se a indenização com base na garantia equânime da repartição dos ônus provenientes de atos estatais lesivos (princípio da igualdade)<sup>17</sup>.

No entanto, a partir da compreensão constitucional do tema, é acertada a observação de Juarez Freitas, no sentido da necessidade de ultrapassar esta dicotomia<sup>18</sup>.

O dever de indenizar do Estado, assim, no horizonte de sentido da Constituição, desempenha, ainda que de forma indireta, a relevante função de controle da legitimidade constitucional do exercício das funções estatais e contribui para aprofundar o processo de democratização da Administração Pública. A própria ideia de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, operando uma espécie de presunção do ônus probatório a favor do cidadão, já labora com esta perspectiva.

Considerando a ampla gama de construções teóricas no âmbito dos direitos fundamentais, para fins de concretizar algumas de suas influências no campo da responsabilidade do Estado, faz-se mister referir a possibilidade jurídica de violação de direitos fundamentais como direitos de defesa<sup>19</sup> originarem o dever de indenização, assim como a antijuridicidade decorrente de condutas omissivas que violem direitos fundamentais a prestações positivas<sup>20</sup>, sempre destacando a necessidade de compreensão proporcional das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

No horizonte dessas pré-compreensões, são relevantes as implicações do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, explicitado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, sobre a compreensão da responsabilidade

---

<sup>16</sup> Cf. MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais, p. 179.

<sup>17</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 997.

<sup>18</sup> *Responsabilidade civil e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância*, p. 178-179.

<sup>19</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 33.

<sup>20</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 40.

extracontratual do Estado. Como menciona Ingo Wolfgang Sarlet, entende-se por dignidade humana

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>21</sup>

Portanto, a partir de sua concretização no direito administrativo, o cidadão ocupa papel de centralidade nas relações com a Administração Pública, impondo-se ao ente público o exercício de suas funções, especialmente àquelas de caráter restritivo, considerando a posição jurídica dos cidadãos, bem como evitar omissões degradantes da condição existencial da pessoa humana. Em síntese, a função administrativa deve orientar-se por um caráter de proteção da comunidade, obviamente, sem divorciar-se do horizonte constitucional das funções estatais.

Corolário, especificamente com relação ao dever de o Estado indenizar, a dignidade humana ocupa papel de destaque: (a) na qualificação jurídica dos danos ilegítimos, especialmente aqueles decorrentes de violação dos direitos da personalidade, como práticas administrativas discriminatórias ou que não respeitem as diferenças e as posições jurídicas dos cidadãos, além de danos oriundos de atos de tortura ou violação de garantias processuais; (b) relativamente à quantificação do valor de indenização por danos extrapatrimoniais, ensejando a compreensão proporcional com os demais direitos e interesses que estão em jogo em cada caso concreto; e (c), por fim, a renovada compreensão do nexo causal, destacando-se sua ampliação e alargamento em situações peculiares<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

<sup>22</sup> Sobre estes itens, relacionados à responsabilidade civil, ver MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, p. 69-75.

## 1.2 SOLIDARIEDADE, PROPORCIONALIDADE E A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Assim como a dignidade da pessoa humana, o princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, inciso I, da CF) igualmente é relevante na compreensão constitucionalizada do dever de indenizar da Administração Pública. Muito embora as dificuldades para delinear indicações do sentido de solidariedade, a tradição do pensamento sociológico, filosófico e jurídico reconhece sua importância para melhor qualificar as relações entre os indivíduos, bem como entre indivíduos e Estado<sup>23</sup>. De qualquer sorte, pode ser compreendida como

vínculo recíproco de um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é relação de responsabilidade, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado no outro (*altruismo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo.<sup>24</sup>

A responsabilidade extracontratual do Estado, com base neste princípio, é compreendida a partir dos pressupostos do Estado Social de Direito, delineando os contornos de um agir mediado pela solidariedade no exercício das funções administrativas. A Administração Pública deverá atentar não apenas para a posição jurídica do cidadão de forma individualista, mas enquanto membro da comunidade, orientando suas atividades para aprofundar valores como tolerância, harmonia e responsabilidade, pois “a solidariedade gera entre as pessoas certa

<sup>23</sup> Ver DYRLUND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006. p. 774; FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167.

<sup>24</sup> Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 188.

cumplicidade, corresponsabilidade, interdependência, reciprocidade, partilha de interesses e mutualidade no desempenho do empreendimento em que se lançam”<sup>25</sup>.

No âmbito do dever de indenizar por parte do Estado, vislumbra-se sua importância relativamente à justificação da própria teoria do risco administrativo, pois os ônus e encargos sociais, de forma solidária, deverão ser distribuídos entre os membros da comunidade. Cada membro da sociedade é responsável pelo outro, como a Administração Pública atua de modo a aprofundar esta solidariedade, responsabiliza-se por determinados encargos e também os impõe à sociedade.

Destarte, a ideia de solidariedade remete para a igualdade substancial, o que se relaciona com as ações e omissões do Poder Público, pois obrigado a agir no sentido de garantir para os cidadãos não apenas a igualdade formal. Ao Estado incumbe o estabelecimento de relações igualitárias considerando as diferenças e criando as efetivas e reais condições para o exercício de direitos, especialmente os direitos sociais<sup>26</sup>.

Sobre a concretização da solidariedade, no âmbito da responsabilidade do Estado, deve-se destacar sua importância para a qualificação jurídica do dano, bem como na análise do próprio nexos causal:

A operatividade do princípio da solidariedade social no âmbito da responsabilidade civil extracontratual é realizada, portanto, através da definição e delimitação do requisito da injustiça do dano. [...] Do ponto de vista da investigação e delimitação do nexos de causalidade, o princípio da solidariedade social concretiza-se de duas maneiras: como vetor axiológico para a imputação da obrigação de indenizar; e como base principiológica para a delimitação dos danos indenizáveis.<sup>27</sup>

Os riscos do exercício das funções do Estado são distribuídos entre os membros da comunidade, na medida destes riscos e dos sujeitos envolvidos,

<sup>25</sup> Cf. GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, p. 150.

<sup>26</sup> Portanto, a solidariedade também se relaciona com a postura da Administração Pública em relação aos processos de exclusão social, como bem destaca FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 102.

<sup>27</sup> Cf. MULHOLLAND, Caitlin. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, p. 79-80.

impondo-se um dever público de evitar tais danos<sup>28</sup>. Outrossim, certamente sem abdicar-se da necessidade do nexu causal, deve-se considerar para delimitar o dever de indenizar a posição jurídica da Administração Pública e de quem reclama a indenização. Tais posições jurídicas qualificam-se a partir da solidariedade, o que alguns autores nominam de flexibilização do nexu causal.

Tais consectários não podem divorciar-se de outro importante princípio constitucional, qual seja, o da proporcionalidade, compreensão crucial para a própria definição do dever de indenizar do Estado, como defende Juarez Freitas: “[...] a responsabilidade objetiva do Estado merece ser traduzida como obrigação de reparar ou compensar os danos materiais e imateriais causados a terceiros por ação ou omissão desproporcional e antijurídica dos agentes públicos, nessa qualidade”<sup>29</sup>. A proporcionalidade é importante elemento para impor ao Estado a prática de atos excessivos, bem como coibir sua inoperância, especialmente em relação ao dever de realização dos direitos fundamentais, submetidos à aplicação direta, por força do art. 5º, § 1º, da CF.

No entanto, o próprio autor acima mencionado adverte que tal raciocínio não importa qualificar o Estado como uma espécie de segurador universal, mas de controlar as antijuridicidades oriundas do exercício de suas funções, seja por ações, seja por omissões. A proporcionalidade funciona como qualificativo de antijuridicidade e de constatação dos danos desproporcionais e, por consequência, indenizáveis, exurgindo os seguintes requisitos da responsabilidade extracontratual do Estado: a) dano material ou imaterial juridicamente injusto e desproporcional; b) nexu causal direto; e c) conduta omissiva ou comissiva do

---

<sup>28</sup> José Jairo Gomes, na obra *A responsabilidade civil e eticidade*, p. 222, faz observações interessantes com relação a dois aspectos decorrentes da solidariedade e também da cooperação: a possibilidade de considerar a própria atuação do responsável pelo dano e sua atuação solidária em relação à vítima, investigando-se a adoção ou não de conduta capaz de minorar as consequências do comportamento danoso. Outrossim, destaca a importância da ideia de justiça na distribuição equânime das tarefas sociais. Assim, para o autor, a solidariedade desempenha importante papel na própria compreensão do evento danoso em sua totalidade: “Feita a ponderação de valores, no momento em que se estabelece a indenização deve-se ter em conta se o autor do dano adotou atitude indiscutivelmente solidária e cooperativa para com a vítima. Não bastam meras exteriorizações de boas intenções; é fundamental que estas se materializem em atos concretos, efetivos e relevantes, no sentido de minorar os efeitos maléficos do próprio comportamento danoso” (p. 294).

<sup>29</sup> *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade*: vedação de excesso e de inoperância, p. 170.

agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, nessa qualidade, como bem refere Juarez Freitas<sup>30</sup>.

O princípio da proporcionalidade possibilita o exame das circunstâncias do caso concreto, de modo a qualificar juridicamente o dano ilegítimo e desproporcional; portanto, que não esteja de acordo com os parâmetros do normalmente aceitável, determinando, ainda, como refere o administrativista aludido, uma espécie de presunção do nexo de causalidade, certamente admitindo a possibilidade de o ente público excluir o dever de indenizar com a comprovação de determinadas circunstâncias excludentes.

No próximo item, as indicações até aqui expostas serão relacionadas com a responsabilidade extracontratual do Estado, oriunda do descumprimento do direito à boa Administração Pública, contribuindo para aprofundar a legitimidade constitucional do dever de indenizar.

## **2 O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **2.1 O CARÁTER *JUSFUNDAMENTAL* DO DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Na medida em que, segundo já referido, a compreensão das atividades da Administração Pública deve ser construída no horizonte de sentido do Estado Constitucional, impõe-se o aperfeiçoamento da gestão administrativa por meio do direito à boa administração pública. Constitui-se em tema inspirado pelo art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice e que tem merecido especial atenção da doutrina:

[...] trata-se do direito fundamental à Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação

---

<sup>30</sup> *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade*: vedação de excesso e de inoperância, p. 178. Tais requisitos devem ser compreendidos de forma destacada tão somente para fins didáticos. Muito embora aqui não seja o espaço apropriado para tal debate, vale referir a necessidade de vislumbrar o dever de indenizar como fenômeno unitário que não comporta, sob a perspectiva hermenêutica, divisões absolutas relativamente à presença de requisitos. É crucial para bem examinar a responsabilidade extracontratual do Estado não laborar com a separação entre questão de fato e questão de direito. O nexo causal, por exemplo, não deve ser examinado apenas como questão de fato e atrelado aos pressupostos das ciências naturais, seja nas hipóteses de ação ou de omissão, mas nexo de causalidade juridicizado, conforme será explicitado em outra oportunidade.

social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.<sup>31</sup>

Conforme se pode constatar, estrutura-se como direito que congrega na sua normatividade o plexo de direitos e princípios fundamentais da Administração Pública, não apenas aqueles atinentes à relação entre cidadãos e o Poder Público, mas o conjunto de normas de organização da atividade administrativa<sup>32</sup>. Obviamente, a presente análise não pretende esgotar os diversos desdobramentos do reconhecimento deste direito fundamental, mas tão somente destacar alguns aspectos suficientes para dimensionar os reflexos sobre a responsabilidade extracontratual do Estado.

O direito em exame pode ser compreendido, inicialmente, a partir de uma perspectiva negativa, como o faz Beatriz Tomás Mallén, quando trabalha com a ideia de má Administração Pública, destacando sua configuração quando a Administração descumpre o marco normativo que regula suas atividades, inclusive o conjunto de princípios aplicáveis, bem como outros direitos fundamentais<sup>33</sup>. Em síntese, trata-se das hipóteses em que o ente público não atua de conformidade com o Direito, violando o dever de juridicidade. Esse aspecto é importante, no caso do Brasil, para compreender que o direito fundamental à boa Administração Pública relaciona-se com a totalidade da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, como o dever de agir de forma transparente, o de relacionar-se com o cidadão primando pelo diálogo e respeito aos direitos e garantias fundamentais, sempre respeitando a imparcialidade. Outrossim, a atuação de acordo com a probidade administrativa, respeitando a juridicidade, bem como de forma eficiente, eficaz e responsável, como destaca Juarez Freitas ao exemplificar alguns dos elementos que estruturam o conteúdo do direito em análise<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

<sup>32</sup> Cf. MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2004. p. 31.

<sup>33</sup> *El derecho fundamental a una buena administración*, p. 70.

<sup>34</sup> *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 20-21. Neste sentido, Beatriz Tomás Mallén também elenca alguns princípios e deveres que compõem o direito fundamental à boa Administração Pública, como o de evitar qualquer discriminação (princípio da

É crível dizer, portanto, que a indicação de boa Administração Pública compreende-se como um direito estruturante do núcleo da cidadania, contribuindo para reafirmar o protagonismo do cidadão nas relações com a Administração Pública. Este é um dos aspectos significativos do direito à boa administração, reafirmar a permanente necessidade de repensar as relações entre cidadãos e Estado e, de forma mais específica a responsabilidade extracontratual.

Sobre a questão, é interessante o contributo de Pedro Machete, para quem esta concepção de Administração Pública determina, por exemplo, a compreensão do ato administrativo como meio de concretização do direito, a partir dos marcos legal e constitucional, especialmente os direitos fundamentais<sup>35</sup>.

O direito à boa Administração Pública é dotado de fundamentalidade, pois relacionado com a especial proteção do cidadão relativamente à Administração Pública, congregando um conjunto de decisões fundamentais sobre a estrutura dos poderes públicos<sup>36</sup>, que deve construir-se a partir de bens jurídicos relacionados com os valores fundamentais da Constituição Federal, como dignidade humana, solidariedade, igualdade e liberdade<sup>37</sup>. Outro aspecto importante reside na qualificação jurídica deste direito à boa Administração Pública ora para conferir posições jurídicas aos cidadãos, possibilitando o

---

igualdade de tratamento), de adotar medidas proporcionais ao objetivo perseguido (princípio da proporcionalidade), de evitar o abuso de poder, de assegurar a imparcialidade e a objetividade, de respeitar a confiança legítima (princípio da segurança jurídica), de agir com equidade, de adotar prazo razoável nas decisões, de proteger os dados, etc. (*El derecho fundamental a una buena administración*, p. 76 e ss.).

<sup>35</sup> *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 44-45. O autor menciona que assim vislumbrar a Administração Pública não leva, por certo, a relação de absoluta igualdade, mas também nega uma supremacia do poder do Estado: "O que está em causa e importa sublinhar é, assim, que o poder público só pode existir legitimamente fundado numa norma legal e, conseqüentemente, o seu exercício ocorre necessariamente no quadro de uma relação jurídica. A perspectiva da relação jurídica obriga à consideração simultânea das posições jurídicas da Administração e do particular, conferindo ao exercício dos poderes públicos, desse modo, um recorte dogmático-jurídico diferente daquele que resulta da consideração exclusiva das respectivas formas de acção" (p. 458). O autor destaca a importância de a Administração Pública reconhecer as posições constitucionais dos cidadãos, especialmente aquelas decorrentes dos direitos fundamentais. A concepção de posição jurídica também é determinante para melhor desvelar as potencialidades constitucionais da responsabilidade extracontratual do Estado.

<sup>36</sup> Sobre o tema ver SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 78 e ss.

<sup>37</sup> Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 116.

exercício de determinados direitos, bem como capaz de congregar os objetivos fundamentais da comunidade<sup>38</sup>.

Desta forma, ultrapassa a dimensão individual relacionada com alguns direitos jurídicos, eis que possui importante eficácia dirigente, ou seja, constitui-se em elemento para direcionar a ação dos Poderes do Estado:

Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

Ainda dentro deste viés, vale referir a possibilidade de controlar a atividade da Administração Pública, sob o ponto de vista da constitucionalidade de suas decisões, do exercício da competência para a organização da Administração Pública, além da interpretação de normas procedimentais da atuação administrativa.

Por fim, não se poderia deixar de aludir, até pela importância do tema para a construção da responsabilidade extracontratual do Estado, as funções do direito à boa Administração Pública, especialmente como direito de defesa<sup>40</sup>, direito à prestação e direito de participação, apenas para elucidar alguns temas tratados pela dogmática tradicional sobre o assunto. Em relação à primeira função, a Administração Pública possui o dever de abstenção no que tange às esferas de autodeterminação dos cidadãos, coibindo-se, por exemplo, o abuso de poder e outras práticas atentatórias à propriedade, como as ilegítimas intervenções na propriedade privada. Aqui o direito em questão assegura aos cidadãos uma

---

<sup>38</sup> Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 138-157.

<sup>39</sup> Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 144.

<sup>40</sup> Tais direitos caracterizam-se pela imposição ao Estado de um dever de abstenção, cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 140.

esfera de liberdade, direcionando-se para salvaguardar interferências indevidas ou eliminar agressões no exercício das competências administrativas<sup>41</sup>.

O direito à boa Administração Pública também exige do Estado atuação para atenuar as desigualdades, ressaltando-se sua dimensão prestacional e caracterizando eventual omissão ilícita ao não realizar determinadas prestações jurídicas, como a edição de normas de organização e procedimento, ou até prestações de caráter material dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal. Como já destacado, o direito à boa Administração Pública confere ao cidadão um papel de protagonista nas relações com a Administração Pública, evidenciando-se sua função de direito de participação, corolário lógico da dimensão dialógica que deve orientar as decisões administrativas.

Os aspectos referidos não esgotam todas as possibilidades de trabalhar o direito à boa Administração Pública. Mas, devido às limitações deste estudo, somente foram destacadas algumas questões relevantes para a problematização do dever de indenizar do Estado quando descumpre o direito referido, conforme será examinado no próximo item.

## **2.2 APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO**

A partir do que foi examinado, é crível sustentar a relevância do direito à boa Administração Pública para abarcar uma gama de casos de responsabilidade extracontratual do Estado, reforçando o caráter constitucional do dever de indenizar. A partir do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, compreende-se o instituto da responsabilidade como o dever de indenizar os cidadãos por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados em virtude dos comportamentos comissivos ou omissivos da Administração Pública que violem o direito à boa Administração Pública.

Como entende Juarez Freitas,

o direito fundamental à boa Administração Pública, assimilado pelo controle sistemático aqui preconizado, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos da

<sup>41</sup> Sobre os direitos fundamentais de defesa, ver SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 167.

discricionariedade, a omissão, isto é, o não exercício devido das competências discricionárias.<sup>42</sup>

Relativamente ao dano, sempre é útil referir que se qualifica como juridicamente passível de ressarcimento quando oriundo da atividade exercida pela Administração Pública<sup>43</sup>, atingindo direito ou interesse juridicamente protegido do cidadão<sup>44</sup>. Como já mencionado, o direito à boa administração é importante para fixar a normatividade da posição de centralidade do cidadão frente ao Estado, impondo-se o exame desta posição jurídica para dimensionar a ocorrência do dano capaz de gerar o direito à indenização. Neste sentido, aduz Francisco Javier de Ahumada Ramos a necessidade de examinar as posições jurídicas das partes, a fim de estabelecer os contornos da responsabilidade extracontratual do Estado<sup>45</sup>. Trata-se de questão crucial para avaliar a relação entre o cidadão que reclama a indenização e o papel da Administração, no caso concreto. O direito à boa Administração Pública funciona exatamente como critério jurídico para melhor dimensionar a função administrativa e a realização dos objetivos constitucionais.

Igual questão influencia o nexo de causalidade, na medida em que não é crível adotar a concepção de causalidade natural; aliás, conforme o entendimento de Marçal Justen Filho:

Deve existir uma relação de causalidade necessária e suficiente entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso. Aplicam-se aqui as considerações acima no sentido de ser insatisfatória a pretensão de estabelecer, de modo puro e simples, uma relação de causalidade física ou natural entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso.<sup>46</sup>

Esta posição doutrinária igualmente encontra guarida na obra de Francisco Javier de Ahumada Ramos, pois critica os autores que compreendem

---

<sup>42</sup> *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 132.

<sup>43</sup> Cf. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 43.

<sup>44</sup> Ver SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*, p. 188.

<sup>45</sup> *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Elementos estructurales: lesión del derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos. Editorial Arazandi, 2009. p. 186.

<sup>46</sup> *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 1209.

a causalidade como algo meramente fático, negando-se a possibilidade de responsabilizar a Administração por omissão<sup>47</sup>.

O que importa é determinar se, mediante ação ou omissão, a Administração Pública causou danos ao cidadão. A causalidade, segundo o autor, não deverá ser considerada entre a ação ou omissão e o dano, mas principalmente entre o comportamento da Administração e o direito do qual o cidadão alega restrição ou extinção. Conforme a situação concreta, será contemplada a relação sobre a base da concreta posição que ambos ocupam, ou seja, exige-se análise da vítima, em relação ao direito ou bem juridicamente protegido, e a atividade exercida pela Administração, por meio dos agentes públicos<sup>48</sup>.

No intuito de dimensionar a materialização do direito à boa Administração Pública, serão exemplificados alguns precedentes relacionados com a violação deste direito e o dever de indenizar, possibilitando concluir sua importância como elemento de integridade do direito administrativo.

#### **a) Caso da agressão ao aluno na escola pública**

As questões acima suscitadas, mesmo quando não adotadas de forma explícita, aparecem no âmbito da jurisprudência pátria, como no caso paradigmático no âmbito da responsabilidade do Estado por omissão, o Recurso Extraordinário nº 109615-2, no qual o STF enfrentou o tema do dever de eficiência. Trata-se de importante dimensão do direito à boa Administração Pública, na medida em que é possível o direito à indenização quando a Administração não cumpre suas tarefas, seja em virtude de não adotar as providências cabíveis em tempo razoável, seja valendo-se dos meios não apropriados. Não se pode olvidar ainda a necessidade de dimensionar, neste quadro, o princípio da eficácia, quer dizer, o dever de o Poder Público obter resultados conforme os objetivos fundamentais, por exemplo, explicitados no art. 3º da Constituição Federal<sup>49</sup>.

Na ocasião, examinou-se acórdão do TJRJ que condenou o Município do Rio de Janeiro em virtude de acidente ocorrido nas dependências de uma

<sup>47</sup> *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Elementos estructurales: lesión del derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos, p. 259.

<sup>48</sup> *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Elementos estructurales: lesión del derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos, p. 272-274.

<sup>49</sup> Cf. FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 125. O autor examina os princípios da eficiência, mas alude ao caráter normativo do princípio da eficácia, importante para possibilitar o controle dos atos administrativos.

escola municipal, ocasionando na vítima, aluno de dez anos de idade na época, perda do globo ocular direito. O dano foi causado por outro aluno da escola, utilizando-se de uma agulha de injeção. A tese da procuradoria do Município foi da inexistência do dever de indenizar, pois o art. 107 da Constituição Federal, vigente quando do evento lesivo, somente albergava a responsabilidade civil objetiva da Administração Pública nas hipóteses de atos próprios dos agentes públicos e não causados por terceiros.

O Relator, Ministro Celso de Mello, entendeu configurada a responsabilidade extracontratual do Estado, com base na teoria do risco administrativo, independente da demonstração de culpa dos agentes estatais ou de demonstração da falta do serviço público, pois o dever de indenizar surge a partir da caracterização dos seguintes requisitos: a) alteridade do dano; b) causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do ente público; c) oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável ao agente público, que tenha, nesta condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional; d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

No caso julgado pelo STF, reconheceu-se, em última análise, violação do direito à boa Administração Pública, por malferir o princípio da eficiência/eficácia. O serviço público de ensino não pode descuidar do dever de salvaguardar a segurança dos alunos que frequentam as escolas públicas mantida pelo ente estatal, enquanto permanecerem nas unidades de ensino, conforme consta de forma expressa no acórdão.

Refere o Ministro Celso de Mello:

Se é certo que incumbe ao Poder Público garantir o acesso de todos à educação formal – que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho –, também é irrecusável reconhecer que assiste à entidade governamental o dever de preservar o bem-estar e a segurança de todos os que, matriculados nas escolas da rede oficial – e durante o período de sua permanência no recinto escolar – frequentem as aulas administradas nos estabelecimentos escolares mantidos pelas instituições estatais.

Constituiu-se, portanto, em precedente de relevo, pois refere em diversas passagens a necessidade de proteção dos alunos que freqüentam escolas públicas. Como aludido anteriormente, a responsabilidade extracontratual do Estado possibilita abarcar no exame do dever de indenizar a centralidade do cidadão, fato crucial para aprofundar a democratização da função administrativa.

A solidariedade decorre da adoção da teoria do risco administrativo, destacando-se no acórdão que o Poder Público assume responsabilidade qualificada quando recebe estudante menor, no caso criança, a partir dos parâmetros do Estatuto da Criança e do Adolescente, assumindo “o grave compromisso pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico [...]”.

Na mesma linha de raciocínio, a proporcionalidade atua normativamente como critério para aferir a omissão da Administração Pública, de modo a coibir sua inoperância relativamente ao dever de boa administração e a materialização do serviço público fundamental de educação.

É evidente, assim, a caracterização do dano, bem como do nexa causal, a partir da posição jurídica da Administração Pública e do aluno, vítima da agressão com a agulha. Houve debate interessante sobre a atividade de vigilância por parte dos agentes de escolas públicas que recebem crianças, além da própria posição da vítima, cuja proteção jurídica especial foi considerada para delinear o dever de indenizar.

### **b) Caso da morte de preso por outros detentos**

No RE 179.147-1/SP, debateu-se questão relacionada com o objeto desta pesquisa, a responsabilidade do Estado pela integridade física de presos. O julgamento no STF examinou ação de indenização proposta por uma mãe, em virtude da morte de seu filho, quando estava recolhido nas dependências da Cadeia Pública de Guarujá. Na ocasião, o preso foi assassinado no sanitário, por estrangulamento com fio de náilon, por outro detento. A sentença inicialmente julgou o pedido improcedente, mas o TJSP reformou a sentença, julgando parcialmente procedentes os pedidos. No corpo do acórdão, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso discutiu-se o fundamento da responsabilidade, evidenciando-se a opção pela responsabilidade subjetiva, com base na falta do serviço público, pois decorrente de omissão do Poder Público.

De qualquer sorte, tratando-se de julgado do ano de 1997, indica questão interessante ao reconhecer que o Poder Público deveria responder por sua

omissão. Muito embora não conste expressamente, trata-se de hipótese de descumprimento do direito à boa Administração Pública, também aplicável para o serviço de administração de presídios e cadeias públicas. No feito julgado pelo STF, diante de situação de ameaça, o preso solicitou remoção para cela segura na cadeia pública. A Administração Pública atendeu a solicitação, mas recolheu o preso em cela que não possuía as adequadas condições de segurança, diante das ameaças que sofria. Tal circunstância configura a omissão antijurídica, pois olvidou o dever de resguardar a integridade jurídica dos presos durante o período de recolhimento.

Muito embora a vítima estivesse presa, importante elemento para sopesar sua situação jurídica, tão somente caberia ao ente público limitar a liberdade, sob pena de indevida ingerência na esfera jurídica alheia. Por outro lado, para a configuração jurídica do dano indenizável impõe-se debater a questão sob o olhar da proporcionalidade e, no caso específico do dever de indenizar, a exigibilidade do cumprimento do dever de salvaguardar a integridade física do preso. Não se pode olvidar a situação fática das casas prisionais, mas, considerando os elementos do julgamento realizado pelo STF, caberia ao Poder Público comprovar situações excepcionais e capazes de excluir o dever de indenizar por violação do direito à boa administração, o que não ocorreu.

Sobre esta questão específica, vale a referência expressa de Francisco Javier de Ahumada Ramos:

*Quando la lesión tiene su causa originaria en la acción lesiva de un tercero, la responsabilidad patrimonial de la Administración se articula en la forma que ya fue expuesta al referirnos con carácter general la responsabilidad por ‘omisión del deber de proteger la persona o bienes de los ciudadanos’ (vid. Supra, apartado A). El criterio que determina si existe o no un incumplimiento del deber de protección por la Administración, en función de lo cual procederá afirmar o negar la responsabilidad patrimonial de ésta, se sitúa pues en la previsibilidad y evitabilidad de la agresión y sus consecuencias.<sup>50</sup>*

Este exame é fundamental para dimensionar o dever de indenizar, isto é, se a Administração Pública possuía condições fáticas e jurídicas de prever e evitar a ocorrência do dano à integridade física do preso. Constata-se do precedente

<sup>50</sup> *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, p. 735.

que, inclusive, a vítima avisou a Administração sobre as ameaças recebidas, solicitando de forma expressa o recolhimento em cela com maior segurança, o que não foi atendido, sob a perspectiva da eficiência/eficácia.

Ainda no âmbito de questões similares, no RE 170.014-9/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 31.10.1997, o Poder Público foi condenado ao pagamento de indenização por assassinato de preso no interior da cela por outro detento, igual situação caracterizada no RE 272.839-0, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 01.02.2005.

### **c) Caso de fuga de preso**

Este tema há muito é debatido na jurisprudência dos Estados e do próprio Supremo Tribunal Federal, sendo que no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 460,812-0, de Minas Gerais, julgado em 08.05.2007, preponderou o entendimento segundo o qual não há responsabilidade objetiva do Estado nesta situação. Conforme consta no acórdão, as autoras ingressaram com ação de indenização contra o ente público em virtude de homicídio do genitor, praticado por detento foragido do presídio logo após sua fuga. O argumento para não acolher a pretensão indenizatória restringiu-se ao entendimento da inexistência de nexo de causalidade entre o fato danoso e o ato omissivo atribuído ao Estado, pois o crime não teve como causa necessária a fuga.

Aqui se evidenciam as dificuldades de compreender a causalidade sob a exclusiva perspectiva fática, natural, pois, como destacado ao longo desta pesquisa não há como olvidar o caráter jurídico da causalidade, em especial nas hipóteses de responsabilidade por omissão. O dever de boa Administração Pública é importante para possibilitar a qualificação fática e jurídica dos elementos doutrinários para a caracterização do dever de indenizar. É claro que a análise deve considerar a dimensão fática, mas a responsabilidade extracontratual não pode olvidar o questionamento sobre a ocorrência do dano antijurídico, ou seja, a lesão de bens juridicamente protegidos, sob a perspectiva do direito à boa administração, além da omissão ilegítima da Administração Pública<sup>51</sup>.

### **d) Caso da ausência de fiscalização de vias públicas**

Neste precedente, RE 180.602-8/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.1998, foi julgada interessante questão relacionada com o dever de fiscalização das vias públicas, com o intuito de garantir a segurança dos cidadãos. O autor ingressou

<sup>51</sup> Cf. AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, p. 662.

com ação de indenização em virtude dos danos oriundos de acidente causado pelo choque com um semovente na via pública. Na decisão, o debate foi no sentido da existência ou não de um dever jurídico de agir, capaz de configurar a omissão ilegítima da Administração Pública.

Trata-se, portanto, da incidência do direito à boa Administração Pública sobre os bens do domínio público, na hipótese, bens de uso comum do povo, sendo que os cidadãos possuem o direito de utilizá-los em condições normais e sem riscos, existindo, em contrapartida deveres para a Administração, como alude Maria Del Pilar Amenábar:

*[...] el uso y goce de los bienes del dominio público por los particulares importa para el Estado la obligación de colocarlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Ello impone a la Administración una serie de obligaciones inherentes a la guarda de estos bienes (conservación, reparación, señalización, control), con el fin de ponerlos a disposición de los particulares en condiciones normales de uso, es decir, en condiciones de usarlos sin el riesgo de sufrir un daño.<sup>52</sup>*

Na decisão mencionada, houve reconhecimento expresso de que cabia ao Município a retirada de animais da via pública, caracterizando a insuficiência do serviço de fiscalização, decorrente do poder de polícia.

Os casos examinados<sup>53</sup>, apenas a título exemplificativo, retratam a importância da potencialidade normativa do direito à boa Administração Pública, aplicado no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado. É crível sustentar que o direito administrativo brasileiro, especialmente no conjunto de princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, possui uma gama de princípios direcionados para materializar a boa administração.

---

<sup>52</sup> *Responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2008. p. 462-463.

<sup>53</sup> Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também há diversos precedentes que exemplificam o direito à boa Administração Pública, de forma expressa, como o julgamento da AC 70040247348 (violação da boa administração e o princípio da eficiência), bem como outros casos julgados, com referência ao abuso de poder (AC 70039506274), dever de vigilância de presos (AC 70036709442), dever de fiscalização do projeto de execução de arquiabancada em evento automobilístico (AC 70040374860), omissão na realização de obras de manutenção do fluxo do curso hídrico de águas públicas (AC 70039309646), violação dos deveres de segurança e vigilância de banhistas em camping municipal (AC 70039388640), violação do dever de vigilância de aluno durante passeio em piscina pública (AC 70036932085) e omissão na conversão de passeios públicos (AC 70039623707).

Não é por outra razão que Juarez Freitas refere tratar-se de autêntica síntese, “somatório de direitos subjetivos públicos e deveres correspondentes, que inadmitem a antijurídica inércia de administradores e controladores”<sup>54</sup>.

A partir desta pré-compreensão, o direito à boa Administração Pública possui relação com a própria ideia de integridade do direito administrativo, para utilizar a expressão de Ronald Dworkin<sup>55</sup>. A Administração Pública deve exercer as funções administrativas conforme um conjunto de princípios e de modo coerente, calcada sempre neste ideal de bem exercer suas atividades comprometida com a boa administração. Tal modo de agir possibilita o comprometimento dos agentes públicos, mas dos próprios cidadãos com os ideais da comunidade, materializados juridicamente nos diversos princípios, por exemplo, que foram utilizados para justificar as decisões judiciais mencionadas anteriormente.

O direito à boa Administração Pública, portanto, possui a capacidade de albergar uma gama de princípios sobre os quais os cidadãos possuem o direito à aplicação coerente<sup>56</sup> por parte dos agentes públicos, assim como a presença nas justificações legítimas das decisões judiciais sobre responsabilidade extracontratual. Trata-se de importante critério para conferir igualdade no tratamento dos cidadãos por ocasião do exercício das funções administrativas e avaliação da existência ou não do dever de indenizar. Os diversos precedentes citados são indicativos desta potencialidade normativa do direito à boa administração e conferem a coerência necessária para as soluções interpretativas do agir da Administração Pública<sup>57</sup>.

## CONCLUSÕES

Considerando os elementos que estruturaram esta pesquisa, o princípio da responsabilidade extracontratual do Estado merece uma releitura a partir da constitucionalização do direito administrativo, como a incidência da proporcionalidade na compreensão fática e jurídica dos danos causados pela

<sup>54</sup> *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

<sup>55</sup> Sobre o tema, ver DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 212 e ss., especialmente p. 271-331; CHUERI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade*. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direito. Florianópolis: JM, 1995. p. 121-134.

<sup>56</sup> Sobre a aplicação coerente de princípios, em virtude da integridade de Ronald Dworkin, ver LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990. p. 258.

<sup>57</sup> CF. RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005. p. 44.

Administração Pública aos cidadãos. Corolário, não há como examinar os requisitos do dever de indenizar com o olhar da tradição que separa questões de fato das questões de direito. O dano que os agentes públicos determinam na esfera patrimonial ou extrapatrimonial são sempre fatos juridicizados, compreendidos com o jogo de espelhos do fático e do normativo.

Por esta razão, destacou-se a importância da juridicidade, isto é, uma legalidade mais exigente ao qual a Administração Pública está submetida e que servirá de baliza para a análise das ações, mas principalmente das omissões administrativas ilegítimas. Neste aspecto, os direitos fundamentais exercem papel crucial para determinar as posições jurídicas da administração e dos cidadãos, direcionando também o foco para a existência de um dano causado em virtude do exercício da função administrativa.

O direito à boa Administração Pública possui a capacidade de congrega um conjunto de direitos e princípios cruciais para o desempenho constitucionalmente legítimo das funções administrativas, assumindo a dianteira do núcleo da cidadania, contribuindo para democratizar as relações entre cidadãos e Administração Pública.

A jurisprudência é indicativa de como este direito funciona como critério de integridade do direito administrativo, pois alberga diversas hipóteses do dever de indenizar por parte do Estado quando por ação ou omissão, viola os deveres de eficiência/eficácia, de respeito à dignidade humana e à legalidade, imparcialidade, bem como os diversos princípios que devem justificar, sob o ponto de vista moral, as ações da Administração Pública, frente aos anseios da comunidade.

## REFERÊNCIAS

AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, elementos estructurales: lesión del derechos y nexos causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*. Editorial Arazandi, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATTESTINI, Eugênio. *Direito e economia*. Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011.

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BORGES, Alice Gonzáles. 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.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.
- CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffré, 2006.
- CHUERI, Vera Karam. *Filosofia do direito e modernidade*. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direito. Florianópolis: JM Editores, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DYRLUND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.
- FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Fundamentos de una hermenêutica filosófica. 5. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo - II*. Madrid: Civitas, 1995.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.

- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. Colômbia: Legis, 2006.
- . *La responsabilidad civil*. Colômbia: Legis, 2008.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier. *La responsabilidad civil extracontractual*. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2010.
- MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.
- MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MAURER, Harmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MULHOLLAN, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.
- RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v. I, 2006.