

Felipe Braga Netto

OS NOVOS RUMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Estado e a violência urbana

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O DIREITO DOS DANOS E A ATIVIDADE ESTATAL: MUDANDO A DIREÇÃO DO OLHAR

1. NOVOS DIAS, NOVOS OLHARES

Convém traçar, de modo breve, o sumário dos nossos passos argumentativos. O livro é dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo exibiremos, de modo contextualizado, a situação atual da doutrina e da jurisprudência, sobretudo apontando – desde as primeiras linhas, com objetividade – o problema que iremos abordar e os dilemas que envolve. Acreditamos que o problema enfrentado neste livro é, de fato, um problema, com repercussões conceituais e pragmáticas realmente relevantes. Há, no discurso jurisprudencial brasileiro, contradições e falhas de coerência que precisam ser discutidas, tendo como pano de fundo a responsabilidade civil do Estado. Há, ainda, tratamentos diferenciados, sem razão constitucional bastante, para situações substancialmente semelhantes, pelo menos sob o ponto de vista do cidadão que sofreu o dano. Mais ainda: certas situações de desigualdade talvez não estejam sendo sequer percebidas, embora cristalizadas na prática jurisprudencial brasileira. Em suma, busca-se, no primeiro capítulo, através de reflexões contextualizadas, definir o problema e as dimensões de análise em que a obra se insere.

A crescente intensidade da violência, em nossos dias, dispensa – infelizmente – exaustão argumentativa. É algo que atinge, de uma forma ou de outra, a vida da maioria dos brasileiros, não de modo

distante ou retórico, mas diário e brutal. São muitos – variadíssimos – os modos de se abordar a questão da violência. O olhar pode ser econômico, jurídico, filosófico, sociológico, pode ter acentos praticamente infinitos. Queremos, neste livro, trazer um olhar que não tem sido frequente: analisar a violência sob o prisma da responsabilidade civil do Estado. O direito dos nossos dias dispõe de argumentos que possibilitam essa imposição de responsabilidade? Ou o problema ainda não dispõe de um aparato normativo-conceitual que permita respostas mais incisivas? A questão, sabemos, não é simples, nem comporta respostas absolutas – neste ou naquele sentido.

No capítulo segundo trataremos o lastro conceitual mais amplo, analítico, que investiga o sentido teórico de certas mudanças que estamos atravessando, com profundas repercussões conceituais no problema discutido nesta obra. Há aqui – mas não só aqui, ao longo de todo o livro – uma necessária interdisciplinaridade, com diálogos entre campos de conhecimento distintos, porém complementares. A responsabilidade civil do Estado exige, nos nossos dias, esse diálogo, o tema pede contribuições oriundas de setores temáticos diversos – todos, porém, fundamentais à solução dos complexos conflitos da matéria. Os conceitos, categorias e institutos do direito civil iluminarão os debates, porém o tema, interdisciplinar por excelência, pede mais, e esses diálogos definirão os caminhos por onde iremos passar.

Talvez deslizemos num truísmo ao afirmar que a responsabilidade civil do Estado é matéria em permanente construção. Na responsabilidade civil – e não só nela – todos os temas, em certo sentido, estão em elaboração contínua. Sofrem releituras e redefinem seus perfis ao calor do caminhar histórico. A responsabilidade civil talvez se diferencie dos demais institutos jurídicos por se permitir um olhar singular – mais compreensivo e mais contemporâneo – em relação à sociedade e às mudanças que continuamente redefinem os perfis sociais. Em sociedades plurais e complexas, com sistemas jurídicos formados não só por regras, mas fundamentalmente por princípios, e com a progressiva valorização da dimensão existencial das relações jurídicas, a responsabilidade civil experimenta refuncionalizações contínuas, e parece vocacionada a traçar linhas de

tendência que definirão os próximos passos que nós, socialmente, iremos dar.

No capítulo terceiro teremos as análises conclusivas. Discutiremos se cabe, ou não, em nosso sistema jurídico, à luz dos elementos normativo-conceituais disponíveis, a responsabilização civil do Estado por atos relacionados à violência urbana. Em caso positivo, a que modelos explicativos podemos recorrer, para, com coerência sistemática, chegar a esse resultado? São muitas (e relevantes, acreditamos) as questões a serem enfrentadas e resolvidas: a responsabilidade civil do Estado, na hipótese tratada, é uma responsabilidade civil por ato lícito ou por ato ilícito? Há diferença substancial entre ações e omissões estatais nos danos estudados? Estamos diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva ou subjetiva? Qual o regime das excludentes de responsabilidade civil na matéria? O fato da segurança pública ser, de modo intrínseco, uma atividade de óbvios contornos estatais, significa que o Estado responderá pelos riscos que lhe são inerentes?

São múltiplas, e relevantes, as indagações que podem ser formuladas. São, fundamentalmente, questões dos nossos dias, com sérias repercussões na vida dos cidadãos do nosso século, e com projeções teóricas significativas no caminhar histórico da responsabilidade civil do Estado e nos respectivos direitos fundamentais titularizados pelos cidadãos brasileiros.

1.1. De onde viemos e para aonde vamos: entendendo o problema

Propomos neste livro uma reflexão contextualizada acerca dos limites e funções da responsabilidade civil do Estado – particularmente no que se refere às omissões. A forma tradicional de pensar a responsabilidade civil do Estado postula a impossibilidade, em geral, do Estado responder por danos vinculados à violência urbana. Convém questionar se há, nestas primeiras décadas do século XXI, uma rede de conexões normativas e conceituais que permitam repensar o problema.

As funções do Estado são, hoje, no mínimo mais coloridas do que as tradicionais funções absenteístas dos séculos passados. Há, de certo modo, um descompasso entre o Estado que garante, ou deve garantir, os direitos fundamentais, e os arcaísmos conceituais tradicionais, no que se refere ao dever de indenizar estatal. Se clamamos, com frequência, por decisões judiciais com uma estrutura analítica um pouco mais refinada, precisamos navegar entre modelos teóricos que não se satisfaçam com o apego cômodo a realidades cognitivas superadas.

A discussão, como se intui, perpassa vários níveis, mas orbita em torno de uma pergunta essencial: quais os limites e funções do Estado na proteção dos direitos fundamentais diante de agressões de terceiros?¹ O olhar acadêmico costuma, a propósito, traçar fases ou dimensões relativamente à responsabilidade civil do Estado (trata-se, aliás, de hábito conceitual algo comum na literatura jurídica, basta lembrar das dimensões dos direitos fundamentais, a cujo respeito não faltam polêmicas ou mesmo contribuições de pertinência duvidosa). Seja como for, e com as inexatidões próprias de qualquer simplificação, trata-se de mecanismo conceitual que facilita o olhar,

1. Em artigo precursor – escrito há mais de 25 anos – que abriu e assentou os caminhos teóricos para chegar a certas concepções que temos hoje, Maria Celina Bodin de Moraes apontou: “A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*. v. 65, ano 17, julho-setembro/1993, pp. 21-32, p. 28). Juarez Freitas, escrevendo sobre o tema que particularmente nos interessa nesta tese, argumenta que “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. Será, nessa perspectiva, proporcionalmente responsabilizável, tanto por ações como por omissões, admitida a inversão do ônus da prova da inexistência do nexa causal a favor da suposta vítima” (FREITAS, Juarez. A Constituição, a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 381-401, p. 382). Em outra oportunidade, destacou que “o princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado pelas condutas omissivas ou comissivas causadoras de lesão antijurídica apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático, sobremodo pelos riscos inerentes à atuação estatal (FREITAS, Juarez. A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 241, 2005, pp. 21/37, p. 28).

propiciando uma compreensão mais ampla e panorâmica do objeto a ser estudado.

Houve, nos séculos passados, épocas – nitidamente absolutistas – em que o Estado não respondia pelos danos que causava. Não poderíamos, por certo, falar em direitos fundamentais, pelo menos não do modo como os enxergamos atualmente. Não se poderia levar o rei aos tribunais do rei, dizia-se. Essa é uma primeira fase, dita absolutista, em que não havia sequer em tese responsabilidade civil estatal. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, a respeito, diagnostica: “Inicialmente, a primeira fase que se identifica é a da *irresponsabilidade* do Estado, que por nada respondia. Em um segundo momento, exsurgiu a responsabilidade civil do Estado por *culpa subjetiva*. Em uma terceira etapa, evoluindo na sequência do assunto, chegou-se à responsabilidade do Estado por *culpa anônima*, já não sendo necessária a identificação precisa do causador do dano, do agente que violou o direito – a culpa seria do serviço indistintamente considerado. E, finalmente, a quarta fase: a da *responsabilidade objetiva*, que vigora atualmente. No Brasil, desde o Texto de 1946, as Constituições têm repetido a regra da responsabilidade objetiva”².

Nesta obra, interessa-nos, fundamentalmente, a fase inaugurada a partir da Constituição de 1946. O art. 194 da Constituição Federal de 1946 trazia a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de

2. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. *RTDC*, v. 11, jul/set 2002, pp. 35-65, p. 39. Convém frisar, a propósito, que a maioria da doutrina costuma apenas mencionar três fases: a) fase da irresponsabilidade estatal; b) fase da responsabilidade subjetiva; c) fase da responsabilidade objetiva (inaugurada, no Brasil, pela Constituição de 1946 e que perduraria até hoje). O jurista citado, porém, argutamente, menciona como sendo a terceira fase a “culpa anônima” – quando, embora ainda estivéssemos em sede subjetiva, a identificação do causador do dano não mais se fazia necessária. Trata-se, porém, de questão menor – mera escolha classificatória – consistente na seguinte pergunta: a chamada “culpa anônima” foi uma fase autônoma na evolução histórica da responsabilidade civil do Estado ou foi apenas um mecanismo para contornar as notórias dificuldades da responsabilidade subjetiva? Algo parecido, de certo modo, com o que aconteceu com o mecanismo da culpa presumida, diante da responsabilidade civil subjetiva tradicional (quando falamos em culpa presumida ainda estamos, por certo, em terreno subjetivista, embora com um mecanismo com tenta tornar menos difícil a situação da vítima do dano, a inversão do ônus da prova relativamente à culpa).

direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. Trata-se da chamada teoria do risco administrativo. Nesse contexto – a partir da Constituição Federal de 1946, na experiência brasileira – estamos diante de período histórico e normativo em que o Estado não só responde pelos danos que causar aos cidadãos, como responde objetivamente, isto é, sem culpa³.

Percebe-se, no contexto mencionado, que “a terceira fase, finalmente, revela a tentativa do direito público, a partir do início do século XX, de construir as garantias do cidadão contra o Poder Público, desenvolvendo mecanismos para se responsabilizar o Estado de maneira ampla. Em homenagem ao florescente princípio da igualdade, pretendeu-se que o dever de reparação vinculasse in-

3. Assim, “na realidade, terá sido apenas com a Constituição de 1946 que, pelo disposto em seu art. 194, se deu a adoção expressa do princípio da responsabilidade objetiva do Estado” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007, 3ª edição, p. 32. Destacou-se que “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita *justiça distributiva*, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946” (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 585). Aponta-se, no mesmo sentido, que “a partir da Constituição Federal de 1946, adotou-se no nosso ordenamento jurídico a teoria da responsabilidade objetiva para a responsabilização do Estado” (GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista Forense*, v. 386, julho/agosto de 2006, Rio de Janeiro: Forense, pp. 129-151, p. 139). Nosso maior tratadista da responsabilidade civil já houvera registrado que “não obstante a persistência das ideias regalistas, a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas” (DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 641). Sob uma perspectiva mais ampla, não restrita à responsabilidade civil do Estado, podemos notar uma mudança de análise da responsabilidade civil: do ato ilícito para o dano injusto (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 27). Já a questão das três fases históricas da responsabilidade civil do Estado – esquematicamente apontadas pela doutrina, de modo geral – foi elegantemente abordada por TÁCITO, Caio. Tendências atuais sobre a Responsabilidade Civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, v. 55, 1959, p. 262 e seguintes. Cabe referir, com o perdão da obviedade, que quaisquer classificações – sobretudo as de feição histórica – são esquemáticas e aproximativas, não sendo razoável buscar, por meio delas, uma precisão absoluta nas sempre superpostas experiências sociais.

distintamente particulares e Poder Público e, sob outra perspectiva, que os ônus decorrentes dos danos produzidos pela administração pública fossem igualmente repartidos por toda comunidade, não recaindo somente sobre a *vítima*”⁴.

Aliás, é voz corrente entre os autores que se debruçaram sobre o tema que a jurisprudência brasileira demorou décadas para aceitar, por assim dizer, a responsabilidade objetiva do Estado estabelecida

-
4. TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 173-215, p. 186. Assim, “pode-se afirmar que o legislador brasileiro, bem como a doutrina e a jurisprudência, sempre tiveram clara a evolução da responsabilidade do Estado, sempre no sentido de sua objetivação, afastando-se da culpa e aproximando-se do risco, até assumi-lo, sendo razoável que se falasse em algum tipo de responsabilidade subjetiva apenas no período que vai do início de vigência do antigo Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1946, quando, promulgada esta, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ficando revogado o Código Civil” (GANDINI, João Agnaldo Donizete; SALOMÃO, Diana Paola. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *Revista Forense*, v. 386, julho/agosto de 2006, Rio de Janeiro: Forense, pp. 129-151, p. 146). A Constituição Federal de 1998, em seu art. 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Trata-se de norma que já participa de nossa tradição constitucional. Desde a Constituição de 1946 (art. 194), a responsabilidade civil do Estado é objetiva – na modalidade do risco administrativo. Desde então, essa estrutura normativa permanece, com pequenas alterações nos textos posteriores. A Constituição de 1967 repete a norma (art. 105), acrescentando que caberá ação regressiva em caso de culpa ou dolo (o que não havia no texto de 1946). A norma foi mantida na Emenda nº 1º, de 1969, passando a ser o art. 107 da Constituição. A responsabilidade objetiva do Estado já configura tradição memorável da história constitucional do Brasil. O STF, em mais de uma ocasião, frisou que o art. 37, § 6º, da CF/88 não difere substancialmente do dispositivo equivalente da Constituição anterior, o art. 107 da CF/67, após a EC 1/69 (STF, RE 136.861, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21/09/10). O que mudou, isto sim, ao longo das décadas, foi a interpretação que a Suprema Corte deu ao dispositivo: “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão” (STF, RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/08/96). O Código Civil tentou repetir o dispositivo constitucional (Código Civil, art. 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes destes, culpa ou dolo”). Dissemos “tentou porque o Código Civil, inexplicavelmente, não mencionou as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. A omissão, porém, sabemos, não tem consequências hermenêuticas relevantes.

pela Constituição de 1946. A assimilação das mudanças não se faz de modo instantâneo⁵.

O Estado responde objetivamente pelos danos que os agentes públicos causem – ou mesmo as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (tendo sido essa uma inovação da Constituição de 1988 que os redatores do Código Civil de 2002, ao reproduzir o dispositivo constitucional, aparentemente se esqueceu de incluir). Os agentes públicos apenas respondem por culpa⁶. A

-
5. Gustavo Tepedino, a propósito, cita um julgado do TJSP, de 1952, cuja ementa é bastante reveladora da mentalidade tradicional: “A culpa é o fundamento da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público; a Constituição não trouxe modificação à doutrina do Código Civil” (TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na Atividade Estatal. Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 173-215, p. 188). Nesse contexto “é necessário anotar que mesmo diante da aceitação generalizada na doutrina de que o dispositivo em questão consagrava uma responsabilidade objetiva – o que é repetido pelos autores modernos e consta até mesmo de julgados recentes do STF – a jurisprudência dos tribunais brasileiros demorou a incorporar essa mudança normativa a suas decisões. Este foi um desenvolvimento lento ao longo da vigência do texto de 1946, que consolidou a teoria do risco no direito administrativo brasileiro, de modo que foi automaticamente incorporada à Constituição de 1967” (HORBACH, Carlos Bastide. *Responsabilidade do Estado: 25 anos de aplicação da Constituição de 88. 25 anos da Constituição brasileira de 1988: Democracia e Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*. RIBEIRO, Patrícia Henriques (Org.). Belo Horizonte: D’Plácido, 2014, pp. 105-132, p. 110). Helena Elias Pinto registra de modo semelhante: “Trata-se de um interessante caso em que o dispositivo constitucional que disciplina o tema não sofreu mudança essencial no período, mas a interpretação que lhe atribuiu a Suprema Corte registrou modificações acentuadas” (PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64).
 6. A responsabilidade do agente público é subjetiva (regida portanto pelo tradicional art. 186 do Código Civil, antigo 159 no Código de 1916), sem prejuízo de outras normas específicas aplicáveis à situação. Trata-se de conhecida cláusula geral do direito privado brasileiro, a cláusula geral da responsabilidade civil subjetiva. Podemos, é verdade, criticar a cláusula geral subjetiva por essa ou aquela razão (redacional ou conceitual), mas não podemos deixar de reconhecer que as vantagens da tradição civilística brasileira – nos códigos civis de 1916 e de 2002 – ao inserir os ilícitos na parte geral do (e não na parte especial – como o faz, por exemplo, o Código Civil alemão, tido como uma legislação tecnicamente escurreita). O BGB (§ 823) optou ainda por uma descrição tarifada dos bens jurídicos que, violados, ensejariam ilícitos, numa técnica inferior àquela adotada pelo Código Civil brasileiro, que se valeu de cláusulas gerais (arts. 186 e 187). Sabe-se que, “diversamente do direito penal, porém, o direito civil não tipifica legislativamente cada comportamento danoso; ao contrário, a obrigação de indenizar está inserida em uma cláusula geral, prevista no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil” (Maria Celina Bodin de Moraes, “A Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a Responsabilidade Civil”. In: *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 440). Seja como for, o conceito de ilícito

culpa, desse modo, apenas é necessária na ação de regresso⁷. Aliás, outra inovação da Constituição Federal de 1988, em termos de responsabilidade civil do Estado, foi a substituição da expressão “funcionários públicos” pela expressão “agentes públicos”. A expressão “funcionários públicos”, que constava nas cartas constitucionais anteriores, era lida pela doutrina como demasiado restrita, não dando conta da multiplicidade de pessoas que atuam, de uma forma ou de outra, em nome do Estado. Por isso a Constituição de 1988, em correto ajuste redacional, inseriu a expressão “agentes públicos”. A tendência, ademais, na matéria, é a leitura (hermenêutica) no sentido da progressiva ampliação das pessoas que, agindo ou se omitindo, fazem surgir a responsabilidade civil do Estado. Não importa se o vínculo é precário, se é temporário, nem mesmo importa que haja (ou que tenha havido) remuneração.

civil não se confunde com o de responsabilidade civil. Os ilícitos civis são uma categoria ampla e multiforme – a responsabilidade civil é apenas uma das muitas sanções possíveis que resultam de ilícitos civis (sem mencionar o fato, bastante óbvio, de que a responsabilidade civil pode resultar de atos lícitos).

7. No Brasil, inexplicavelmente, as ações de regresso *não são* propostas. Pelo menos essa é a regra. Quando o são, em geral são contra agentes públicos humildes, como motoristas de veículos de repartições públicas. São muitas as razões possíveis dessa cultura de marcada omissão em relação às ações de regresso. Talvez, em parte, nosso conhecido traço patrimonialista – tão bem denunciado por Raymundo Faoro, em *Os Donos do Poder* – que faz pensar que os bens do Estado não são de ninguém (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 141 e seguintes; FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989; CITTADINO, Gisele. Raymundo Faoro e a Reconstrução da Democracia no Brasil. In: Juarez Guimarães. (Org.). Raymundo Faoro e o Brasil. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009, v. 1, p. 33-37). Ou, pior, nossa proverbial dificuldade em distinguir o privado do público, ou o *jardim* e a *praça*, na sutil metáfora de Nelson Saldanha (SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça: Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986). Imagina-se, conscientemente ou não, que aquilo que é do Estado não é de ninguém, e portanto não há problema se houver um prejuízo aqui e outro ali. Esse modo de pensar leva à corrupção, mas não só a ela. A propósito, o STF já se manifestou afirmando que “o que é preciso é que as Procuradorias dos órgãos públicos se compenentrem de que devem aforar a competente ação regressiva contra o agente público que agiu com dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º)” (STF, Agr. 167.659-1, Rel. Min. Carlos Velloso). O Projeto de Lei nº 718/2011, do Senado Federal, que pretende regulamentar a responsabilidade civil do Estado, dispõe: “Art. 9º. A responsabilização dos agentes será, em qualquer caso, efetivada regressivamente. § 1º. Identificado o agente causador do dano, e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se o ajuizamento da ação de regresso”.

Convém indagar se a fase teórico-normativa inaugurada pela Constituição de 1946 explica, de modo satisfatório, as relações jurídicas atualmente experimentadas, isto é, se guarda compatibilidade com nossa democracia constitucional. Ou se caberia dar um passo além, construindo um modelo teórico que contemple o Estado como garantidor dos direitos fundamentais. Construindo, em outras palavras, um modelo conceitual que dialogue com a complexidade das sociedades contemporâneas e forneça uma estrutura analítica que se pretenda harmônica com as atuais democracias constitucionais⁸. Conforme frisamos, as funções do Estado, hoje, são no mínimo mais coloridas que as tradicionais funções absenteístas dos séculos passados.

Nosso ponto de partida, em certa medida, é o ponto de chegada da responsabilidade objetiva do constituinte de 1946. Será que, normativamente – tendo presentes as construções teóricas e jurisprudenciais que desenvolvemos nestes setenta anos – a responsabilidade civil do Estado de hoje é a mesma de 1946? Não dispomos, agora, no século XXI, de uma rede de conexões normativas e conceituais que nos permitam dar um passo além? Talvez possamos afirmar que o Estado do século XXI tem o dever, em certa medida, de acertar,

8. Nesse contexto, “o alargamento das funções do Estado provocou mudanças nas relações entre Poder Público e indivíduo, as quais, por sua vez, promoveram marcantes alterações na tradicional concepção acerca da responsabilidade civil do Estado. Condições sociais e políticas inéditas reclamaram, primeiro da jurisprudência, depois na legislação, soluções ajustadas às novas circunstâncias” (FREITAS, JUAREZ. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação do excesso e da omissão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 241, 2005, pp. 21/37, p. 23). Alguns autores, argutamente, percebem o abismo teórico (e social) que existe entre certos conceitos e a realidade dos nossos dias. No direito administrativo – fundamental, embora não de modo exclusivo, nos debates relativos ao problema desta tese –, por exemplo, o instrumental teórico é fundamentalmente do século XIX. Assim, “o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás”. Justen Filho destaca de modo enfático: “A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e desconstituídas de transparência, tais como discricionariedade administrativa, conveniência e oportunidade e interesse público. Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14).