

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Gilvan Carneiro de Andrade Filho

**A Responsabilidade do Agente Público em Face do Artigo 37, § 6º da Constituição
Federal: Uma Análise Principlológica**

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2022



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Gilvan Carneiro de Andrade Filho

**A Responsabilidade do Agente Público em Face do Artigo 37, § 6º da Constituição
Federal: Uma Análise Princiológica**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Cammarosano.

São Paulo

2022

Gilvan Carneiro de Andrade Filho

A Responsabilidade do Agente Público em Face do Artigo 37, § 6º da Constituição Federal:
Uma Análise Principlológica

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: __ / __ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Cammarosano (Orientador) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Clovis Beznos - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof^ª. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - Universidade Federal de Minas Gerais

RESUMO

A redação imprecisa do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, deu origem a ampla divergência acerca da possibilidade da vítima inserir o funcionário público no polo passivo de ação judicial para responsabilização civil pelo prejuízo sofrido. Nesse sentido, uma parcela da doutrina e jurisprudência entende que o referido dispositivo estaria instituindo uma dupla garantia, de ressarcimento ao particular e intangibilidade ao agente, que, sob esta perspectiva, só responderia perante a pessoa jurídica que é vinculado, enquanto outra parte entende pela possibilidade de uma indenização por salto, de modo que a ação indenizatória poderia ser movida diretamente contra o agente público causador do dano, saltando-se, assim, uma ação regressiva prévia. No intuito de solucionar este dissenso, o presente estudo analisa, de forma qualitativa e exploratória, as correntes que orbitam a legitimidade passiva do agente público, e, tomando por base os princípios administrativos que as sustentam, desenvolve, de forma objetiva e pormenorizada, um entendimento sólido acerca da impossibilidade do agente público ser demandado diretamente pelo vitimado na hipótese de responsabilidade civil estatal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Agente Público. Princípios administrativistas.

ABSTRACT

The imprecise wording of article 37, § 6° of the Federal Constitution, gave rise to a wide disagreement about the possibility, for the victim, of inserting the public agent in the passive pole of the lawsuit for civil liability, due to the damage suffered. Thereby, a portion of the doctrine and jurisprudence understands that the referred device established a double guarantee, of reimbursement to the citizen and intangibility to the agent, which, from this perspective, would only respond to the legal entity that is bound, while another part understands that an indemnity by leap is possible, so, the compensation action could be moved directly against the public agent causing the damage, skipping a previous regressive action. In order to resolve this disagreement, the present study analyzes, in a qualitative and exploratory way, the perspectives about the passive legitimacy of the public agent, and, based on the administrative principles that support them, develop, in an objective and detailed way, a solid understanding about the impossibility of a public agent direct responsabilization by the victim, in case of civil liability.

Keywords: Civil responsibility. Public Agent. Administrative principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	9
2.1 A teoria da irresponsabilidade	9
2.2 As teorias civilistas da culpa	11
2.2.1 A teoria dos atos de império e dos atos de gestão	12
2.2.2 A teoria da culpa civil	13
2.3 O caso Blanco e o surgimento do Direito Administrativo	14
2.4 As teorias publicistas	16
2.4.1 A teoria da culpa anônima	16
2.4.2 A teoria do risco	18
2.4.2.1 A teoria do risco administrativo	20
2.4.2.2 A teoria do risco integral	21
2.5 A responsabilidade estatal no Direito Brasileiro	21
3 DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELOS AGENTES PÚBLICOS	31
3.1 Agentes públicos	32
3.1.1 Agentes políticos	33
3.1.2 Agentes honoríficos	34
3.1.3 Servidores estatais	35
3.1.3.1 Servidor público	35
3.1.3.2 Servidores das pessoas governamentais de direito privado	37
3.1.4 Particulares em colaboração com o poder público	39
3.1.5 Agentes públicos e sua relação com o Estado	40
3.2 Da indenização <i>per saltum</i>	45
3.2.1 Conceito e fundamentos	45
3.2.2 A admissibilidade da denúncia à lide	48
3.3 Da dupla garantia	54
3.3.1 Conceito e fundamentos	54
3.3.2 A inadmissibilidade da denúncia à lide	58
4 UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA	61

4.1 A dignidade da pessoa humana	67
4.1.1 A dignidade da pessoa humana e o nascimento do Direito Administrativo	67
4.1.2 O metaprincípio da dignidade da pessoa humana	68
4.1.3 Dignidade da pessoa humana e a responsabilização do agente público	70
4.2 Da legalidade	74
4.3 Da impessoalidade	79
4.4 Da moralidade	82
4.5 Da eficiência	86
4.6 Dos princípios atinentes ao interesse público	90
4.6.1 Interesse público	90
4.6.2 Conceito	91
4.6.3 Acepções de interesse público	92
4.6.4 O interesse público na responsabilização do agente	95
4.6.5 A supremacia do interesse público	100
4.6.6 A indisponibilidade do interesse público	104
4.7 Da razoabilidade	105
4.8 Da proporcionalidade	109
5 DA RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS	112
5.1 As diferentes concepções de dinâmica principiológica	113
5.2 Ponderação	116
5.2.1 Origem da ponderação	117
5.2.2 Uma metodologia imparcial	118
5.2.3 Ponderação e proporcionalidade	120
5.3 Resolvendo a antinomia atinente à possibilidade de responsabilização direta do agente público pelos danos causados a terceiros	124
6 CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS	136

1 INTRODUÇÃO

Resultado de um incessante processo evolutivo, a relação do homem com o Estado se transformou ao compasso das problemáticas vivenciadas no cotidiano, gerando princípios e regras que, cada vez mais, asseveram a responsabilidade estatal frente aos seus administrados.

Atualmente, o sustentáculo dessa normatização é o artigo 37, § 6º da Constituição Federal¹, por meio do qual se estabeleceu que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa².

Ocorre que, ao delimitar as consequências deste direito de regresso para o ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e a jurisprudência têm divergido se este estaria excluindo, ou não, a possibilidade da vítima inserir o funcionário no polo passivo de ação judicial para responsabilização civil pelo prejuízo sofrido³.

Tal discordância atingiu as cortes superiores, assim, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela dupla garantia (apenas o Estado poderia compor o polo passivo do referido processo, pois isto garantiria o ressarcimento do particular e a intangibilidade do agente, que só responderia perante a pessoa jurídica que é vinculado)⁴, enquanto o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela hipótese de indenização por salto (possibilidade de ação indenizatória

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1070-1071.

³ FONTELES, Claudio Lemos. Tabela - Responsabilidade do Estado - Direito de regresso. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 183-187, abr. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47361/45384>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

diretamente contra o agente público causador do dano, saltando-se, assim, uma ação regressiva prévia)⁵.

Nota-se, porém, que, apesar da recorrência judicial do tema, este segue sendo analisado sob um enfoque majoritariamente valorativo, muitas vezes desprovido de sistematicidade e profundidade, e tomado por recorrente subjetividade, o que permite os mais diversos e discrepantes entendimentos.

Assim, à princípio, o presente trabalho busca uma melhor compreensão das muitas questões que a orbitam a matéria, no intuito de fundamentar as bases para um possível veredito ao referido impasse, a começar pela contextualização histórica da responsabilidade extracontratual do Estado, no que concerne ao reconhecimento de suas origens, à sua relação com o nascimento do próprio Direito Administrativo, e à compreensão de como a responsabilidade civil do Estado, por atos de seus agentes, tem se manifestado perante os diferentes estágios da responsabilização estatal, inclusive no que se refere ao Direito Positivo Brasileiro.

Partindo deste entendimento evolutivo, os dados encontrados permitem que se correlacione o caminho que a norma constitucional pátria percorreu (até chegar ao seu formato atual), com o conceito de agente público e a forma como este se relaciona com o Estado, auferindo um discernimento mais apurado das razões doutrinárias, legais e jurisprudenciais que fomentam a referida discordância.

Portanto, é através da cognição destas particularidades, e da compreensão das correntes que orbitam a legitimidade passiva *ad causam* do agente público, que este estudo se volta ao seu objetivo principal, identificando os princípios administrativistas que as norteiam, e resolvendo as antinomias que, por ventura, sejam encontradas, para, só então, deliberar qual das vertentes deve prevalecer, e sanar esta controvérsia, desenvolvendo, de forma mais analítica e objetiva, um entendimento sólido acerca da possibilidade ou impossibilidade do agente

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-esp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

público ser demandado diretamente pelo vitimado, suscitando mais segurança jurídica ao ordenamento jurídico pátrio.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Desde o surgimento do próprio conceito de Estado, a forma como este se responsabiliza por seus atos tem sido alvo de inúmeras teorias, variáveis no tempo e no espaço, que permitem que ele responda de maneiras diferentes pelo dano causado, a depender do contexto vivenciado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ sintetiza a vastidão desse rico universo teórico, renunciando que, por muito tempo, prevaleceu a regra da irresponsabilidade administrativa, até que, em seguida, evoluiu-se para a responsabilidade subjetiva, adstrita à existência de culpa (ainda aceita em certos casos), e, por fim, caminhou-se para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável diante de requisitos normativos que variam de um ordenamento para outro. Voltando o olhar para uma perspectiva espacial, a autora aponta que é perceptível, em alguns ordenamentos, como o europeu-continental, a prevalência de um regime publicístico, enquanto que, em ordenamentos como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado.

Nesse diapasão, é evidente que o ato danoso de um agente público é apenas uma das muitas conjunturas que podem ensejar a responsabilização estatal, sendo o quadro geral muito mais diverso e abrangente.

Assim, neste primeiro momento, abordar-se-á a evolução histórica da responsabilidade extracontratual do Estado e os avanços conquistados pelos administrados, bem como sua relação com o nascimento do próprio Direito Administrativo, alicerçando a compreensão de como o entendimento da responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes se manifesta perante as formas e fases da responsabilização estatal.

2.1 A teoria da irresponsabilidade

Até meados do século XIX, era bastante comum a adoção, como forma de governo, do modelo de monarquia absoluta, onde, diferentemente da monarquia constitucional, o Estado se individualizava na figura de um Rei, que exercia poder absoluto, e cuja vontade tinha força de lei⁷.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 842.

⁷ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **O absolutismo e sua influência na formação do Estado brasileiro**. Revista dos Tribunais. v. 969, 2016. Disponível em:

Nesse período, carecia-se de princípios e regras administrativistas que assegurassem o direito dos administrados. Assim, os danos causados pelo Estado acabavam sendo atribuídos à providência divina, posto que articuladores do absolutismo, como Richelieu⁸, defendiam uma descendência celestial dos monarcas, corroborando a tese da incontestabilidade do poder real.

Prevalencia, portanto, a teoria da irresponsabilidade⁹, pautada na indissociabilidade entre a figura do Estado e o papel do Monarca, que lhe outorgava uma autoridade incontestável perante o súdito, e obstaculizava a responsabilização estatal por atos que causassem danos aos seus administrados.

Nesse sentido, José Cretella Júnior aponta que:

Nos regimes primitivos, todo o peso do dano era suportado pelo prejudicado, que não tinha possibilidade jurídica de espécie alguma para reclamar ou obter indenização, nem contra o agente do qual emanava diretamente o ato, nem contra o soberano. Apareciam assim aniquiladas, pelo próprio Estado, a integridade e o gozo dos direitos de seus súditos, nas aras da idéia absoluta e injusta de poder do príncipe e de seu direito divino¹⁰.

Por sua evidente injustiça, esta premissa logo passou a ser atacada, afinal, “se o Estado deve tutelar o Direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”¹¹.

Contudo, tomando por base o surgimento do Direito Público na França, Bandeira de Mello¹² sustenta que esta teoria não representava um completo desamparo dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado, já que admitia-se a responsabilização estatal quando houvesse previsão legal específica (como era o caso dos danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII), bem como nos danos decorrentes da gestão do domínio privado do Estado e das coletividades públicas locais.

O referido autor afirma, ainda, que, sob esse contexto específico, o princípio da irresponsabilidade do Estado não gerava consequências tão graves aos particulares, tanto que o ordenamento jurídico francês chegou a admitir a responsabilização do funcionário público

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RTrib_n.969.03.PDF. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁸ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **O absolutismo e sua influência na formação do Estado brasileiro**. Revista dos Tribunais. v. 969, 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RTrib_n.969.03.PDF. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 842.

¹⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo. p. 44.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 843.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1033-1034.

quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado ao seu comportamento pessoal e houvesse uma prévia autorização do Conselho de Estado francês para que a ação pudesse correr perante o Tribunal Cível (disposições análogas existiam na Alemanha, nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse)¹³.

Tal ponderação é de suma importância para o presente estudo, pois revela que a responsabilização direta do agente público não é algo inédito, já que, à época (em específico) do nascimento do Direito Público na França, chegou a ser permitida a responsabilização direta do agente público, sob a vigência da teoria da irresponsabilidade.

Porém, há de se destacar que, até mesmo naquele momento, não era algo que ocorria livremente. Havia uma “garantia administrativa dos funcionários”, atinente à necessidade de prévia anuência do Conselho de Estado francês, que era raramente concedida, e que só viria a cair em 1870, por via de um decreto-lei de 18 de setembro¹⁴.

De todo modo, é certo que, com o aparecimento de diversas Revoluções Liberais, como a Revolução Francesa de 1789, constatou-se que a origem do poder não era divina, e que o soberano, o Estado e os seus agentes eram susceptíveis ao erro.

Assim, a teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado foi paulatinamente abandonada pelos ordenamentos jurídicos, que passaram a admitir a responsabilidade estatal através de compêndios legislativos como o *Federal Tort Claim Act* (Estados Unidos), de 1946, o qual permitia que, em grande parte dos casos, o particular pudesse acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, desde que houvesse culpa; e o *Crown Proceeding Act* (Inglaterra), de 1947, que passou a responsabilizar a Coroa pelos danos causados por seus funcionários ou agentes, desde que houvesse infração dos deveres que todo patrão tem em relação aos seus prepostos e dos deveres que toda pessoa comum tem em relação à propriedade¹⁵.

2.2 As teorias civilistas da culpa

No século XIX, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, e a teoria da irresponsabilidade estatal restou superada. No entanto, não haviam regras de Direito Público que normatizassem integralmente a matéria. Por esse motivo, em um primeiro momento,

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1034.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1034.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 843.

adotaram-se princípios de Direito Civil, apoiados na ideia de culpa, para regulamentar a maneira como se daria essa responsabilidade; daí falar-se em teorias civilistas da culpa¹⁶ (cabe ressaltar que a doutrina não é unânime quanto à denominação da presente teoria, havendo diversas outras maneiras de se referir a tal forma de responsabilização do Estado, como por exemplo: teoria intermediária, teoria da responsabilidade com culpa, teoria mista).

2.2.1 A teoria dos atos de império e dos atos de gestão

Contudo, como essa nova conjuntura surgiu com o objetivo de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca pelos prejuízos causados a terceiros, não houve, à princípio, um tratamento isonômico entre Estado e particular perante as normas civilistas, pois buscava-se a responsabilização estatal pelos atos dos seus prepostos, mas afastava-se a responsabilidade do Rei pelos seus próprios atos, pautando-se na ideia de que ele não cometia erros (*the king can do no wrong*). Assim, para acomodar esta nova dinâmica, Di Pietro¹⁷ aponta que se criou-se, à época, uma distinção entre atos de gestão e atos de império.

Os atos de gestão eram os executados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a coordenação de seus serviços e para a manutenção e desenvolvimento do patrimônio público. Como a Administração e o particular estavam em uma posição de equivalência, aplicava-se o direito comum para ambos.

E os atos de império seriam aqueles executados pela Administração com todas as prerrogativas de autoridade, o que permitia que fossem impostos de forma unilateral e coercitiva ao administrado (independentemente de autorização judicial). Como estes últimos não poderiam praticar atos semelhantes, percebe-se que, aqui, era aplicado um direito especial, exorbitante do direito comum.

Tal conjuntura até perdurou por algum tempo, no entanto, conforme afirma Cretella Júnior: "Era muito fácil invocar ora uma, ora outra das teorias, dizendo que tal atos eram de império ou de gestão e não se divisava a diferença entre os dois. O resultado era que o Estado ficava sempre irresponsável"¹⁸.

Assim, a dificuldade de se enquadrar, como atos de gestão, todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços, e a

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 843.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 843.

¹⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 345.

impossibilidade de se dividir a personalidade do Estado, levaram ao abandono da distinção entre atos de gestão e de império¹⁹.

2.2.2 A teoria da culpa civil

Não obstante a superação desta diferenciação, alguns autores ainda continuaram apegados à doutrina civilista, admitindo a responsabilidade do Estado quando demonstrada a culpa, e equiparando a responsabilidade do Estado à do patrão, pelos atos dos prepostos ou empregados. Era a teoria da responsabilidade subjetiva ou da culpa civil²⁰.

Segundo esta teoria, o Estado recebia o mesmo tratamento que os particulares, para fins de indenização, sendo obrigado a indenizar os danos causados sempre que seus agentes atuassem com dolo ou culpa. Logo, a aferição destes era de fundamental importância para a imputação da responsabilidade, já que eram fatores condicionantes para a responsabilidade do Estado.

Isto fazia com que somente se admitisse a reparação dos danos através da comprovação destes elementos subjetivos, o que não era plausível perante algumas situações em que o Estado causava danos a terceiros, conforme explica CRETELA JUNIOR:

A teoria da culpa passou a oferecer a seguinte dificuldade: muitas vezes se verificava o dano, mas não se conseguia fixar a responsabilidade pessoal do funcionário. Ausente o elemento intencional ou, presente, mas não identificado, o particular ficava desprotegido, mesmo sofrendo a ação danosa produzida pelo mau funcionamento do serviço público. Havia prejuízo e ninguém respondia por ele, pela simples razão da impossibilidade de descobrir o elemento humano, cuja atividade tivesse dado como consequência o dano²¹.

Assim, apesar do evidente progresso em relação à teoria da irresponsabilidade, a teoria da culpa civil também acabou sendo superada, pois mostrou-se incapaz de atender aos anseios de justiça, impondo, ao cidadão lesado, o dificultoso encargo de identificar, individualizar e comprovar a culpa do agente público causador do dano. Fardo, este, que era especialmente penoso quando a lesão era ocasionada por falha da máquina administrativa.

Portanto, analisando-se as teorias civilistas da culpa como um todo, é possível identificar que, mais uma vez, a responsabilização direta do agente público era admitida, desta vez sob o viés das teorias civilistas da culpa, já que o funcionário responderia, em equivalência

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 843.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 843.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo. p. 59.

com o particular, através das normas de direito civil, seja pelos atos lesivos de gestão, ou (considerando a teoria da responsabilidade subjetiva em específico), pela comprovação de culpa (ou dolo).

2.3 O caso Blanco e o surgimento do Direito Administrativo

É certo que a Revolução Francesa de 1789 foi o marco histórico que possibilitou o surgimento do Direito Administrativo, com a superação do desarranjo típico do direito consuetudinário (baseado nos costumes), por uma nova concepção política, que conferia autoridade à lei, e que seria elaborada pelo legislativo²².

Isto, porque foi ela quem abriu espaço para a construção do Conselho de Estado, que tinha natureza jurisdicional mas não compunha o Poder Judiciário (estava e está integrado ao Poder Executivo), e cujas decisões criaram as bases do Direito Administrativo:

Sobrevindo a Revolução Francesa, como o período histórico precedente era o da Monarquia Absoluta, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Daí que era preciso aplicar um Direito “novo”, ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas do Direito até então existente disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica. Tais vínculos, consoante se entendia, demandavam uma disciplina específica, animada por outros princípios, que teriam que se traduzir em normas que viriam a ser qualificadas como “exorbitantes” - porque exorbitavam dos quadros do Direito até então conhecido, o “Direito Comum”. Foi o referido Conselho de Estado - instituído pelo art. 52 da Constituição de 22 de Fevereiro do Ano VIII, isto é, de 15 de dezembro de 1799 - que, com suas decisões, forjou estes princípios e as concepções que se converteram no que se chama “Direito Administrativo”²³.

Durante essa construção jurisprudencial, o Conselho de Estado francês julgou um importante aresto, consolidando o primeiro posicionamento favorável à condenação do Estado por danos decorrentes do exercício das atividades administrativas: o Caso Agnès Blanco.

Sobre este evento, Alexandre Mazza²⁴ narra que a jovem Agnès, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi atropelada por um pequeno vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, levando-a a óbito aos cinco anos de idade.

²² RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madrid, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39.

²⁴ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 461-465.

Tendo em vista que o veículo estava em exercício de sua função administrativa, o pai da criança entrou com ação de indenização, fundada na ideia de que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros na prestação de serviços públicos.

Na ocasião, havia choque de competência entre o Conselho de Estado (órgão jurisdicional do Executivo) e a Corte de Cassação (órgão jurisdicional do Judiciário), restando ao Tribunal de Conflitos a resolução do impasse.

Em resposta, a referida corte, na pessoa do seu Conselheiro Davi, além de decidir que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, também concluiu que este deveria fazê-lo em termos publicísticos, pois o Estado era parte na relação jurídica.

Assim, ao colocar de lado o Código Napoleônico, e afirmar, de forma inédita, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos, permitiu-se uma nova tratativa ao instituto da responsabilidade estatal, que sairia do campo do Direito Civil, e adentraria o campo do Direito Administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diferente²⁵.

Esta decisão, portanto, era vanguardista em mais de um aspecto, conforme explica Di Pietro:

Embora a decisão apenas confirmasse, quanto à competência da jurisdição administrativa, jurisprudência anterior do Conselho de Estado, adotada nos casos Rotschild (1855) e Dekeister (1862), ela inovava em dois pontos: quando definia a competência da jurisdição administrativa pelo critério do serviço público (responsabilidade por danos decorrentes do serviço público) e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares.

A partir de então, inegável foi a contribuição do Conselho de Estado francês para a elaboração de princípios informativos do Direito Administrativo²⁶.

Assim, dentro desse contexto histórico, a responsabilidade estatal assumiu um papel de destaque na ascensão administrativista, em especial quanto ao “Aresto Blanco”²⁷, a partir do qual conquistou-se “a autonomia do Direito Administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios”²⁸, fazendo que a responsabilidade do Estado deixasse de ser regida por normas de Direito Civil, e passasse a ser regida por normas e princípios de Direito Público.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 844.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 10.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1034.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 9.

2.4 As teorias publicistas

Através das inovações trazidas pelo caso Blanco, compreendeu-se que a responsabilidade do Estado não poderia ser regida por princípios civilistas, haja vista as necessidades especiais do serviço público e as dificuldades em se conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir de então, a responsabilidade civil do Estado passou a ser solucionada com fundamento em Direito Público, o que permitiu o surgimento das teorias publicistas de responsabilização estatal, dentre as quais podemos citar a teoria da culpa anônima, e a teoria do risco, dividida, por alguns autores, entre teoria do risco administrativo e teoria do risco integral²⁹.

2.4.1 A teoria da culpa anônima

A teoria da culpa anônima (também denominada de teoria da culpa administrativa, ou da culpa do serviço), é uma teoria publicista, e, como tal, é regida por princípios e regras especiais que variam conforme a exigência de se conciliar os direitos privados com os direitos do Estado e as necessidades do serviço.

Contudo, apesar de possuir uma forte influência dos preceitos inerentes ao conjunto de princípios e regras que regem a Administração Pública e o Direito Público (o que sugere uma desnecessidade de identificação de culpa individual para a deflagração de responsabilidade do Estado), há uma grande divergência doutrinária quanto ao caráter subjetivo ou objetivo que essa teoria impõe à responsabilidade estatal.

Bandeira de Mello, por exemplo, defende que ela é precursora da responsabilidade subjetiva, e não objetiva:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva³⁰.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 844.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1036.

Já Bacellar Filho³¹ segue a linha da responsabilidade objetiva, alegando que a doutrina da culpa civil não solucionava satisfatoriamente as lesões ocasionadas por falhas da máquina administrativa (faltas próprias do serviço, onde não era possível especificar o agente causador do dano). Daí, para sanar a problemática, foi necessário desenvolver uma nova concepção de responsabilidade, através da qual o Estado passou a ser responsabilizado sempre que os seus serviços não funcionassem, funcionassem mal ou funcionassem atrasados. E, assim, não seria necessário identificar o agente causador do dano e nem provar sua culpa ou dolo. A culpa seria do próprio serviço, que prestado inadequadamente, ou não prestado, já ensejava a reparação o dano.

Por sua vez, Di Pietro aponta que houve uma separação entre a responsabilidade do Estado e a culpa do funcionário, daí se falar em culpa do serviço público:

Distingua-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário³².

É evidente que todas as posições doutrinárias possuem fortes argumentos, o que não poderia ser diferente, tendo em vista que esta teoria corresponde ao primeiro momento da transição entre a tese da culpa civil (responsabilidade subjetiva do Estado) e a conseguinte doutrina do risco administrativo (responsabilidade objetiva do Estado). Seu caráter inovador permitiu que a falta do serviço, por si só, figurasse como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiros (ressalta-se, porém, que também se exigia uma culpa especial da Administração, denominada de culpa administrativa)³³.

Assim, discussões à parte, o importante é destacar que essa teoria foi um marco da transição entre a responsabilidade subjetiva e objetiva do Estado, concebendo grandes avanços para os direitos dos particulares lesionados pela Administração Pública, e para a proteção do patrimônio.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 192.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 844.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 724-727.

Por fim, no que se refere aos objetivos do presente trabalho, ressalta-se que, apesar da culpa anônima admitir que a simples falta objetiva do serviço já permitisse a responsabilização da Administração Pública perante terceiros, autores como Di Pietro³⁴ apontam que o funcionário ainda responderia por sua culpa individual, sugerindo que este poderia ser diretamente responsabilizado pelo dano que causou, contanto que restasse comprovada sua culpa. Isto confirma, mais uma vez que a responsabilização direta do agente público era a regra no passado próximo, e até mesmo no início da jurisdição publicista.

2.4.2 A teoria do risco

Conforme a doutrina de Di Pietro³⁵, no decorrer dos anos, os ordenamentos jurídicos passaram, cada vez mais, a se pautar no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, difundindo-se a ideia de que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade também devem ser repartidos.

Isso significa que, quando um indivíduo era acometido por um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deveria existir entre os encargos sociais. Daí, para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deveria indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

Essa nova ideologia serviu de base para a ascensão de diversas normatizações, como o artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual "para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades"³⁶.

Seguindo o fluxo desse contexto evolutivo, o Conselho de Estado francês, sem abandonar a teoria da culpa anônima do serviço público, passou a adotar tais procedimentos, no que passou a ser denominado de teoria do risco (chamada assim, pois, como o Estado detinha mais poderio do que qualquer particular, ele teria que suportar os riscos naturais inerentes de suas atividades), ou teoria da responsabilidade objetiva (por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos, culpa ou dolo)³⁷.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 844.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 844.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 844.

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo. p. 69-70.

Essa teoria passou a ganhar espaço sob o pressuposto de que o Estado possui mais prerrogativas do que seus administrados. Assim, sob o fundamento dessa responsabilização objetiva, a vítima do dano não teria que comprovar culpa ou dolo do funcionário, do serviço, ou da Administração. Bastaria demonstrar o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a atividade estatal.

Em vista disso, Di Pietro explica:

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o fundamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano³⁸.

Portanto, causado o dano, o Estado responderá como se fosse uma empresa de seguro, onde os segurados seriam os contribuintes que, pagando os seus tributos, colaboram para a construção de um patrimônio coletivo³⁹.

Não obstante o aspecto objetivo da responsabilização estatal característico desta teoria, Hely Lopes Meirelles⁴⁰ destaca que ela se subdivide em duas modalidades: a do risco administrativo, que admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior); e a do risco integral, que não as admite.

No entanto, durante muito tempo (especialmente no direito brasileiro), uma parte considerável da doutrina não fazia essa diferenciação, considerando essas duas modalidades como sinônimas, ou tratando risco administrativo como acidente administrativo. Haviam autores que, inclusive, falavam em teoria do risco integral, mas admitiam as causas excludentes da responsabilidade⁴¹.

Por tal motivo, essa categorização passou a ser alvo de críticas, como a de Cahali⁴², ao ponderar que essa diferenciação não se dava em função de uma distinção ontológica ou conceitual entre as duas modalidades de risco pretendidas, mas, tão somente, em razão das consequências atribuídas a uma outra modalidade: “o risco administrativo era qualificado pelo

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 845.

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo. p. 69-70.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 724-727.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 845.

⁴² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção".

Nesse sentido, o referido autor aponta que, observando a questão sob o enfoque da causalidade, se percebe que, independente da qualificação atribuída ao risco, admite-se que os tribunais atenuem ou, até mesmo, excluam a responsabilidade do Estado, quando outros fatores, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto.

Di Pietro, então, arremata que, quanto à maneira de designar as teorias, todos parecem concordar que se trata de responsabilidade objetiva, que se faz necessário averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público (irregular ou não), e que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado. Logo, as divergências seriam mais terminológicas do que de fundo⁴³.

De todo modo, é certo que ambas as modalidades foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a depender da casuística. Por tal motivo, seguir-se-á para uma análise individualizada das mesmas.

2.4.2.1 A teoria do risco administrativo

Alicerçada na justa distribuição de ônus e encargos sociais perante a coletividade, e levando em conta os riscos produzidos pela atividade estatal na persecução de seus fins, surge a teoria do risco administrativo (ou do risco moderado), instituindo que a responsabilização estatal depende apenas da comprovação denexo de causalidade entre o dano e a conduta danosa (ação ou omissão do Estado), não sendo necessária a comprovação de culpa por parte do agente público, ou falha da máquina administrativa.

Contudo, para esta tese, existem possibilidades onde o Poder Público pode se eximir de suas responsabilidades, como explica Cretella Júnior:

O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas, e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização⁴⁴.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 845.

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo. p. 44.

Assim, a doutrina elenca algumas situações que permitem exclusão da responsabilidade estatal, dentre as quais podemos apontar, com segurança, duas hipóteses: um acontecimento, imprevisível e irresistível, causado por força externa ao Estado (caso fortuito e força maior); e os casos em que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso⁴⁵.

Existem, ainda, alguns autores que vão mais além, e apresentam outras causas capazes de excluir a responsabilidade do Estado, como o exercício regular de direito, o estado de necessidade e a ação de terceiros. Porém, ressalta-se que tais hipóteses não são pacificamente aceitas por toda a doutrina.

2.4.2.2 A teoria do risco integral

Por sua vez, a teoria do risco integral, defende que a responsabilização estatal ocorre pela simples comprovação da relação de causalidade entre a conduta danosa e a mera participação de um agente público, impedindo que o Estado se utilize de qualquer causa para excluir sua responsabilidade.

Nota-se, portanto, que o ponto diferencial entre essa teoria e a do risco administrativo está na impossibilidade do Poder Público comprovar a incidência de causas excludentes de sua responsabilidade⁴⁶.

Ela rejeita circunstâncias que podem ter sido cruciais para a ocorrência do dano (como a força maior, o caso fortuito e o comportamento da vítima), e, conseqüentemente, permite um acentuado grau de punitivismo, já que submete o Estado à responsabilização por todo e qualquer dano suportado por terceiros.

Por esse motivo, ela não poderia ser aceita como regra geral, caso contrário o Poder Público estaria fadado ao colapso, pois validaria uma série de ações indenizatórias desprovidas de nexo causal com o evento danoso, impondo, ao erário público, um ônus que não é dele.

2.5 A responsabilidade estatal no Direito Brasileiro

⁴⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 841.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 724-727.

Voltando o olhar para o Direito Positivo Brasileiro, notamos que, apesar de nunca se ter acolhido a teoria da irresponsabilidade do Estado, muitas outras teses de responsabilização estatal foram adotadas ao longo dos anos.

Isto, porque, conforme explica Di Pietro⁴⁷, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação, e o conteúdo das normatizações pátrias acabou por pendular, apenas, entre o aspecto civilista da responsabilidade subjetiva e o publicista da responsabilidade objetiva.

À princípio, as Constituições de 1824 (inciso XXIX, do artigo 179)⁴⁸ e 1891 (artigo 82)⁴⁹ previam apenas a responsabilidade do funcionário em virtude de abuso ou omissão no exercício de suas funções, mas não continham disposições que preconizassem a responsabilidade do Estado.

Muito embora, algumas legislações ordinárias da época impunham a responsabilização estatal, como era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, e pelos serviços de correio, onde os tribunais adotaram, inclusive, a interpretação jurisprudencial de que o Estado responderia em responsabilidade solidária com os funcionários.

Anos depois, o Código Civil de 1916, tomou a frente e demandou explicitamente a responsabilidade do Estado, instituindo que:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano⁵⁰.

A partir desse momento, passou a haver uma divergência quanto à forma de responsabilização que se estaria adotando. Parte da doutrina entendeu que passou a vigorar a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, pois a expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei” fazia entender que, para a responsabilização estatal, deveria haver uma comprovação de culpa do funcionário. E outra parte da doutrina,

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 846-849.

⁴⁸ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1926. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

pautada na imprecisão contida na redação desse dispositivo, entendeu que já se estaria acolhendo a tese da responsabilidade objetiva⁵¹.

Não obstante essa dissensão, o artigo 171 da Constituição de 1934⁵² e o artigo 158 da Constituição de 1937⁵³ admitiram expressamente a existência de responsabilidade solidária entre Estado (Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal) e funcionário, por qualquer prejuízo decorrente de omissão, negligência ou abuso no exercício de seus cargos.

Na sequência, foi com o artigo 194 da Constituição de 1946 que não restaram mais dúvidas quanto à adoção da teoria da responsabilidade objetiva, já que ele expunha, expressamente:

Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes⁵⁴.

Assim, ficou claro que, se a lei exige culpa ou dolo para o direito de regresso apenas contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas, assegurando sua responsabilização objetiva.

Essa redação viria a ser repetida no artigo 105 da Constituição de 1967⁵⁵, que acrescentou, ainda, que “caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”, o que foi mantido pelo artigo 107 da Emenda nº 1, de 1969⁵⁶.

Por fim, a Constituição Cidadã de 1988⁵⁷, no seu artigo 37, § 6º, arrematou que "§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 846.

⁵² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁵³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁵⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

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”.

Trocando em miúdos, Di Pietro⁵⁸ afirma que a redação desse dispositivo constitucional permite que o interprete identifique duas regras: a da responsabilidade subjetiva do agente público e a da responsabilidade objetiva do Estado.

A tese da responsabilidade subjetiva do agente público foi adotada desde a Constituição de 1946⁵⁹, no sentido de que os agentes somente serão responsabilizados caso seja comprovado que o dano causado por eles seja decorrente de conduta (ação ou omissão) dolosa ou culposa.

Já o entendimento pela responsabilização objetiva do Estado é um pouco mais complexo, e envolve alguns aspectos que merecem destaque especial, atinentes à vítima da conduta lesiva, à antijuridicidade, ao caráter público do serviço prestado, e até mesmo ao agente, conforme se detalhará a seguir.

Partindo do enfoque da vítima da conduta lesiva, ressalta-se que esta pode buscar reparação dentro do prazo prescricional de cinco anos, tanto pela esfera judicial, quanto pela administrativa. Contudo, não se faz necessário que ela seja usuária do serviço público, admitindo-se responsabilidade objetiva do Estado, também, quando o dano decorrente da prestação de serviço público seja causado a terceiros, conforme explicitado pela própria redação do referido dispositivo constitucional, que não faz distinção entre o usuário e o não usuário.

Já quanto à antijuridicidade do ato, a sobredita autora⁶⁰ sustenta que esta, por si só, não pode ser entendida como requisito para a caracterização da responsabilidade estatal na modalidade objetiva, como é defendido por alguns autores, porque essa responsabilização não se limita às condutas ilícitas do Estado, devendo ocorrer, também, quando há a licitude do ato.

De fato, a antijuridicidade, nada mais é, do que a inexistência de norma, na vastidão do ordenamento jurídico, que admita a realização de determinada conduta. Nesse sentido, há de se concordar com a doutrinadora que o simples status de licitude de uma conduta não é razão suficiente para eximir o Estado de indenizar o particular. Por exemplo, no caso do dano decorrente de uma obra pública que está autorizada por lei: ainda que exista uma norma lhe conferindo respaldo, essa licitude (da conduta) não deve impedir uma indenização por parte pelo Estado, pois, em regra, se este causou o dano, mesmo que licitamente, deve repará-lo.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 847-849.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 848-849.

É o que se percebe no caso da legítima defesa, do exercício regular de direito e do estado de necessidade, nos termos do artigo 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo⁶¹.

A redação do artigo atribui licitude aos referidos atos, contudo, o dever de indenizar do Estado ainda persiste, haja vista que os artigos 929 e 930 do Código Civil apontam que:

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)⁶².

Nesses termos, a norma civil admitiu a responsabilidade civil do Estado, mesmo quando os danos forem causados com o objetivo de remover perigo iminente (inclusive no exercício do poder de polícia), ou com a excludente de culpa da pessoa lesada ou do dono da coisa, sem possibilidade de invocar a culpa de terceiro, a não ser para exercer seu direito de regresso.

Assim, “ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico”⁶³, e, conseqüentemente, só se pode aceitá-lo como pressuposto da responsabilidade objetiva se ele, mesmo sendo lícito, for admitido como ato causador de dano anormal e específico a terceiros, caso contrário, romper-se-ia o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais.

Por sua vez, quanto ao caráter público do serviço, é evidente que a responsabilização objetiva ocorrerá sempre que o dano for decorrente de serviço público. No entanto, é importante salientar que isto não se estende apenas às pessoas jurídicas de direito público, mas, também,

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 848.

às entidades de direito privado que prestam serviço público, e, até mesmo, às concessionárias e permissionárias de serviço público, contanto que os danos causados sejam decorrentes da prestação de serviço público (excluem-se as entidades da administração indireta que realizem atividade econômica de natureza privada).

Logo, além do ato lesivo praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (nos termos do art. 41 do Código Civil de 2002⁶⁴), também cabe responsabilização estatal às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público).

Por fim, observando sob o viés do causador do dano, destaca-se que, para a responsabilização estatal na modalidade objetiva, admite-se o agente de qualquer das sobreditas pessoas jurídicas (agentes administrativos, políticos, ou particulares em colaboração com a Administração), contanto que ele esteja agindo no exercício das suas funções públicas.

Concluída a interpretação do § 6º, do artigo 37⁶⁵, é fácil constatar que sua redação é mais vanguardista que o Código Civil de 2002⁶⁶, pois enquanto a Carta Magna admite expressamente a responsabilidade objetiva do Estado no que se refere às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a norma civilista se limita a enunciar que “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 parte destes, culpa ou dolo”, ou seja, ela se omite em relação àquelas pessoas jurídicas.

Por outro lado, houveram momentos em que a referida lei civilista adotou um posicionamento um tanto quanto inovador, como é o caso dos seus artigos 246, 393 e 399⁶⁷, os

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

quais foram vistos por Di Pietro⁶⁸ como uma clara manifestação da teoria do risco integral nas relações obrigacionais, ao que a autora vai mais além, afirmando que este não foi o único momento em que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a referida tese, mas também nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal⁶⁹), disciplinados pela Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977⁷⁰, e na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis 10.309, de 22 de novembro de 2001⁷¹, e 10.744, de 09 de outubro de 2003⁷². Em todos esses casos, a responsabilidade de Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade.

Não obstante a aplicabilidade da teoria do risco integral nesses casos específicos, a regra geral adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro ainda é a teoria do risco administrativo, que admite causas excludentes da responsabilidade. Nesse sentido, podemos destacar três motivos que, em regra, são capazes de excluir a responsabilização do Estado: a força maior, a culpa da vítima, e a culpa de terceiros⁷³.

Tem-se por força maior, o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes”⁷⁴. Seria o caso de furacões, raios, tempestades, terremotos, que, por não haver nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração, refutam a responsabilização estatal. Contudo, se a força maior estiver aliada à omissão do Poder Público ou a ato de terceiros, incide responsabilidade estatal subjetiva.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 846.

⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977**. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16453.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.453%2C%20DE%2017,nucleares%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷¹ BRASIL. **Lei nº 10.309, de 22 de novembro de 2001**. Dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110309.htm#:~:text=LEI%20No%2010.309%2C%20DE%2022%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202001.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20assun%C3%A7%C3%A3o%20pela,aeronaves%20de%20empresas%20a%C3%A9reas%20brasileiras. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷² BRASIL. **Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003**. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.744.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 849-851.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 849.

Ressalta-se que, conforme inteligência do artigo 393 do Código Civil⁷⁵, a força maior não se confunde com o caso fortuito, que corresponde às situações cujo dano decorre de falta da administração ou ato humano, e, em virtude da existência de nexo causal, não se configura como causa excludente da responsabilidade estatal.

Por sua vez, no que se refere à culpa da vítima, se esta for exclusiva, será capaz de excluir a responsabilidade do Estado. Por outro lado, se esta for concorrente com a culpa da Administração Pública, acarretará uma atenuação da responsabilidade, nos termos do parágrafo único do artigo 738, e do artigo 945, ambos do Código Civil⁷⁶.

E uma última causa genérica de exclusão da responsabilidade é a culpa de terceiros. Porém, mais uma vez, admirem-se exceções à sua aplicabilidade. Pode-se citar, por exemplo, o supracitado caso do inciso II do artigo 188 da norma civil⁷⁷ (deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa, afim de remover perigo iminente): a regra é que haverá a responsabilização de quem praticou tais atos, e essa responsabilidade até se exclui através da invocação da culpa da vítima (artigo 929), mas não se exclui com a culpa de terceiro, contra quem é possível exercer o direito de regresso, nos termos do artigo 930.

O mesmo pode ser dito em matéria de transporte de pessoas, haja vista que o artigo 734 do mesmo código⁷⁸ somente admite a força maior com excludente, e o artigo 735, por sua vez aponta que a culpa de terceiro não exclui a responsabilidade do transportador, que responde pelo prejuízo e tem ação de regresso contra o terceiro causador do dano.

Superadas essas causas excludentes de responsabilidade, foi possível ter uma noção da aplicabilidade da teoria do risco administrativo no ordenamento jurídico pátrio. Mas, além desta teoria e da tese do risco integral, é possível apontar, ainda, as situações de responsabilidade do Estado por omissão, entendidas por muitos como uma hipótese de responsabilidade subjetiva (não se aplicando o § 6º do art. 37 da Carta Magna⁷⁹).

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Muito embora, a questão não é pacífica. Hely Lopes Meirelles⁸⁰, por exemplo, defende que o Estado responde por omissão independentemente da caracterização do elemento culpa, adotando-se assim, a responsabilidade objetiva do ente estatal, mesmo quando houver se omitido.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹, José Cretella Júnior⁸², Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸³, e Yussef Said Cahali⁸⁴, sustentam que a responsabilidade no caso de omissão é subjetiva, pois, em se considerando que a imputação de uma conduta omissiva requer uma conduta ilícita prévia, há de se verificar o dever e a possibilidade de agir por parte do Estado, para caracterizar essa ilicitude, e, por sua vez, configurar a culpa estatal. Nesse sentido, aplicar-se-ia a teoria da culpa do serviço público (ou da culpa anônima do serviço público), determinando que o Estado responderá desde que o serviço público não funcione, funcione atrasado, ou funcione mal.

Está não é a única dissensão no que se refere ao tema da responsabilidade extracontratual do Estado. De acordo com Di Pietro⁸⁵, existem divergências, também, a respeito da incidência ou não de responsabilidade civil do estado em decorrência de atos e omissões do poder legislativo e do poder regulamentar, bem como por atos jurisdicionais, e pela possibilidade de responsabilização direta do agente causador do dano (sem a ação de regresso).

Segundo a autora, há quem defenda a responsabilidade do Legislativo, por entender: que o referido poder, apesar de soberano, tem o dever de respeitar a Constituição, respondendo por atos inconstitucionais; que nem sempre a lei produz efeitos gerais, devendo o estado responder pelas que geram dano a determinadas pessoas; e que a eleição do parlamentar indica delegação para fazer leis constitucionais. Já os que sustentam a irresponsabilidade legislativa, o fazem por entender: que o legislativo atua no exercício da soberania; que as leis e regulamentos dirigem-se a todos igualmente, não causando dano anormal específico; e que os cidadãos não podem responsabilizar o estado por atos de parlamentares que eles elegeram.

A doutrinadora, contudo, afirma que atualmente, é aceitável a responsabilidade por atos legislativos no caso de leis inconstitucionais, depois de assim declaradas pelo Supremo Tribunal Federal; e no caso de atos normativos do poder Executivo, que possuem forma de ato e conteúdo

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 566-569.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1045-1050.

⁸² CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo. p. 210.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 852.

⁸⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 282-283.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 854-859.

de lei, bem como das leis materialmente administrativas ou leis de efeitos concretos, que possuem o formato de lei, mas o conteúdo é de ato administrativo (em ambos os casos o Estado responde, mesmo que o ato ou a lei sejam constitucionais).

E destaca, ainda, que é possível a responsabilização do Estado por omissão do legislador, quando reconhecida através de ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, previstos no artigo 103, § 2º, e artigo 5, LXXI, ambos da Constituição Federal⁸⁶. Nesses casos, haverá indenização por perdas e danos.

Já no que se refere à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, quem lhe é favorável, o faz por entender: que a soberania é do Estado, e não de cada poder; que a independência é atributo de todos os poderes; e que mesmo o juiz não sendo funcionário público, ele ainda se enquadraria como agente público, no sentido amplo do art. 37, § 6º da Constituição Federal⁸⁷. E quem lhe é contrário, sustenta: que O poder judiciário é soberano; que os juízes devem agir com independência, sem o receio de causar responsabilidade do Estado; que o magistrado não é funcionário público; e que há em indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria o princípio da coisa julgada.

No entanto, a jurisprudência, como regra, não aceita a responsabilidade por ato judicial, por entender que quem responde não é o Estado, mas, sim, o juiz, ao atuar com dolo ou fraude, nos termos do art. 143 do Código de Processo Civil⁸⁸, deliberando ainda que nos atos judiciais que não implique exercício da função jurisdicional, é cabível a responsabilização estatal.

Por fim, voltando o olhar para responsabilização do agente causador do dano, cabe preannunciar que apesar de ter-se admitido, nos primórdios do Direito Positivo Pátrio, a responsabilização direta (sem ação de regresso) do agente causador do dano (conforme inteligência do inciso XXIX, do artigo 179, da Constituição de 1824⁸⁹, e do artigo 82 da

⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁸⁹ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Constituição de 1891⁹⁰), as normas supervenientes e a atual redação do art. 37, § 6º da Constituição Federal⁹¹ permitiram o surgimento de uma ampla divergência sobre o assunto.

Este complexo desacordo é tema específico do presente trabalho, e se espraia tanto na esfera doutrinária, quanto jurisprudencial, demandando um debate mais minucioso, o que será trabalhado no próximo capítulo.

3 DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELOS AGENTES PÚBLICOS

Ao retratar o princípio geral da responsabilidade do Estado, a Constituição da República Federativa do Brasil, no § 6º de seu art. 37⁹², institui que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ocorre que o referido texto constitucional não especificou se esta ação regressiva estaria excluindo, ou não, a possibilidade do vitimado inserir o funcionário no polo passivo de ação judicial para responsabilização civil pelo prejuízo sofrido.

Este silêncio do constituinte abriu espaço para grande discordância doutrinária e jurisprudencial. De um lado, para o Superior Tribunal de Justiça⁹³ e doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁴, esta ação poderia ser movida diretamente contra o agente público,

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1926. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1066.

se o autor, assim, o quisesse (hipótese da indenização *per saltum*). Havendo, ainda, doutrinadores, como Yussef Said Cahali⁹⁵ que entendem que essa responsabilização direta do agente público poderia ocorrer através de denúncia à lide quando a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposos do funcionário.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal⁹⁶ e doutrinadores como Hely Lopes Meirelles⁹⁷, estabeleceram o entendimento que a ação da vítima somente poderia ser dirigida contra o Estado (ação regressiva seria uma dupla garantia, ao particular e ao funcionário).

Isto posto, o presente capítulo se pautará na definição de agente público, e apresentará este complexo impasse doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de inserção do funcionário no polo passivo de ação judicial movida pela vítima, para que se possa solucioná-lo nos capítulos seguintes.

3.1 Agentes públicos

Conforme aponta Carvalho Filho⁹⁸, a expressão agentes públicos tem sentido amplo, e engloba todo um “conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado”.

Bandeira de Mello⁹⁹ concorda com o caráter abrangente deste termo, contudo, identifica dois requisitos para a caracterização do agente público: a natureza estatal da atividade desempenhada, e a investidura nela.

⁹⁵ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 186.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 790.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 611.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 254-255.

Em consonância a estes dois preceitos, o legislador firmou acertado conceito no artigo 2º da Lei nº 8.429/92:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei¹⁰⁰.

Sob esses termos, pode-se inferir que agente público é gênero, do qual são espécies: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais (servidores públicos e empregados públicos), e particulares em colaboração com a Administração Pública¹⁰¹.

3.1.1 Agentes políticos

Apesar da maioria dos doutrinadores concordar com a identificação do agente político como espécie de agente público, sua definição não é pacífica.

De um lado, Hely Lopes Meirelles¹⁰² os conceitua como autoridades supremas da Administração, dotadas de ampla liberdade funcional, o que inclui tanto os Chefes do Poder Executivo (federal, estadual e municipal) e membros das Corporações Legislativas (Vereadores, Deputados e Senadores), quanto os representantes diplomáticos, os membros do Ministério Público (Promotores, Curadores Públicos e Procuradores da República e da Justiça), os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral), os membros dos Tribunais de Contas (Conselheiros e Ministros), e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público”.

Por outro lado, Bandeira de Mello¹⁰³ (e, anuindo com este, Di Pietro¹⁰⁴) os define como os detentores dos “cargos estruturais à organização política do país”, que atuam como “formadores da vontade superior do Estado”, tendo, com este, um vínculo de natureza política,

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 257.

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 82.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 257-258.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 691.

e não profissional. Assim, o referido autor os identifica apenas na pessoa: dos Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores, Prefeitos) e seus respectivos vices; dos Senadores; dos Vereadores; dos Deputados (estaduais e federais); e dos Ministros e Secretários de Estado.

Perante este desacordo doutrinário, há de se concordar com o raciocínio destes últimos, visto que a ideia de agente político corresponde a uma noção de função política e de governo¹⁰⁵, cujo vínculo decorre das disposições constitucionais, e não de um contrato¹⁰⁶.

Portanto, em se sabendo que os agentes políticos estão vinculados a pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, pode-se dizer que eles (e o ente ou entidade ao qual são vinculados) podem ser responsabilizados nos termos do artigo 37, § 6º da Carta Magna¹⁰⁷.

3.1.2 Agentes honoríficos

Os agentes honoríficos, por sua vez, são aqueles que, livremente nomeados para integrar comissões técnicas (dada a sua presumida elevada reputação e conhecimentos sobre certos temas), exercem a função pública em virtude da sua honorabilidade, sem vínculo institucional ou empregatício¹⁰⁸.

Logo, não são servidores públicos, e nem agentes políticos, visto que, em regra, não possuem remuneração, e não demandam assiduidade, como é o caso dos membros do Conselho Nacional de Educação, do Conselho da República, e do Conselho de Comunicação Social, que são convocados e designados, por lei, para servir ao Estado.

Ainda assim, no exercício de sua função estatal, tais indivíduos se submetem à hierarquia do órgão ao qual prestam o serviço público, e possuem notória relevância perante a sociedade em geral, caracterizando-se como uma espécie de agente público.

De todo modo, em se sabendo que esses agentes estão vinculados a pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, pode-se dizer que eles (e o ente ou entidade ao qual são vinculados) podem ser responsabilizados nos termos do artigo 37, § 6º da Carta Magna¹⁰⁹.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 691.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 258.

¹⁰⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 258-259.

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

3.1.3 Servidores estatais

Na sequência, cabe identificar os servidores estatais, que, tal qual o conceito de agentes públicos, também é um termo de ampla significação, abrangendo o conjunto de indivíduos que “entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista)”, integrando, sob vínculo de dependência, uma relação de trabalho caracterizada pela não eventualidade e de natureza profissional. Assim sendo, os servidores estatais seriam gênero, do qual são espécies os servidores públicos, e os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado¹¹⁰.

3.1.3.1 Servidor público

Partindo desse entendimento de servidor público como espécie, sua significação abrangeria o grupo de servidores estatais que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, ocupando cargos da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, bem como das suas respectivas autarquias e fundações de Direito Público¹¹¹.

Ou seja, ele seria a pessoa física que realiza serviços às pessoas de direito público (ao próprio Estado ou às pessoas de direito público da Administração indireta), mantendo vínculo de natureza não eventual e caráter profissional, através de uma relação de dependência.

Nessa esteira, Bandeira de Mello¹¹² categoriza o servidor público em duas espécies: os servidores titulares de cargos públicos na “Administração Direta (anteriormente denominados funcionários públicos), nas autarquias e fundações de Direito Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como no Poder Judiciário e na esfera administrativa do Legislativo”; e os servidores empregados nessas mesmas pessoas jurídicas de direito público.

Os primeiros (também denominados de servidores estatutários¹¹³) seriam aqueles que, por serem investidos de maneira regular no funcionalismo público, ocupam cargos públicos,

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 259.

¹¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 259-260.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 260-261.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 693.

aqui entendidos como unidades de competência não divisíveis, que, em regra, são criados por meio de lei e atribuídas a um agente (cuja investidura pressupõe aprovação em concurso público). Após lograr êxito no referido certame, e ingressar no cargo, o servidor que for aprovado em estágio probatório será considerado estável, e só perderá o cargo por força de sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo, ou avaliação periódica de desempenho, desde que assegurada ampla defesa (artigo 41, § 1º da Carta Magna¹¹⁴).

Já os segundos, na concepção do referido autor¹¹⁵, seriam aqueles que ocupam empregos públicos (“núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”), o que seria aceitável em três situações: quando admitidos sob vínculo de emprego para “funções materiais subalternas (quais as de artífice, servente, motorista, jardineiro, mecanógrafo etc.)”, o que, apesar de não ser o desejável, é constitucionalmente possível; no caso dos “remanescentes do regime anterior, no qual se admitia (ainda que muitas vezes inconstitucionalmente) amplamente o regime de emprego”, que foram estabilizados pelo art. 19 das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹⁶; e quando contratados sob vínculo trabalhista, na forma admitida pelo art. 37, IX, da Constituição¹¹⁷, bem como pela Lei 8.745/1993¹¹⁸, para satisfazer necessidade temporária de excepcional interesse público.

Nota-se, que o referido autor adota o entendimento de que somente seria possível a adoção de vínculo empregatício no funcionalismo público de maneira excepcional, explicando que:

É que, a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, foi alterado o art. 39 da Constituição, que previa o chamado regime jurídico único (o qual - presumia-se, então - deveria ser o de cargo público). Assim, suprimida que foi a referência a tal regime, surgiu o entendimento de que, quando a lei o desejasse, poderia criar empregos e adotar-lhes o correspondente regime, do que resultaram muitas admissões para empregos públicos. Anote-se que, hoje, por força de medida liminar deferida na ADI

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 261-266.

¹¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18745cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

2.135-4, em 2.8.2007, publicada no DOU de 14 do mesmo mês, foi suspensa a eficácia do art. 39, caput, na redação nova dada pela referida EC 19, até julgamento final desta ação, voltando deessarte a vigorar, conquantom com efeitos ex nunc, a redação anterior impositiva de regime jurídico único¹¹⁹.

Concorda-se com as elucidações trazidas por Bandeira de Mello¹²⁰, não apenas quanto à sua definição e categorização de servidor público, mas também quanto à admissão de vínculo empregatício no funcionalismo público somente em caráter excepcional, tendo em vista a inconstitucionalidade do caput do artigo 39 da Constituição Federal¹²¹ e imposição do regime jurídico único.

Logo, em se sabendo que esses agentes estão vinculados a pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, pode-se dizer que eles (e o ente ou entidade ao qual são vinculados) podem ser responsabilizados nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição Federal¹²².

3.1.3.2 Servidores das pessoas governamentais de direito privado

Quanto aos servidores das pessoas governamentais de direito privado, há divergência quanto a sua percepção como servidores.

Para Celso Antônio¹²³, tais profissionais são entendidos como servidores estatais, e englobariam os empregados de empresas públicas, fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público e sociedades de economia mista, que, obrigatoriamente, devem estar sob o regime trabalhista.

Já para Carvalho Filho¹²⁴, tais profissionais não poderiam ser entendidos como servidores, visto que envolveriam uma relação jurídica de trabalho, sempre regida pelo regime trabalhista, que envolveria o empregador (pessoas federativas, autarquias e fundações

¹¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 259-261.

¹²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 261.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 616-617.

autárquicas), e o empregador, que empresta sua força de trabalho em troca de retribuição pecuniária. Tais características são típicas dos empregados das empresas privadas, e não dos servidores públicos, que se vinculam ao Estado através de uma efetiva relação de trabalho.

Entretanto, perante esse impasse, o presente estudo se alinhará ao entendimento emanado por Bandeira de Mello, visto que, além dessas pessoas governamentais terem algum vínculo jurídico com o Poder Público (convênio, termo de parceria, contrato de gestão, ou outros instrumentos semelhantes) e receberem algum tipo de incentivo do poder público, elas também recebem guarida de certos dispositivos constitucionais¹²⁵ (como o § 9º do art. 14; o *caput*, os §§ 4º e 9º e incisos II, XVII, XIX, XX do art. 37; inciso X do art. 48; inciso X do art. 49; inciso VII do art. 52; art. 54; incisos II, III, e IV do art. 71; § 5º do art. 165; e § 1º do art. 169), o que impede uma simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado¹²⁶. Ao mesmo tempo, a própria lei equipara os seus empregados aos funcionários públicos, seja para fins criminais (§ 1º, art. 327 do Código Penal¹²⁷), ou para fins de improbidade administrativa, quando recebem subvenção do Poder Público (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.429/1992¹²⁸)¹²⁹.

Isto posto, conclui-se que os empregados das empresas públicas, fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público e sociedades de economia mista, obrigatoriamente regidos por vínculo celetista, são servidores estatais.

Contudo, no que se refere à responsabilidade patrimonial pelos danos causados a terceiros, entende-se que, conforme dispõe o texto constitucional, estas pessoas governamentais de direito privado e seus agentes somente se sujeitam ao previsto no § 6º, artigo 37 da Lei Maior¹³⁰, se prestarem serviço público delegado pelo Estado.

¹²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 205-208.

¹²⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 639-640.

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Nesse caso, Di Pietro¹³¹ explica que o Estado poderia responder de forma subsidiária à referida entidade, quando esta última não dispor de recursos para indenizar a vítima do dano. Por outro lado, se estas pessoas governamentais de direito privado exercerem atividade privada de interesse público, elas responderão segundo as normas civilistas, sem prejuízo da responsabilidade solidária do ente ou entidade que celebrou o acordo, em decorrência da omissão quanto ao dever de controle, ou da má escolha da entidade.

3.1.4 Particulares em colaboração com o poder público

Na sequência, cabe destacar uma última categoria de agentes públicos, que Bandeira de Mello¹³² intitula de “particulares em colaboração com o poder público”, e que engloba o conjunto de particulares que exercem função pública, e, com exceção dos militares, são alheios à intimidade do aparelho estatal.

Nesse sentido, podem ser identificados neste grupo: os concessionários e permissionários de serviços públicos; os delegados de função ou ofício público, a quem, após concurso público, é adjudicado o exercício de determinado serviço, como é o caso dos titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como notários e registradores; os gestores de negócios públicos, que assumem a gestão da coisa pública perante situações anômalas, intercedendo perante necessidades públicas prementes; os contratados por locação civil de serviços, à exemplo de um cantor ilustre que é contratado para cantar em eventos públicos; e aqueles requisitados para prestação de atividade pública, como os mesários no período eleitoral, os recrutados para serviço militar obrigatório, os jurados, e demais agentes que eventualmente são requisitados para exercer um *munus* público.

Isto posto, é evidente que, apesar da abrangência desta categoria de agente público, estes ainda são particulares que desempenham função pública. Logo, voltando-se para o texto do § 6º, artigo 37 da Constituição Federal¹³³, há de se concluir que as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, ao qual são vinculados, também responderão pelos danos que estes, durante a prestação de serviços públicos, causarem a terceiros.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 640.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 261-262.

¹³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Destacando-se, ainda, que estas pessoas jurídicas de direito privado, tal qual as pessoas governamentais de direito privado, também podem ensejar responsabilização subsidiária ao Estado, quando não dispuserem de recursos para indenizar a vítima do dano; e, caso não estejam exercendo sua função pública, responderão segundo as normas civilistas, sem prejuízo da responsabilidade solidária do ente ou entidade que celebrou o acordo, em decorrência da omissão quanto ao dever de controle, ou da má escolha da entidade¹³⁴.

3.1.5 Agentes públicos e sua relação com o Estado

É notório que o Estado, como pessoa jurídica, não dispõe de vontade própria, assim, sua atuação se dá por meio dos órgãos que o compõem, e dos agentes públicos que, à ele, são vinculados. Até o presente momento, já se identificou quem seriam tais indivíduos, porém, resta esclarecer um novo ponto: a relação destes com os órgãos públicos, e com o próprio Estado.

Os órgãos públicos, segundo Meirelles¹³⁵, seriam “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”, e até mesmo pelo legislador pátrio, o qual sugere que o órgão é desprovido de personalidade jurídica, como se percebe da leitura comparada dos incisos I e II do §2º, no artigo 1º da Lei nº 9.784/1999¹³⁶, que o define como “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”, enquanto que a entidade seria a “unidade de atuação dotada de personalidade jurídica”. Ou seja, o órgão público é parte integrante da entidade, mas não se confunde com esta, e diferentemente dela, não possui personalidade jurídica.

Nesse sentido, Celso Antônio aponta que:

Em síntese, juridicamente falando, não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações. Na intimidade do Estado, os que se relacionam entre si são os agentes manifestando as respectivas competências (inclusas no campo de atribuições dos respectivos órgãos). Nos vínculos entre Estado e outras pessoas, os que se relacionam são, de um lado, o próprio Estado (atuando por via dos agentes integrados nestas unidades de plexos de competência denominados órgãos) e, de outro, a pessoa que é a contraparte no liame jurídico travado¹³⁷.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 640.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 71.

¹³⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 145.

Isto posto, Di Pietro¹³⁸ aponta que a doutrina administrativa desenvolveu três teorias, na tentativa de explicar a natureza jurídica dos órgãos públicos: a teoria subjetiva, a teoria objetiva e a teoria eclética.

A primeira reconhece uma identidade entre os órgãos e os agentes públicos. Contudo, este entendimento deve ser rejeitado, porque, conforme mencionado alhures, a hipótese de falecimento do funcionário público implicaria na extinção do órgão.

Já a segunda teoria sustenta que o órgão não se confunde com o agente, pois representa uma unidade de atribuições. Entretanto, tal pensamento também é falho, já que não consegue explicar como o órgão público expressa sua vontade.

E, por fim, a terceira, é aquela que congrega elementos das duas outras teorias, defendendo que o órgão se forma a partir de dois componentes: as atribuições e seus agentes. No entanto, esta teoria incorre no mesmo equívoco da teoria subjetiva, já que a morte do agente também levaria à extinção da unidade administrativa.

Frente a este impasse, Di Pietro¹³⁹ aponta que “a doutrina que hoje prevalece no direito brasileiro é a que vê no órgão apenas um feixe de atribuições”. Este conjunto de atribuições, por sua vez, seria integrado por agentes públicos, de modo que os dois elementos se complementam, mas não são inseparáveis.

Ademais, o órgão é um ente despersonalizado que compõe a pessoa jurídica. Por tal motivo, afirma-se que, via de regra, o órgão não tem capacidade para estar em juízo (tal capacidade, também denominada de capacidade processual diz respeito à prática de atos processuais sem necessidade de representação ou assistência, de forma pessoal ou por meio de pessoas previstas em lei).

No entanto, a doutrina majoritária tem evoluído no sentido de admitir que determinados órgãos de natureza constitucional possam impetrar mandado de segurança na defesa de suas competências quando estas forem violadas por outros órgãos:

Embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos jurídicos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. E, a despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por mandado de segurança¹⁴⁰.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 685.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 685.

¹⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 73.

Também nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.070/RO¹⁴¹, reconheceu a possibilidade da criação de procuradorias especiais responsáveis pela representação judicial de assembleia legislativa e de tribunal de contas para que defendam suas prerrogativas em relação aos outros Poderes do Estado. Então, admite-se, excepcionalmente, que determinados órgãos de natureza constitucional desfrutem de certa capacidade processual.

Logo, o que se percebe é que os órgãos compõem o Estado, e, excepcionalmente, podem até mesmo figurar em juízo. Muito embora, isto não é a regra, visto que a personalidade jurídica reside no Estado, e os órgãos acabam sendo conceituados como entes despersonalizados. Resta, portanto, esclarecer a relação dos agentes públicos com o Estado, e como estes se portam perante uma possível judicialização do feito.

Sobre o tema, Di Pietro¹⁴² explica que surgiram várias teorias com o intuito de elucidar tal interação, destacando três: a teoria do mandato, a teoria da representação, e a teoria do órgão.

A primeira seria aquela que tem o agente público como mandatário da pessoa jurídica. É sabido que o mandato, decorrente da doutrina civilista, é um instituto em que uma pessoa concede determinados poderes a outra, atribuindo-lhe competência para decidir e atuar em seu nome. De sua dinâmica, é possível inferir dois sujeitos: o mandante, e o mandatário, que representará aquele, como se ele fosse. No entanto, tal teoria incorre em vício patente por não explicar como o Estado, que não tem vontade própria, poderia outorgar o mandato.

Por sua vez, a segunda teoria entende o agente público como representante do Estado, por força de lei. Isto, porque o Estado não possui capacidade e, por causa disso, não poderia sustentar seus próprios interesses. Assim, o funcionário público exerceria o papel de curador dos interesses governamentais, remediando a suposta incapacidade do Poder Público, do mesmo modo que ocorre com o curador ou o tutor daqueles considerados incapazes pelo Código Civil.

Contudo, ao equiparar o Estado ao incapaz, tal teoria sofreu diversas críticas, tanto por implicar a ideia de que a pessoa jurídica de direito público confere representantes a si mesmo

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 4.070 RONDÔNIA**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Lei complementar rondoniense n. 399/2007, que cria e organiza a Procuradoria-geral do Tribunal de Contas do estado. Consonância ao art. 132 da Constituição da República. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 94/RO. Art. 3º, inc. V, da lei complementar n. 399/2007. Inconstitucionalidade da norma autorizadora da procuradoria do Tribunal de Contas estadual a cobrar judicialmente multas aplicadas em decisões definitivas. Recurso extraordinário n. 223.037/se. Ação julgada parcialmente procedente. Recorrente: Associação Nacional dos Procuradores de Estado - ANAPE. Intimados: Governador do Estado de Rondônia, e Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13197711>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 683.

(quando não é isso que ocorre na curatela e na tutela), quanto por equiparar a pessoa jurídica ao incapaz (que, logicamente, não poderia nomear seus próprios representantes), e, ainda, permitir o entendimento de que quando o representante (ou, no caso da teoria supra, o mandatário) ultrapassasse os poderes da representação, a pessoa jurídica não responderia por esses atos perante terceiros prejudicados, o que vai de encontro ao, tão debatido, artigo 37, §6º, do texto constitucional de 1988¹⁴³.

Por fim, a terceira teoria sustenta que o Estado expõe sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que os agentes que os compõem apenas manifestam a sua vontade, tal qual o Estado o fizesse.

Substitui-se, assim, a ideia de representação pela de imputação, traçando um comparativo entre o Estado e o corpo humano, já que, para ele, cada divisão estatal representa uma parte do corpo, por isso se fala em órgão público. Assim, a personalidade seria uma característica do todo, e não das partes. Conseqüentemente, os órgãos públicos não possuem personalidade jurídica, mas integram a pessoa estatal.

Nesse sentido, a referida autora¹⁴⁴ aponta que tal teoria, de origem germânica, foi elaborada por Otto Friedrich Von Gierke, e recebeu grande aceitação por parte de publicistas como Carré de Malberg, Cino Vitta, D'Alessio, Jellinek, Marcello Caetano, Michoud, Renato Alessi, Santi Romano, dentre outros. No entanto, destaca que devem ser imposto limites à imputabilidade, já que, para que esta seja reconhecida, é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, o que ocorre até mesmo no caso dos agentes de fato (definidos por Carvalho Filho¹⁴⁵ como aqueles que foram investidos de maneira irregular no desempenho de suas funções em decorrência de excepcional necessidade pública, ou na presunção de que há legitimidade, embora não tenha havido investidura dentro do procedimento legalmente exigido).

Em consonância com Di Pietro e os demais doutrinadores citados, e considerando as críticas e pontos negativos mencionados alhures, entende-se que este é o juízo que se mostra mais adequado, pois, diferentemente das demais teorias, que consideram a existência de dois entes autônomos (o Estado e seu mandatário ou representante), a presente teoria compreende que o órgão é parte integrante da pessoa estatal, o que encontra suporte no próprio § 6º, artigo

¹⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 684.

¹⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 615-616.

37 da Carta Magna¹⁴⁶, visto que este, ao dispor que as pessoas jurídicas de direito público ou privado que prestem serviços públicos podem responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, traz consigo a noção de que a conduta lesiva seja praticada por alguém na condição de agente público, nos limites das suas funções públicas, para que exista o dever de indenizar. Nesse sentido, o texto constitucional trata a ação do agente público, durante o exercício funcional, como sendo do próprio Estado, admitindo, por conseguinte, que este possa responder em seu lugar.

Partindo dessa premissa, Clovis Beznos¹⁴⁷ defende a impossibilidade do agente público ser acionado diretamente numa possível ação judicial que vise a sua responsabilização civil por ato proveniente do seu *munus* público, visto que, conforme ensinamentos do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁸, o agente, no exercício de sua função pública, não deve ser considerado como pessoa em relação a terceiros, mas, sim, como parte integrante (e indivisível) do órgão público, que confere vontade à pessoa pública.

De fato, a impessoalidade proveniente da teoria do órgão sugere que o agente e o Estado sejam considerados como uma unidade, visto que eles não se separam em representante e representado, o que leva a crer que a ação deve ser dirigida contra a pessoa pública que atuou através da ação desse agente, ou seja, o Estado. Contudo, existem outros aspectos de cunho principiológico que, conforme se verá mais à frente, sugerem que deve-se admitir que se proponha ação judicial diretamente contra a pessoa do agente, se contrapondo a este pensamento.

Isto posto, conclui-se que a relação entre agente público e Estado se dá pelo fato de que este último expõe sua vontade por meio dos órgãos, e estes, por sua vez, são compostos pelos referidos agentes, que manifestarão suas vontades tal qual o Estado o fizesse. Em outras palavras, o agente público age em nome do Estado.

Porém, em se falando de responsabilização civil pelos danos causados a terceiros, o que se percebe é que, via de regra, o órgão público é despersonalizado, e não possui capacidade para estar em juízo (à exceção dos órgãos de natureza constitucional). Desse modo, eles deixam essa capacidade processual para a pessoa jurídica que integram, que, por sua vez, poderá ser

¹⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁴⁷ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 30-37, abr./jun., 1971.

responsabilizada pelos danos causados por seus agentes, nos limites de suas funções públicas. Resta esclarecer, contudo, se, nessa hipótese, o agente público poderá ser inserido no polo passivo de uma possível demanda judicial, ou não.

3.2 Da indenização *per saltum*

3.2.1 Conceito e fundamentos

A partir do presente momento, remeter-se-á especificamente ao impasse descrito no início do presente capítulo, no que concerne às teorias que explicam o § 6º de seu artigo 37¹⁴⁹, em especial quanto à possibilidade do vitimado inserir o funcionário no polo passivo de ação judicial para responsabilização civil pelo prejuízo sofrido.

Perante a grande discordância doutrinária e jurisprudencial que permeia o tema, o Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁰, e doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵¹, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵², Dirley da Cunha¹⁵³, Felipe Braga Netto¹⁵⁴, Marçal Justen Filho¹⁵⁵, Hugo de Brito Machado¹⁵⁶, Fernanda Marinela¹⁵⁷, entendem que esta ação poderia ser movida diretamente contra o agente público, se o autor, assim, o quisesse. Havendo, ainda,

¹⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1066.

¹⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 603.

¹⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 371.

¹⁵⁴ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 127.

¹⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1242.

¹⁵⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.

¹⁵⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1012.

doutrinadores, como Yussef Said Cahali¹⁵⁸ que entendem que essa responsabilização direta do agente público poderia ocorrer através de denúncia da lide quando a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário.

O termo “responsabilidade *per saltum*” foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 327.904/SP¹⁵⁹, para indicar a possibilidade de “pular” a pessoa jurídica ao qual o agente público causador do dano está relacionado, para, em face da própria pessoa do funcionário público, postular-se em juízo a reparação dos danos causados, desde que se comprove que aquele agiu de forma culposa.

Um dos maiores patronos desse entendimento é Bandeira De Mello¹⁶⁰, ao afirmar que a responsabilidade civil do Estado foi instaurada com a finalidade de que “os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso de atividade pública – e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidas pelos lesados”.

Sob esta premissa, o referido doutrinador sustenta que quando o § 6º, artigo 37 da Lei Maior¹⁶¹, garante a recomposição dos danos sofridos pelo o terceiro contra o Estado, ele não estabelece a vedação de que o particular acione o agente público, considerando que a concessão de uma vantagem jurídica não representa a exclusão de um outro benefício, exceto se houver incompatibilidade entre ambos.

Isto, porque o direito de regresso mencionado no referido dispositivo constitucional não está em prol do agente público, mas sim dos interesses do Estado, que poderá se utilizar desse

¹⁵⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 186.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1069.

¹⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

mecanismo reaver aquilo que se despendeu como efeito da condenação ao ressarcimento dos danos causados ao particular.

Assim, os agentes públicos não estão imunes contra ações reparatórias por danos patrimoniais que venham a causar, já que o texto constitucional não tem o objetivo de protegê-los, restringindo a possibilidade de sejam acionados em juízo pelo terceiro a quem eles, culposamente, causaram dano.

Na visão do autor, isto permite, à vítima, impetrar ação: contra o Estado, situação em que a vítima precisaria demonstrar apenas o nexos causal existente entre a conduta e o dano suportado, já que se trata de responsabilidade objetiva; contra o funcionário, mas, nesse caso, o administrado teria que demonstrar a ocorrência da culpa na conduta do agente, já que este desfruta de responsabilidade subjetiva; ou agir em litisconsórcio facultativo contra ambos, em responsabilidade solidária, sendo necessário que o lesado se desincumba tanto da demonstração da conduta, do dano e do nexos causal, quanto da comprovação de culpa daquele que exerceu a atividade administrativa¹⁶².

Seguindo essa linha de pensamento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁶³, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.325.862/PR, admitiu a possibilidade de ajuizamento da ação por salto contra o agente público, argumentando, ainda, que um possível entendimento em contrário poderia prejudicar o particular, já que, ao ingressar diretamente contra o funcionário, ele poderia se esquivar da notória morosidade do regime de precatórios, o que não ocorreria caso se permitisse ingressar apenas contra a pessoa jurídica a qual o servidor é vinculado.

Muito embora, o Supremo Tribunal Federal não comunga do mesmo posicionamento, e tem decidido em contrário à possibilidade de indenização por salto, o que não fez os referidos

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1071.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-esp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

doutrinadores recuarem quanto às suas convicções. Celso Antônio¹⁶⁴, por exemplo, reconhece que a referida corte tem adotado esta linha de entendimento contrária, mas assevera que é improvável que este posicionamento predomine, levando em conta a “cópia de razões” contrárias a ele.

No mesmo sentido, se manifestam Marçal Justen Filho¹⁶⁵ e Dirley da Cunha¹⁶⁶, que, em contrapartida à esta suprema corte, seguem defendendo a possibilidade de o particular prejudicado acionar diretamente o agente público causador do infortúnio; Felipe Braga Netto¹⁶⁷, que, ao apontar que as razões conceituais e históricas que construíram a responsabilidade civil (objetiva) do Estado tornam mais evidente, o claro tom de proteção ao cidadão (e não ao agente público) adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual não se permite “extrair da norma constitucional dimensões de sentido que limitem a proteção dos cidadãos, que confirmam uma eficácia menos ampla a tão relevantes direitos fundamentais”; e Hugo Machado¹⁶⁸, que foi mais além, defendendo que, ao optar pela ação contra o agente público e o Estado, o administrado estará promovendo o sentido punitivo da indenização, funcionando como um remédio contra os frequentes abusos praticados pelos agentes públicos em nome do Estado.

3.2.2 A admissibilidade da denúncia à lide

E isto não encerra as hipóteses de aceitação desta responsabilização *per saltum*, cabendo destacar, também, o posicionamento daqueles que entendem possível a denúncia da lide.

Na concepção de Fredie Didier¹⁶⁹, a denúncia da lide é o instituto através do qual, em virtude de garantia prestada ou em razão de direito regressivo existente em face dessa pessoa, a parte traz alguém para o processo, com o objetivo de “vincular o terceiro ao quanto decidido na causa e a condenação do denunciado à indenização”.

Depreende-se, de tal conceito, uma dupla função: este instituto permite a notificação de um terceiro acerca da existência de um possível choque de interesses; e propõe, de forma

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1072.

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1242.

¹⁶⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 371.

¹⁶⁷ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 127.

¹⁶⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 493.

antecipada, uma demanda regressiva contra o agente que deve ser responsabilizado pelo dano, caso o Estado não vença a ação.

Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷⁰ identifica este instituto como uma espécie de intervenção de terceiros, na qual em um lado estão o autor e o réu, e, do outro, o denunciado e denunciante. Trazendo esta premissa para o debate atinente ao artigo 37, § 6º da Constituição de 1988¹⁷¹, seria o caso do Poder Público incluir, no processo, o servidor causador do dano mediante uma demanda regressiva, ao que o referido autor reconhece a existência de uma acumulação de múltiplas demandas dentro de um único processo.

Em outras palavras, pode-se dizer que a denúncia da lide, no que tange ao tema da responsabilidade civil do Estado, seria uma intervenção de terceiros que, em virtude de uma relação de direito de regresso existente entre o Ente Estatal e seu agente, promove a denúncia deste agente pela Pessoa Jurídica de Direito Público (ou por quem lhe faça as vezes) para compor a lide.

Frente a este panorama, a doutrina diverge quanto à possibilidade ou impossibilidade da ocorrência desta denúncia, ao que se pode destacar 3 linhas de entendimentos: uma primeira, que pugna pela possibilidade do Estado realizar a denúncia da lide ao seu funcionário público, contanto que o terceiro prejudicado, ao propor a ação indenizatória, tenha discutido o elemento da culpa do agente (caso este tenha se restringido à altercação da responsabilidade objetiva, não poderá o Estado fazer a denúncia); já a segunda, compreende que a denúncia da lide é uma faculdade do Poder Público, não havendo porque impossibilitar que o Ente Estatal denuncie seu agente; e a terceira inadmite a utilização desse instituto pelo Estado (esta última é uma vertente da teoria da dupla garantia, motivo pelo qual sua abordagem será postergada para o próximo tópico).

Para o correto entendimento dessas premissas, abordar-se-á cada uma delas, a começar pela primeira, que tem como teóricos: Yussef Said Cahali¹⁷², Clovis Beznos¹⁷³, Raphael

¹⁷⁰ DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 167-168.

¹⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁷² CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 186.

¹⁷³ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

Americano Câmara¹⁷⁴, Leonardo Carneiro da Cunha¹⁷⁵, e demais autores que defendem a possibilidade do Ente Público realizar a denunciação da lide, em casos excepcionais, quando o próprio autor da demanda já debater o elemento da culpa em sua ação indenizatória, uma vez que isso não acarretaria o acréscimo de um novo fundamento jurídico.

Sob essa premissa, Cahali¹⁷⁶ sustenta que, antes de mais nada, há de se identificar duas hipóteses. A primeira seria quanto àquelas situações em que a demanda inicial formulada pelo terceiro lesado é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário; enquanto que a segunda seria quando a ação é proposta contra a pessoa jurídica com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima do serviço, sem individualizar o agente causador do dano.

Na hipótese em que a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do agente individualizado, o referido autor entende que deve ser feita a denunciação da lide ao funcionário, com aplicação do artigo 125, II, do Código de Processo Civil¹⁷⁷, já que, ao disciplinar o direito de regresso assegurado ao responsável direto pelo pagamento da indenização, este instituto estaria de acordo com o § 6º, artigo 37 da Lei Maior¹⁷⁸ (nesse mesmo sentido, o autor também admite que a ação seja proposta diretamente contra o funcionário e a pessoa jurídica, constituindo um litisconsórcio facultativo; ou apenas contra o funcionário, em conformidade com o supracitado entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁹).

Por outro lado, na hipótese em que a pretensão inicial posta em juízo se fundamenta na responsabilidade objetiva do Estado em razão de alguma falha administrativa, culpa anônima ou do risco da atividade estatal desenvolvida, o doutrinador entende impossível a denunciação da lide, já que, neste caso, se a pessoa jurídica se utilizasse deste instituto, estaria incluindo novo fundamento não invocado pelo autor, ou seja, a culpa ou dolo do funcionário, o que, nas palavras de Cahali, seria:

¹⁷⁴ CÂMARA, Raphael Americano. O Estado em juízo e a denunciação à lide de agente público. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 491, 10. nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5921>. Acesso em: 28. out. 2022.

¹⁷⁵ DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 170-177.

¹⁷⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 185-188.

¹⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁷⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1071.

"imoral e despropositado pretender servir-se do mesmo processo instaurado pelo ofendido para inovar a fundamentação da ação, recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago, na composição do dano sofrido pela vítima; e visto que só este pagamento efetivamente realizado legitima a pretensão fazendária regressiva contra o funcionário culpado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para o reembolso¹⁸⁰.

Do mesmo modo, Clovis Beznos¹⁸¹, em anuência a Raphael Americano Câmara¹⁸², defende que a denunciação da lide não pode ocorrer, tão somente, quando a causa de pedir da ação se contenha na responsabilidade objetiva. Mas ressalta que ela pode ocorrer quando, na causa de pedir, estiverem presentes elementos deduzidos na culpa subjetiva do agente por ato doloso ou culposo, situação em que a instrução poderia, após a denunciação, discutir a culpa subjetiva do agente.

Leonardo Carneiro da Cunha¹⁸³ corrobora com este entendimento, e vai mais além, indicando dois fundamentos como balizas para a denunciação da lide: o princípio da eficiência, e o da razoável duração do processo. Trazendo tais preceitos para o presente caso (do artigo 37, § 6º da Carta Magna¹⁸⁴), o autor sustenta que, enquanto o primeiro concede ao denunciante, em eventual derrota, a desnecessidade de propor uma ação de regresso contra o seu funcionário, utilizando do instituto da denunciação da lide para na mesma ação receber de volta os valores que foram desembolsados (caso se reste demonstrada a culpa); o segundo (razoável duração do processo) atua como contraponto ao primeiro (eficiência), impossibilitando a denunciação da lide quando a referida causar um retardamento que excede ao razoável para a demanda.

Nesse sentido, o autor conclui que a denunciação da lide deve buscar uma situação de equilíbrio entre os princípios da eficiência e da duração razoável do processo. Sob estes termos, a denunciação da lide seria aceitável, especialmente quando provocasse a reunião de duas ou mais demandas em um mesmo processo, a fim de que sejam resolvidas conjuntamente, com base numa única instrução.

Porém, se a ação proposta originalmente estiver fundada em motivo de fato ou de direito que dispense instrução, a denunciação da lide não poderia inovar com fundamentos que exijam

¹⁸⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 186.

¹⁸¹ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

¹⁸² CÂMARA, Raphael Americano. O Estado em juízo e a denunciação à lide de agente público. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 491, 10. nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5921>. Acesso em: 28. out. 2022.

¹⁸³ DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 170.

¹⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

instrução, inserindo fatos jurídicos pautados na responsabilidade subjetiva, pois, caso o faça, a denúncia seria incabível, já que o Poder Público, em regra, possui responsabilidade objetiva, e a inserção de um novo fundamento jurídico pautado em responsabilidade subjetiva com o condão de alcançar o agente (cuja responsabilidade requer a comprovação de dolo ou culpa) exigiria uma instrução que não era originariamente necessária¹⁸⁵.

Ainda assim, o autor¹⁸⁶ deixa claro que existem situações em que a responsabilidade da Administração será subjetiva, o que requer a comprovação de culpa, como ocorre nos casos de omissão do Estado. Nesse caso, instaurado o mencionado instituto, não estariam sendo introduzidos fundamentos jurídicos novos à causa, já que estes já teriam sido indicados pela parte autora, logo, a denúncia da lide seria possível.

Dito isto, seguir-se-á para a análise da segunda linha de entendimento no que se refere à possibilidade da denúncia, a qual defende que tal instituto processual seria uma faculdade do Poder Público, razão pela qual não haveria motivo para impossibilitar que o Ente Estatal denuncie seu agente, tendo Humberto Theodoro Júnior¹⁸⁷ como seu principal defensor.

O referido autor reconhece que há quem sustente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a tese de que o Poder Público responde de forma objetiva, enquanto seu agente responde de forma subjetiva, o que, para estes teóricos, impediria a denúncia da lide nas ações de reparação de danos propostas contra o Estado.

Contudo, Theodoro Júnior¹⁸⁸ diverge deste raciocínio, por entender que, apesar da denúncia da lide não ser obrigatória para que o Estado possa ingressar com uma ação de regresso contra o agente público faltoso, uma vez denunciada a lide, esta não poderia ser recusada pelo juiz, haja vista que, presente o direito de regresso a ser resguardado pelo demandado, a instauração do procedimento incidental de denúncia não prejudicaria a posição do autor na ação principal, sendo, portanto, uma faculdade do Ente Público.

A adoção de tal entendimento, em muito, se deve ao texto do inciso II, artigo 125 do Código de Processo Civil¹⁸⁹, que admite a denúncia da lide “àquele que estiver obrigado,

¹⁸⁵ DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 170.

¹⁸⁶ DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 170-177.

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. I: Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. p. 377-392.

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. I: Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. p. 379-382.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo”. Partindo dessa premissa, o referido doutrinador conclui que quando o texto constitucional¹⁹⁰ prevê a possibilidade de ação de regresso contra o agente público causador do dano, não há como proibir que a Fazenda Pública faça uso da chamada “litisdenuciação”, já que tal direito lhe é atribuído por lei¹⁹¹.

Nesse sentido, cabe destaque à manifestação de Marinela¹⁹², a qual explica que, em determinadas situações de denunciação da lide, é relevante apontar que, por mais que a Fazenda Pública assuma a responsabilidade, ela soluciona dois conflitos através de uma única ação, a saber: indeniza o administrado e, no próprio processo, é indenizada pelo agente público. Desse modo, a autora conclui que este instituto reflete uma maior celeridade e economia no processo para o Poder Público, sendo, ainda, uma via mais vantajosa para o Requerente.

Vislumbrando esse panorama, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹³ deliberou, na década de 90, que apesar da denunciação da lide não ser obrigatória, não haveria óbice para que o Poder Público utilizasse esse recurso em relação ao agente público que lhe é vinculado, caso seja civilmente acionado para responder por ato deste.

É certo que, à época deste julgado, ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1973¹⁹⁴, porém, a redação do inciso III, de seu artigo 70, é equivalente ao já citado inciso II, do artigo 125 do Código de Processo Civil¹⁹⁵, ao imputar que a denunciação da lide é obrigatória “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

¹⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. I: Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. p. 379-382.

¹⁹² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1012-1016.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial nº 594 – RS (89.0009809-8)**. PROCESSUAL CIVIL - DENUNCIAÇÃO À LIDE - AGENTE PUBLICO CAUSADOR DO DANO. É de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, à lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo. Inexistência de violação à lei federal. Recurso conhecido pela letra “c” e improvido. Recorrente: Nilo Bica. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Garcia Vieira, 07 de novembro de 1990. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=198900098098&dt_publicacao=03/12/1990. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Assim, conclui-se que a premissa adotada pelo Superior Tribunal de Justiça ainda seria inteligível perante os dias atuais, e, ao identificar a denunciação da lide como uma faculdade do Estado, esta linha de entendimento encontra amparo não apenas na doutrina, mas também na jurisprudência. Cientes disso, resta esclarecido o último aspecto da teoria da indenização *per saltum*. Seguir-se-á, portanto, para a análise da teoria da dupla garantia.

3.3 Da dupla garantia

3.3.1 Conceito e fundamentos

Desde os primórdios do Direito Administrativo, havia uma certa preocupação, por parte do Estado, em resguardar seus agentes públicos, razão pela qual foram editados diversos compêndios legislativos para a efetivação desse propósito.

Segundo Bandeira de Mello¹⁹⁶, uma das primeiras normatizações a cumprir com este papel foi o artigo 75 da Constituição Francesa do ano VIII, o qual previa que os funcionários públicos somente poderiam ser responsabilizados pelos danos causados no exercício de suas funções, quando houvesse a chancela do Estado francês.

Tal instituto foi derrubado por um decreto-lei de 18 de setembro de 1870, mas, mesmo sem o respaldo da Constituição Francesa (que não estava mais em vigor), ele continuou a vigorar (desta vez, com força de lei), visto que segundo a concepção francesa, as normas constitucionais que fossem compatíveis com a Constituição superveniente, persistiriam com vigor de lei ordinária¹⁹⁷.

Adentrando o panorama jurídico brasileiro, alguns doutrinadores entendem que, há tempos, o ordenamento jurídico pátrio também vem adotando um certo protecionismo legislativo no que se refere ao agente público. Fazendo uma ponte com o prenunciado no capítulo anterior, possíveis exemplos disso seriam: o artigo 194 da Constituição de 1946¹⁹⁸, o qual instituía que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”; posteriormente, o

¹⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1070.

¹⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1070.

¹⁹⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

artigo 105 da Constituição de 1967¹⁹⁹, ao acrescentar que “cabera ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”; e o artigo 107 da Emenda nº 1, de 1969²⁰⁰, que manteve esta redação em seu texto.

Atualmente, tal ideário encontraria guarida no §6º, artigo 37 da Constituição Federal de 1988²⁰¹, porém, conforme explicitado anteriormente, tal dispositivo tem sido palco de ampla discussão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de se inserir o agente público no polo passivo de uma possível demanda judicial movida por terceiro lesado.

Perante este impasse, os teóricos da dupla garantia seriam aqueles que interpretam o referido dispositivo como uma garantia não apenas ao administrado, mas também ao funcionário. Daí a origem de seu nome, cuja denominação foi consagrada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 327.904²⁰², ocasião em que entendeu pela existência dessa dupla garantia, inadmitindo a interposição de ação civil diretamente contra o servidor estatal, que somente responderia perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.

Ressalta-se, porém, que esta ideia não se iniciou através deste julgado. Em verdade, a nomenclatura “dupla garantia” nem mesmo é a única forma utilizada para se alunhar a aludida ideia, sendo também chamada de “dupla proteção”, “garantia de benefício de ordem”, “duplicidade de relações jurídicas”, e “garantia administrativa dos funcionários”²⁰³.

¹⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1070.

Então, é evidente que este ideário supera em muito a seara jurisprudencial, alcançando, também, o âmbito doutrinário, onde podemos identificar diversos defensores, como Hely Lopes Meirelles²⁰⁴, José Cretella Júnior²⁰⁵, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰⁶, José Afonso da Silva²⁰⁷, Clovis Beznos²⁰⁸ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰⁹, que abraçaram o entendimento segundo o qual a ação da vítima somente poderia ser dirigida contra o Estado.

Meirelles justifica a adoção dessa premissa, por entender que a responsabilidade do servidor é de reparar a Administração Pública, e não o particular lesado (apenas o Estado seria responsável por reparar o dano ocasionado pelo servidor perante o particular):

A reparação do dano causado pela Administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo § 62 do art. 37 da Cf. O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente²¹⁰.

Esse também é o entendimento de: Cretella Júnior²¹¹, o qual sustenta que a obrigação de indenizar não cabe ao agente público, mas sim ao Estado, já que ela “decorre de ato próprio, porque o ato do agente público não é atribuído à sua pessoa física, em si e por si, desvinculada do Estado, mas é ato inerente à pessoa jurídica pública da qual o funcionário é preposto”; Di Pietro²¹², segundo a qual “a pessoa que sofreu o dano pode pleitear a sua reparação na esfera judicial, mediante ação proposta contra a pessoa jurídica causadora do dano”, ao que “em caso de ser julgada procedente a ação, cabe direito de regresso contra o agente causador do dano”; Afonso da Silva²¹³, ao defender que, por força do princípio da impessoalidade, “o prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 790.

²⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4. p. 2356.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 795.

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 684.

²⁰⁸ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 345.

²¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 790.

²¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4. p. 2356.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 795.

²¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 684.

jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano”; Clovis Beznos²¹⁴, que defende a impossibilidade do agente público ser acionado diretamente numa possível ação judicial que vise a sua responsabilização civil por ato proveniente do seu *munus* público, visto que, conforme ensinamentos do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁵, o agente, no exercício de sua função pública, não deve ser considerado como pessoa em relação a terceiros, mas, sim, como parte integrante e indivisível do órgão público, que confere vontade à pessoa pública (assim, seria o próprio princípio da impessoalidade quem demandaria que o agente e o Estado fossem considerados como uma unidade, visto que eles não se separam em representante e representado, o que impede que se promova ação de ressarcimento de danos em face do servidor público, devendo a ação ser efetivamente dirigida contra a pessoa pública que atuou através da ação desse agente); e Moreira Neto²¹⁶, segundo o qual “não só os servidores públicos estatutários como todos que estejam a serviço daquelas entidades gozam, não importa através de que vínculo, de dupla garantia constitucional em caso de causarem danos a terceiros nessa qualidade”.

Em oposição a esse juízo, Carvalho Filho sustenta que a defesa desta dupla garantia:

não se compadece com o amplo direito de ação assegurado aos administrados em geral e deixa em situação cômoda o agente que efetivamente perpetrou o dano. Por outro lado, não vislumbramos no ordenamento jurídico fundamento para a blindagem do agente causador do dano em virtude da possibilidade de ser ajuizada ação em face do Estado. Semelhante pensamento, portanto, é antagônico ao sistema de garantias outorgado pela Constituição²¹⁷.

Porém, conforme reconhece o próprio administrativista, na jurisprudência há certa instabilidade acerca do tema, com decisões permissivas e proibitivas, e, atualmente, o Supremo Tribunal Federal, conforme decisão citada anteriormente, segue o entendimento de que existiria, sim, essa dupla garantia, a primeira em favor do terceiro lesado e a segunda em benefício do agente público, não sendo possível acionar o agente público de forma direta pelos danos que este causar a terceiros no exercício de sua função administrativa, já que, no entender do Ministro Carlos Ayres Britto, o agente não representa o Estado, ele é o Estado em ação,

²¹⁴ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 30-37, abr./jun., 1971.

²¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 345.

²¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 603.

sendo assim, não há como extrair do §6º, artigo 37 da Lei Maior²¹⁸, a responsabilidade por salto da pessoa natural do agente que “se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário”²¹⁹.

No mais, este entendimento também recebe suporte legislativo, visto que os artigos 143, 155, 181, 184 e 187 do Código de Processo Civil²²⁰, conferem, expressamente, o benefício da dupla garantia a juízes, escrivães, oficiais de justiça, chefe de secretaria, membros do Ministério Público, membros da Advocacia Pública e aos membros da Defensoria Pública.

Ao mesmo tempo, o art. 122 da Lei 8.112/1990²²¹, ao tutelar os servidores públicos da União, das autarquias e fundações públicas federais, afirma que a “responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros”, ressaltando, em seu § 2º, que “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”.

Portanto, apesar de ter menos apoiadores do que a vertente da indenização *per saltum* (no âmbito doutrinário), esta corrente ideológica encontra suporte tanto na legislação infraconstitucional, quanto na jurisprudência, onde recebe relevante destaque, visto que a Suprema Corte lhe é favorável. No entanto, cabe destacar um último ponto no que se refere a esta teoria, que é sua relação com o instituto da denunciação à lide.

3.3.2 A inadmissibilidade da denunciação à lide

²¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²²¹ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Pautando-se no conceito e nos fundamentos da teoria da dupla garantia, os quais sustentam que a ação da vítima somente poderia ser dirigida contra o Estado, e que somente este poderia intentar a responsabilização do agente que lhe é vinculado, é evidente que os defensores desta doutrina também não acolhem a possibilidade de denúncia à lide.

Nesse sentido, retomar-se-á a divergência elencada no tópico atinente à admissibilidade da denúncia à lide pelos teóricos da indenização *per saltum*, para esclarecer aquela terceira (e última) corrente mencionada, que, em contrariedade às outras duas linhas de entendimento, inadmite a denúncia da lide, tendo como expoentes: Vicente Greco Filho²²², Weida Zancaner²²³, Celso Antônio Bandeira de Mello²²⁴, José Dos Santos Carvalho Filho²²⁵, Alexandre Mazza²²⁶, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²²⁷, Hely Lopes Meirelles²²⁸, Lúcia Valle Figueiredo²²⁹, entre outros.

À princípio, cabe destacar as lições de Greco Filho²³⁰, o qual explica que, como consequência da adoção do sistema italiano pelo ordenamento jurídico pátrio, admitiu-se, na denúncia da lide, um modo de demanda implícita, diferente do sistema francês que aplica a demanda explícita incidental. Segundo este formato, não seria possível que se inserissem fundamentos jurídicos inéditos, não integrantes da petição inicial originária, através de petição simples, denunciando a lide e pedindo a citação do denunciado. Isto, porque, caso contrário, representaria uma afronta ao princípio do contraditório, e padeceria de inépcia.

Partindo deste raciocínio, e acreditando que a denúncia da lide do agente público acarretaria na implementação de um novo embasamento jurídico (à saber, a comprovação de que o servidor público agiu com dolo ou culpa), o referido autor inadmite este instituto, justificando que a Constituição Federal de 1988²³¹ adotou a teoria do risco administrativo no

²²² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1: teoria geral do processo a auxiliares da justiça. p. 177.

²²³ ZANCANER, Weida. **Responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 64-65.

²²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1074.

²²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 605.

²²⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 545.

²²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 659.

²²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 618.

²²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 177.

²³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1: teoria geral do processo a auxiliares da justiça. p. 177.

²³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

tocante à responsabilidade civil do Estado, e, por tal motivo, não interessaria, àquele que sofreu a conduta lesiva, se houve dolo ou culpa do agente público, já que tais elementos não poderiam ser utilizados como sustentáculo para uma possível ação de reparação do dano²³².

Nesse mesmo sentido, Weida Zancaner²³³ sustenta que a pessoa lesada deve demandar contra a Administração e não contra o seu funcionário, que só poderia responder de forma regressiva (perante o Estado), caso tenha atuado com dolo ou culpa. E vai mais além, reconhecendo que a admissão da denunciação da lide acarretaria prejuízos para a demandante, visto que esta seria compelida a aguardar a resolução de outro conflito intersubjetivo de interesses (entre o Estado e o funcionário), que não se confunde com o seu direito e nem é necessária para a efetivação do seu ressarcimento. Assim, a denunciação apenas retardaria, injustificadamente, o direito do lesado.

Convencido pelas explicações da supracitada doutrinadora, Bandeira de Mello²³⁴ reconsidera esse ponto (em específico), e afirma que o instituto da denunciação da lide é inadmissível quando se tratar da responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes. Desse modo, cabe destacar que, apesar de ser adepto à corrente que defende a indenização *per saltum*, e admitir que o administrado ingresse com ação diretamente contra o agente público que lhe causou dano, ou que o coloque em litisconsórcio passivo com o ente ou entidade ao qual é vinculado, Mello entende pela impossibilidade da denunciação destes agentes à lide.

Voltando à sequência de doutrinadores adeptos à teoria da dupla garantia, também se manifestam em contrariedade à denunciação da lide: Carvalho Filho²³⁵, para explicar que, caso se admitisse a denunciação da lide ao agente público, poderia haver prejuízo para o terceiro lesado, que interpôs a ação, já que se faria necessário aguardar o desenlace da lide entre o Poder Público e seu agente, sob o regime de comprovação da culpa (por se tratar de responsabilidade subjetiva), motivo pelo qual se macularia a prerrogativa que o § 6º, artigo 37 da Carta Magna²³⁶, concede para o administrado (responsabilidade objetiva); Alexandre Mazza²³⁷, destacando que a “denunciação da lide é visivelmente prejudicial aos interesses da vítima à medida que traz

²³² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1: teoria geral do processo e auxiliares da justiça. p. 177.

²³³ ZANCANER, Weida. **Responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 64-65.

²³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1074.

²³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 605.

²³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²³⁷ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 545.

para a ação indenizatória a discussão sobre culpa ou dolo do agente público, ampliando o âmbito temático da lide em desfavor da celeridade na solução do conflito”; e Moreira Neto²³⁸, o qual sustenta que esta modalidade de intervenção de terceiros “prejudicaria a parte autora, que seria obrigada a suportar uma instrução processual em torno da discussão da culpa ou dolo do servidor, enquanto foi diametralmente oposta a intenção protetiva do constituinte”, e prejudicaria também o Estado, que, ao tentar provar a culpa do seu agente, acaba por reconhecer a sua responsabilidade em face da parte autora, razão pela qual a sua dimensão de defesa é enfraquecida.

Arremata-se, portanto, esta última corrente sobre a denunciação da lide, com os ensinamentos de Meirelles²³⁹, que, em anuência à inadmissibilidade do referido instituto, ressalta a jurisprudência emanada pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁴⁰, ao julgar o Recurso Especial 584.701, proveniente do Rio de Janeiro, quando decidiu pela inviabilidade da denunciação em caso de ação de indenização decorrente de responsabilidade objetiva.

Isto posto, encerra-se o presente capítulo com a percepção de que tanto a corrente da indenização *per saltum*, quanto a da dupla garantia se pautam em argumentos e premissas coerentes, angariando, cada uma, amplo suporte doutrinário, legislativo e jurisprudencial para a corrente interpretativa que entendem como acertada perante o texto do artigo 37, § 6º da Carta Magna²⁴¹. Logo, para solucionar o impasse quanto à possibilidade de se inserir o agente público no polo passivo da demanda judicial interposta por um terceiro lesado, buscar-se-á respostas através da análise administrativista principiológica que se desenvolverá a seguir.

4 UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

Conforme levantado nos capítulos iniciais, o nascimento do Direito Administrativo remonta o contexto histórico da Revolução Francesa, quando a superação do desarranjo típico

²³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 659.

²³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 618.

²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial nº 584.701 - RJ (2003/0158214-3)**.

Processual civil. Indenização. Responsabilidade civil. Denunciação à lide de servidor da recorrente. Desnecessidade, em face dos princípios da economia e celeridade processuais. Ação regressiva garantida. Precedentes. Recorrente: União. Recorrido: Lúcia Maria da Silva. Relator: Ministro José Delgado, 02 de dezembro de 2003. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteireteor/?num_registro=200301582143&dt_publicacao=08/03/2004. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

do direito consuetudinário (baseado nos costumes), permitiu uma nova concepção política que conferia autoridade à lei, que, por sua vez, seria elaborada pelo legislativo.

Contudo, Jean Rivero²⁴² aponta que naquela época, a doutrina jurídica defendia um positivismo jurídico exacerbado, que sustentava uma absoluta supremacia da lei escrita, de forma que, aos tribunais, restaria a mera função de interpretação e aplicação da lei, concebendo um cenário duvidoso, dividido entre lei escrita e regra de direito.

Nesse jaez, ao se afirmar que, além da vontade do legislador, a lei não pode ter outra fonte, remete-se à conclusão de que a norma, nada mais é, que um ato de comando do Poder Legislativo, que, por sua vez, acabava sobrecarregado com o monopólio desse poder-dever de criação das regras de direito.

No que se referia ao Direito Administrativo, a doutrina do direito privado francês do século XX ainda seguia esse positivismo jurídico, até que tal conjuntura foi se relativizando, especialmente quanto ao papel do juiz, pois passou-se a admitir que suas interpretações poderiam transformar a regra escrita, passando a aceitar a jurisprudência como uma fonte secundária do direito.

Desde então, a jurisprudência passou a ter um papel significativo para a edificação do Direito Administrativo, pois seus fundamentos provém dos julgados proferidos pelo Conselho de Estado Francês, reunidos na “Coleção de Decretos do Conselho de Estado”.

Percebe-se, assim, uma maior liberdade do juiz administrativo, que tinha que expor sua sentença, mesmo em face do silêncio da lei, de forma que o Direito Administrativo francês acabou se desenvolvendo através desses julgados e decisões.

Essas particularidades administrativistas foram compendiadas pelo vice-presidente, à época, do Conselho de Estado, Eduardo Laferriere, que é considerado por muitos como o pai do Direito Administrativo francês, ao editar um tratado, em 1887, abordando a precária lei de organização e ação do direito administrativo, bem como o papel criador que essas lacunas legais impunham ao juiz administrativo²⁴³.

Contudo, a grande contribuição de Laferriere foi admitir, doutrinariamente, que a lei escrita não acomoda todos os direitos, e, por isso, deve contar com um corpo de princípios próprios do Direito, de modo que, quando o texto legal é omissivo, a solução é se socorrer desses princípios de direito público, sejam, eles, escritos ou não.

²⁴² RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²⁴³ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

Daí em diante, o Conselho de Estado passou a valer-se desses princípios gerais em suas decisões. A princípio, de forma implícita, até que, a partir de 1942, a constante variação de regimes políticos, fez com que aparecesse uma longa série de decisões, dos Comissários de Governo, admitindo, explicitamente, a utilização desses princípios, com todo o seu valor jurídico, o que foi entendido, por Rivero²⁴⁴, como a ocorrência mais notável na evolução da teoria do Direito Administrativo francês, por permitir a integração da ordem jurídica tradicional, em especial quanto às lacunas jurídicas.

Então, para determinar quais seriam esses princípios gerais, o referido autor²⁴⁵ os dividiu em quatro grupos. A primeira (e mais importante) categorização seria o grupo do fundo comum do liberalismo tradicional, que traz princípios decorrentes da Declaração dos Direitos Humanos de 1789, como o princípio da igualdade, o princípio da separação de poderes, e o princípio da liberdade.

Em seguida, a segunda categorização abrange o grupo de princípios que decorrem das regras técnicas adotadas pelo Conselho de Estado, pautadas nas leis processuais e no Código Civil, dentre, os quais, podemos indicar: o princípio segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ter sido capaz de se defender (que seria algo parecido com o atual princípio do contraditório); o princípio atinente à obrigação de reparação do dano decorrente da infração cometida; o princípio de que ninguém pode se enriquecer, injustamente, às custas de outrem (algo parecido com a nossa proibição do enriquecimento ilícito); e o princípio da irretroatividade do Direito.

Por sua vez, a terceira categorização abarca o grupo de princípios voltados para a moralidade, onde Rivero²⁴⁶ aponta o princípio da anulação das decisões cujos motivos são imprecisos; e o princípio da busca pelo bem comum (algo parecido com a atual supremacia do interesse público sobre o privado).

E a última categorização compreende o grupo de princípios, provenientes da apreciação que o Conselho de Estado faz acerca da "natureza das coisas", depreendendo, assim, o princípio da continuidade do serviço público, e extraindo pontos importantes como o poder hierárquico, e a razoabilidade.

²⁴⁴ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²⁴⁵ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²⁴⁶ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

De tal modo, é possível arrematar que esses princípios possuem caráter autossuficiente, alheio à vontade do legislador, à lei escrita, e à autoridade judiciária. Seu fundamento deriva de sua própria essência, apresentando uma natureza jurídica abstrata e genérica, já que possui um amplo poder de interpretação e se pauta na concepção de homem e de mundo, que pode variar de acordo com os diferentes valores que cada civilização adota.

Partindo para o enfoque das fontes de direito, Rivero²⁴⁷ assevera que, conforme interpretação do Conselho de Estado, os princípios possuem "valor legislativo", logo, devem ser alocados no mesmo plano hierárquico das leis. Entretanto, o que se observa nas jurisprudências é que esses princípios podem aparecer tanto de forma equivalente às leis (quando ambos se sobrepõem a regulamentos administrativos), quanto de forma inferior (pois a conformidade com a lei pode suprir a violação a um princípio), e superior (quando a lei que atenta contra um princípio, e é interpretada à luz dos princípios).

Logo, é possível identificar algumas consequências desses princípios gerais. A princípio, a concepção tradicional francesa, que era a adotada na maioria dos países europeus, defendia que o Juiz deveria se subordinar à lei, pois, para o particular, a regra escrita era uma segurança "a mais" de que ele teria justiça. E a jurisprudência, por sua vez, era entendida como algo imprevisível, principalmente até o momento em que é pronunciada, fazendo com que ela não oferecesse a mesma segurança que a lei.

Por outro lado, observou-se²⁴⁸ que não é possível conferir supremacia à lei, uma vez que seu aspecto genérico não permite que ela abrace todas as situações e detalhes dos casos concretos. Assim, quando o juiz se depara com possíveis lacunas legais, ele tem que suprir essa lacuna, e apresentar uma decisão.

Dá que, para reduzir a insegurança dessa decisão "às cegas" do juiz, o Conselho de Estado Francês adotou a teoria dos princípios gerais, alçando um corpo de regras fundamentais, que dominavam o aspecto jurídico da civilização francesa.

Portanto, as fontes do administrativismo francês não eram apenas as leis e jurisprudências, mas também os princípios gerais (um corpo de regras não escritas que vinculam as atividades administrativas, tanto quanto a lei). Essa solução, certamente, não foi perfeita, já que os princípios são, essencialmente, "vagos e mal definidos". No entanto, a aplicação desses

²⁴⁷ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²⁴⁸ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

princípios permitiu conciliar a flexibilidade da jurisprudência administrativa com a segurança do particular, que teria sua demanda respondida.

No Direito Administrativo brasileiro, é notório que não se utiliza esses mesmos princípios gerais franceses, mas, ainda assim, são seguidos alguns preceitos jurídicos (de lógica similar), compendiados ao longo do ordenamento jurídico nacional, que norteiam sua atividade: os princípios de direito.

Tais princípios, assim como as regras, são normas jurídicas. No entanto, as regras contemplam previsões de conduta determinadas e precisas, especificando como os sujeitos devem, não devem, ou podem se manifestar entre várias alternativas de conduta, enquanto os princípios, por sua vez, determinam o alcance e o sentido das regras, servindo de parâmetro para a exata compreensão delas e para a própria produção normativa²⁴⁹.

Desse modo, eles não se limitam a fornecer soluções exatas ou a fixar limites. Em verdade, eles consagram os valores a serem alcançados, propiciando um elenco de alternativas, e demandando, por ocasião de sua aplicação, que se escolha por uma dentre diversas soluções.

Trocando em termos práticos, a regra, sob a forma dos artigos de lei, vai demandar condutas específicas do agente, restando, a ele, apenas o dever de cumprir a regra, haja vista que a ponderação entre as alternativas possíveis já foi feita pelo legislador. Se, por ventura, houver um conflito de regras, esse litígio é dirimido de maneira disjuntiva no plano da validade: havendo mais de uma regra aplicável à mesma situação, apenas uma delas deverá prevalecer, conforme critério de cronologia, hierarquia, ou especialidade²⁵⁰.

Assim, prevalecerá o valor: cronológico, aplicando-se a lei mais nova sobre a antiga; hierárquico, onde a norma superior prevalece sobre a inferior (a Constituição prevalece sobre as leis, que prevalecem sobre os decretos, e assim por diante); ou de especialidade, onde a lei especial derroga a lei geral.

Já no caso dos princípios, o agente público deve analisar as circunstâncias do caso concreto, ponderar as diversas possibilidades, e, ao final, tomar a decisão que melhor diligencie os princípios envolvidos. Assim sendo, as soluções podem variar em cada caso, mas devem ser sempre justificadas ou motivadas pela aplicação do princípio.

Isto, porque, ao contrário das regras, não há hierarquia material entre princípios (todos se equiparam), logo, ele não se excluem na hipótese de conflito, fazendo que o conflito entre

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 135-139.

²⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

princípios seja resolvido mediante a ponderação de valores (ou ponderação de interesses), que buscará uma solução que harmonize todos os princípios em jogo, um cedendo espaço para o outro.

Muito embora, tendo em vista que a análise da ponderação pressupõe o incondicional entendimento dos princípios, deixar-se-á sua análise para os capítulos vindouros. Para o momento, dar-se-á preferência ao estudo principiológico atinente ao dever de indenizar do Estado.

À vista disso, abordar-se-á o princípio da dignidade humana, que, na condição de metaprincípio, alcança o cerne do presente estudo, bem como os princípios administrativistas atinentes ao tema, que regem o regime jurídico estatal no que se refere à responsabilização do agente público.

Dentre esses princípios, é comum elencar a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade (que não possui relevância para o presente estudo) e a eficiência, que, por estarem compendiados no artigo 37 da Carta Magna²⁵¹, são corriqueiramente associados à atividade administrativa do Estado.

Estes, por terem cunho constitucional, são denominados de princípios expressos, e revelam as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles, devendo ser observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos²⁵².

Ocorre que o Direito Público, através da doutrina e da jurisprudência, admite uma carga principiológica muito mais extensa que os elencados pela Constituição Federal, imputando, à Administração Pública, outras diretrizes relevantes para sua atuação, como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, a segurança jurídica, a razoabilidade, a proporcionalidade, dentre outras, que por não guardarem relevância com a responsabilização dos agentes públicos, não serão abordados no presente estudo.

Estes últimos, denominamos de princípios implícitos ou reconhecidos²⁵³, para ressaltar sua aceitação como regras de proceder da Administração, e são tão relevantes quanto aqueles indicados como explícitos.

²⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

²⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

É certo que não há unanimidade dos autores quanto a tais princípios, já que existem divergências quanto às suas respectivas relevâncias para a atuação pública. E, inclusive, há quem diga que proporcionalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público não são princípios. Porém, para esse trabalho, seguiremos o entendimento adotado por Celso Antônio, que os considera princípios, por entender que eles “desempenham o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina e radical que unifica e lhe dá organicidade e coesão”²⁵⁴, conforme veremos mais à frente.

De todo modo, neste capítulo, buscar-se-á abordá-los, de forma a compreender os valores que permeiam a responsabilização do agente público, e alicerçar uma posterior resolução das antinomias que, por ventura, sejam encontradas.

4.1 A dignidade da pessoa humana

4.1.1 A dignidade da pessoa humana e o nascimento do Direito Administrativo

Elucidados tais elementos, e fazendo uma ponte com o contexto histórico abordado no início da presente obra, é de se esperar que a dignidade da pessoa humana, além de alcançar amplitude constitucional, também serve de norte para o desenvolvimento de várias outras áreas do Direito, inclusive a administrativista. Assim sendo, para o entendimento da relação entre esses institutos, é necessário apurar a influência que o referido princípio exerceu no surgimento do Direito Administrativo.

Para isso, cabe rememorar que a noção contemporânea desta nobre disciplina é proveniente da França, e da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês²⁵⁵, que, apesar de ter natureza jurisdicional (decidindo com força de coisa julgada) e de ser alheio ao Poder Judiciário, integrava (e continua integrando) o próprio Poder Executivo²⁵⁶, galgando uma liberdade muito maior do que a justiça comum, especificamente em relação à lei escrita.

Sob estes termos, esta corte, dirimiu as contendas que surgiram entre a Administração e administrados, e edificou as bases deste campo jurídico, em uma época que as relações entre estas duas partes eram marcadas por uma manifesta escassez legislativa.

²⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 97-129.

²⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 38.

²⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39.

No entanto, ainda não foi dito que, nesse processo, o referido conselho foi fortemente influenciado pela dignidade da pessoa humana. Isto, porque, conforme aponta Jean Rivero²⁵⁷, até a época da revolução francesa, o campo do direito ainda se pautava nas legislações deixadas por Napoleão, que reproduziam conceitos aprimorados ao longo de séculos de prática e reflexão.

Tais códigos, apesar de satisfatórios no campo do direito privado, eram insuficientes para o administrativismo, pois, até aquela época, o Direito Público se norteava pelas tradições do império, que já não refletiam mais os anseios administrativistas da sociedade, ressignificados pela revolução francesa.

Surgia, despretensiosamente, a legislação administrativa, edificando-se através das resoluções dos casos concretos que, por ventura, eclodiam. Sob esse contexto, é evidente que o juiz do Contencioso-administrativo recebia pouco suporte legislativo, tal qual o juiz ordinário recebia do Código Civil Napoleônico.

Observando essa conjuntura, Rivero²⁵⁸ percebeu que a tomada dessas leis não escritas pelo juiz administrativo francês, transcendia os imperativos do poder legislativo, se mostrando como uma expressão clara de um Direito Natural, que deriva, em essência, da dignidade da pessoa humana, e que contribuiu para uma constante renovação dos valores jurídicos fundamentais.

Voltando o olhar para o contexto brasileiro, tal entendimento ainda é bastante válido, pois o Direito Administrativo pátrio provém do francês, herdando os valores de dignidade da pessoa humana, enraizados na sua construção e direcionamento. Explicados esses aspectos iniciais, seguir-se-á para a análise dessas implicações que o princípio da dignidade humana deixou para o ordenamento jurídico brasileiro.

4.1.2 O metaprincípio da dignidade da pessoa humana

Ingo Wolfgang Sarlet²⁵⁹ aponta que o conceito de dignidade humana é complexo, e que abriga, em seu conteúdo, uma relativa indeterminação, já que eivado de contornos vagos e imprecisos.

²⁵⁷ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²⁵⁸ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Por existir em todos os indivíduos e impor um respeito mútuo entre as pessoas (contrário a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado), a dignidade humana se evidencia como uma qualidade inerente a todo indivíduo, e pode ser compreendida como o próprio valor que o identifica²⁶⁰.

Diz-se inerente ao homem, porque é naturalmente conhecida pelas pessoas, não podendo, o Estado, lhe tratar como algo irrelevante. Muito pelo contrário, o Estado precisa criar condições favoráveis para sua integral realização.

Desse modo, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano deve ser reconhecido como membro da humanidade e ser tratado com respeito e consideração pelos demais indivíduos, grupos, e organizações sociais, bem como pelo Estado.

É o que sustenta o ministro Alexandre de Moraes²⁶¹, ao asseverar que a dignidade da pessoa humana constitui um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico deve assegurar. Isto significa que as limitações ao exercício dos direitos fundamentais podem, excepcionalmente, ocorrer, mas sempre respeitando a imprescindível estima que todas as pessoas merecem, enquanto seres humanos.

Sob essa premissa, a dignidade humana estaria relacionada, também, a três premissas essenciais²⁶²: a primeira se refere ao homem, individualmente considerado (ou seja, a sua personalidade e os direitos, a ela, inerentes), consagrada como direitos da personalidade; a segunda, ligada à inserção do homem na sociedade, lhe atribuindo a condição de cidadão (e seus desdobramentos); e a terceira, referente à questão econômica, que reconhece a imprescindibilidade de estímulo aos recursos para a sobrevivência dos indivíduos.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos fundamentos dos direitos fundamentais e do próprio Estado Democrático de Direito²⁶³, o que se reflete nas prerrogativas atribuídas aos indivíduos, de liberdade, igualdade, justiça, e fraternidade.

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 48-49.

²⁶² SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana**. In: Marco Antônio Marques da Silva: Artigos e agenda profissional do professor Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo, 29 abr. 2019. Disponível em: <https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2019/04/29/trabalho-escravo-e-dignidade-humana/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁶³ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Portanto, por todo o exposto, há de se concordar com os ensinamentos de Jorge Miranda²⁶⁴, ao concluir que a dignidade humana alça o status de metaprincípio, abarcando todos os princípios relativos aos direitos, todos os deveres das pessoas, e a própria posição do Estado perante elas. Nesse sentido, pode-se afirmar que a dignidade humana é um princípio importante para todo o ordenamento jurídico, inclusive no que se refere ao regime administrativo e à responsabilização do agente público. Assim, é evidente a sua pertinência para o presente estudo.

4.1.3 Dignidade da pessoa humana e a responsabilização do agente público

Apreendida a relevância do princípio da dignidade humana, bem como sua natureza de metaprincípio, se faz necessário ilustrar a forma como essa característica interfere no regime administrativo atual, e, mais especificamente, na responsabilização do agente público.

Avaliando o valor estruturante que esse princípio exerce sobre o ordenamento jurídico, o que se verifica é um processo de reajustamento e afirmação dos (já citados) princípios constitucionais implícitos e explícitos, que adotam novos contornos normativos, em especial quanto aos direitos e garantias fundamentais que orbitam o Direito Administrativo Sancionatório, a segurança jurídica, e a boa-fé²⁶⁵.

Voltando o olhar para esses direitos e garantias que regem o processo disciplinar, nota-se uma considerável interferência por parte do princípio da dignidade humana na sua disciplina jurídico-administrativa, refletida no dever de observância a inúmeros princípios constitucionais²⁶⁶, como o devido processo legal administrativo (inciso LIV, do artigo 5º), a inafastabilidade de jurisdição (inciso XXXV, do artigo 5º), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV, do artigo 5º).

²⁶⁴ MIRANDA, 2008 apud SILVA, Marco Antonio Marques da; ANDORFATO, João Jacinto Anhê; TYLES, Gabriel Huberman; SOUZA, Ricardo Vieira de. A Efetividade da Dignidade Humana e a Estigmatização dos Imigrantes e Refugiados. **Revista Internacional COSINTER**, Porto, ano 2, n. 2, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/a-efetividade-da-dignidade-humana-e-a-estigmatizacao-dos-imigrantes-e-refugiados/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁶⁵ ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. A dignidade da pessoa humana no regime jurídico-administrativo. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 18 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58154/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-regime-juridico-administrativo>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

E evoca, até mesmo, garantias constitucionais penais²⁶⁷ aos acusados, nos processos administrativos, ao que se pode citar o da vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícito (constante no inciso LVI, do artigo 5º); da irretroatividade da legislação penal-administrativa (salvo para beneficiar o servidor, conforme inciso XL, do artigo 5º); da presunção de inocência (constante no inciso LVII, do artigo 5º); princípio do juiz natural (expresso nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º); da tipicidade penal-administrativa e da reserva de lei (impostos pelo inciso XXXIX, do artigo 5º).

Por sua vez, no que se refere ao princípio constitucional (implícito) da boa-fé, o metaprincípio da dignidade o traz aos regimes administrativistas sob a forma de moralidade administrativa, expresso no caput do artigo 37, da Carta Magna²⁶⁸.

Ainda sob o enfoque da boa-fé, cabe destacar a diferença entre a sua dimensão objetiva e subjetiva, ao que Edilson Pereira Nobre Junior explica:

a boa-fé é valorada, também no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos do vínculo jurídico atuação conforme à lealdade e à honestidade (boa-fé objetiva), ora como uma crença, errônea e escusável, de uma determinada situação (boa-fé subjetiva)²⁶⁹.

Desse modo, a moralidade administrativa reflete, notadamente, a dimensão objetiva da boa-fé, pois, conforme assinala José Guilherme Giacomuzzi²⁷⁰, ela “veicula a boa-fé objetiva no campo do direito público-administrativo, exigindo um comportamento positivo da Administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal”.

Consequentemente, este preceito constitucional dá amparo a uma confiança legítima dos administrados, possibilitando o uso dos institutos provenientes da boa-fé objetiva (típica da esfera jurídico-privada), no âmbito do direito público-administrativo.

Na sequência, outro preceito que também é alcançado pelo referido metaprincípio é a segurança jurídica, que ao absorver legitimidade e normatividade da dignidade humana, fundada no texto constitucional, demanda uma relativa estabilidade das relações jurídicas, fazendo com

²⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁶⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 150-151.

²⁷⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 308-309.

que as normas e mecanismos de atuação administrativa concedam segurança jurídica aos administrados²⁷¹.

Na Constituição Federal²⁷², a segurança jurídica ainda pode ser identificada tanto de maneira implícita, através do princípio da dignidade humana, constante no inciso III, do artigo 1º; como de forma explícita, constante no inciso XXXVI, do artigo 5º, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva²⁷³ sustenta que a segurança jurídica também pode ser vista tanto sob um viés subjetivo, salvaguardando a confiança das pessoas no que se refere às condutas, atos, e procedimentos do Estado; quanto objetivo, à medida que envolve a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, limitando a retroatividade dos atos do Estado.

Vale destacar um consectário dos princípios da segurança jurídica (na dimensão subjetiva) e da dignidade da pessoa humana, que é o princípio da proteção da confiança legítima dos cidadãos, impondo, ao Estado, a obrigação de não inviabilizar as legítimas expectativas dos indivíduos na manutenção da estabilidade da atuação estatal, mesmo que fundada em uma situação de ilegalidade²⁷⁴.

Exemplo dessa proteção de confiança legítima dos cidadãos (em consonância com o princípio da boa-fé), pode ser encontrado na Lei Federal nº 9.784/1999²⁷⁵, que prescreve: atuação condizente com preceitos éticos de boa-fé, decoro e probidade; interpretação da norma administrativa da maneira que melhor assegure o cumprimento do fim público a que se dirige; proibição de aplicação retroativa de novas interpretações; e a decadência administrativa para anulação de atos ilegais com implicações favoráveis aos destinatários.

²⁷¹ SILVA, Almiro do Couto. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

²⁷² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁷³ SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

²⁷⁴ SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

²⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Logo, é evidente que a dignidade da pessoa humana, como metaprincípio, influencia o regime jurídico-administrativo, principalmente no que se refere aos direitos e garantias fundamentais que circundam o Direito Administrativo Sancionatório, a segurança jurídica, e a boa-fé, criando prerrogativas tanto para a Administração Pública (na pessoa do Estado, dos agentes, e dos demais que atuem em nome destes), quanto para os administrados²⁷⁶.

Tais prerrogativas se estendem, até mesmo, à situação de responsabilidade patrimonial do agente por danos a terceiros, descrita no capítulo anterior, e disciplinada pela Carta Magna²⁷⁷, no § 6º do art. 37.

Não obstante, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a relação suscitada pelo referido dispositivo constitucional, afirmou que:

Não é difícil concluir que se a responsabilidade do Estado não veio para escudar o funcionário em face de demandas que os lesados almejassem propor contra eles, mas, como é de todos sabido, para ampliar a proteção aos administrados, não faz qualquer sentido extrair de regra defensora dos direitos dos agravados a conclusão de que lhes é interdito proceder contra quem, violando o direito, foi o próprio agente do dano (...)

O direito de regresso é protetor do interesse do Estado. Prevê forma de seu ressarcimento pela despesa que lhe haja resultado da condenação. Também nele nada há de proteção ao funcionário. A indicação da via pela qual o Poder Público vai se recompor não é indicação, nem mesmo implícita, de que a vítima não pode acionar o funcionário.

Na cabeça do artigo e em seu parágrafo só há preceptivos volvidos à defesa do administrado e do Estado, não se podendo vislumbrar intenções salvaguardadoras do funcionário²⁷⁸.

Criou-se, assim, a ideia de que o referido dispositivo se propõe a proteger apenas o administrado, garantindo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva, mas abstendo-se de qualquer proteção ao funcionário²⁷⁹.

Contudo, considerando tudo o que foi exposto sobre a dignidade da pessoa humana, o que se percebe é que existem muitas outras particularidades envolvidas nessa relação, que

²⁷⁶ ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. A dignidade da pessoa humana no regime jurídico-administrativo. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 18 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58154/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-regime-juridico-administrativo>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1070-1071.

²⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1069-1071.

extravasam o compendiado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal²⁸⁰. Isto, porque ela, na qualidade de metaprincípio, abrange uma vasta gama de valores, o que, de alguma forma, acaba alcançando a todos os indivíduos.

Nesse sentido, em se analisando a situação específica da responsabilização de funcionário público pelo dano causado a um particular, pode-se destacar garantias tanto ao agente causador do dano (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícito, irretroatividade da legislação penal-administrativa, presunção de inocência, juiz natural, tipicidade penal-administrativa, reserva de lei, dentre outros), quanto ao administrado (boa-fé objetiva, inafastabilidade de jurisdição, segurança jurídica subjetiva, e proteção da confiança legítima dos cidadãos, dentre outros).

Por todo o exposto, pode-se tirar duas conclusões. Primeiro, que não há como afirmar, apenas pela redação do art. 37, § 6º²⁸¹, que o ordenamento jurídico estaria favorecendo apenas o administrado, haja vista que este dispositivo não encerra todos os direitos e garantias que orbitam a situação de responsabilidade patrimonial do agente por danos a terceiros. E segundo, que também não é possível identificar, sob o enfoque da dignidade humana, quem deveria prevalecer nessa relação, já que ambos (agente e administrado) são amparados pela sua qualidade de metaprincípio.

Portanto, para a correta avaliação dos valores envolvidos neste impasse (possibilidade de responsabilização direta do agente), há de se aprofundar na análise individual dos princípios explícitos e implícitos de Direito Administrativo que orbitam o tema, e identificar quem seria favorecido por cada um destes.

4.2 Da legalidade

Seguindo a linha de análise principiológica levantada no tópico anterior, chama-se atenção para um outro ponto de extrema importância para a compreensão da responsabilidade patrimonial do agente por danos a terceiros, que é sua inter-relação com o princípio da legalidade.

²⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

Este princípio, dotado de amplitude constitucional (art. 5º, II, e 37, *caput*, da CF²⁸²), é conceituado por Di Pietro da seguinte forma:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo que a lei não proíbe²⁸³.

Depreende-se, de tal conceito, que o Estado só pode agir *secundum legem* (segundo a lei), e não *contra legem* (contra a lei) ou *praeter legem* (além da lei). Desse modo, a legalidade administrativa reivindica uma obediência à lei em seu sentido amplo, fazendo com que o agente público se sujeite ao ordenamento jurídico como um todo, o que inclui os princípios constitucionais e as normas regulamentares editadas pela própria Administração (instruções normativas, decretos, portarias, dentre outros).

Isto, porque as normas são o instrumento portador da vontade dos cidadãos, que a Administração tem o dever de satisfazer. Assim, o respeito à legalidade deve constituir diretriz básica da conduta dos agentes públicos, sob pena de nulidade dos atos praticados, nulidade que pode ser decretada pela própria Administração (autotutela) ou pelo Judiciário (desde que provocado).

Esta legalidade administrativa, contudo, não se confunde com a do setor privado (reserva legal), caracterizada pela autonomia de vontade e prevista como direito fundamental no art. 5º, inciso II da Carta Magna²⁸⁴: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A doutrina costuma diferenciá-las, afirmando que os indivíduos, no campo privado, podem fazer tudo o que a lei não veda (princípio da legalidade constitucional, geral ou da reserva legal), enquanto que o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza (princípio da legalidade administrativa ou da legalidade estrita).

Logo, ao contrário do que ocorre com os particulares, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a Administração pública possa agir, sendo necessária, em regra, a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa.

²⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 94.

²⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Em virtude dessa necessidade de obediência à lei, pode-se dizer que a função administrativa se subordina à legislativa, já que, em tese, a Administração só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.

Voltando o olhar para o caso específico da responsabilização direta do agente público causador de dano ao particular, viu-se que a Carta Magna²⁸⁵, no § 6º do art. 37, estabeleceu que “as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”, concluindo que estaria: “(...) assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Ao interpretar este dispositivo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁶, concluiu que, na reparação de danos causados a terceiros, quem responderia perante o prejudicado seria apenas a pessoa jurídica causadora do dano, a qual teria o direito de regresso contra o seu agente, contanto que este tenha agido com dolo ou culpa.

E acrescentou que, além da clareza do dispositivo, outras legislações reforçavam o entendimento pela necessidade de uma ação prévia contra a pessoa jurídica, para que esta última pudesse seguir com a ação regressiva, a saber, leis nº 4.619/65²⁸⁷, 8.112/90²⁸⁸, e 10.177/98²⁸⁹.

A Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965²⁹⁰, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, conferindo a titularidade desta ação aos Procuradores da República (por posterior imposição do artigo 131 da Constituição Federal²⁹¹, quem exerce tal competência atualmente são os Advogados da União, que representam a União judicialmente), e determinando que a propositura da ação é obrigatória em caso de condenação da Fazenda

²⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 861.

²⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965**. Dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus Agentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14619.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁸⁹ SÃO PAULO. **Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP: Assembleia Legislativa, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965**. Dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus Agentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14619.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

Pública, de forma que seu ajuizamento deve ocorrer no prazo de 60 dias, contados da data do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Já o artigo 122, § 2º da Lei nº 8.112/90²⁹², estabelece que, "tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva", afastando a denunciação à lide e o litisconsórcio.

E os artigos 65 e 66 da Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998²⁹³, do Estado de São Paulo (lei estadual de processo administrativo), preveem um "procedimento de reparação de danos" na esfera administrativa, determinando que o interessado pode requerer indenização ao estado, indicando o montante atualizado da indenização pretendida, o que será deliberado pelo Procurador-Geral do Estado ou por dirigente de entidade descentralizada.

Daí, em caso de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, os artigos 67 a 70²⁹⁴ estabelecem que normas sobre a reparação do dano pelo agente público responsável, determinando a instauração de procedimento administrativo para apurar a responsabilidade civil de agente público (por culpa ou dolo), e, se a indenização foi paga administrativamente, a intimação do agente para, em 30 dias, restituir o valor do prejuízo aos cofres públicos (atualizado monetariamente). Se este não efetuar o pagamento dentro desse prazo, deverá ser interposta, de imediato, ação judicial para cobrança do débito.

Logo, nota-se que a referida autora²⁹⁵, seguindo a lógica do princípio da legalidade administrativa, faz uma interpretação restritiva (só se pode fazer aquilo que a lei permite) do dispositivo constitucional em comento, o que, em consonância com outras legislações, permite alcançar o entendimento de que, na reparação de danos causados a terceiros, quem responderia perante o prejudicado seria apenas a pessoa jurídica causadora do dano, e que apenas esta teria o direito de regresso contra o seu agente, contanto que este tenha agido com dolo ou culpa.

²⁹² BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁹³ SÃO PAULO. **Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP: Assembleia Legislativa, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁹⁴ SÃO PAULO. **Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP: Assembleia Legislativa, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 861.

No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁶ diverge deste entendimento, afirmando que o § 6º do artigo 37²⁹⁷ estatui, tão somente, que o Poder Público pode responder pelos danos causados pelos funcionários, e que, nesta hipótese, estes ficariam sujeitos à ação de regresso promovida pelo Estado (caso tenham incidido em dolo ou culpa).

Isto significa, apenas, que o particular lesado tem um direito contra o Estado, e não que lhe esteja sendo retirado o de acionar o funcionário, haja vista que a concessão de um direito não implica a subtração de outro, salvo quando incompatíveis.

Assim, o autor aponta que basta se atentar para a redação da cabeça do artigo e do seu respectivo parágrafo, para perceber que não se está acobertando o agente público, ou limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado, porque o fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano, não impede que este último seja acionado (individualmente, ou em litisconsórcio facultativo).

Pelo raciocínio adotado, percebe-se que Bandeira de Mello²⁹⁸ considera tanto o trato da legalidade para a Administração Pública (pautado na legalidade estrita, em que o Estado só pode fazer aquilo que a lei permite), quanto para o campo privado (pautado na reserva legal, em que o particular pode fazer tudo aquilo que não está proibido em lei), e, por isso, acaba fazendo uma interpretação mais extensiva, ao concluir que o dispositivo constitucional impõe, ao Estado, o dever de se responsabilizar pela conduta do seu agente e de acioná-lo regressivamente em caso de dolo ou culpa, mas não retira, do particular, o direito de acionar o funcionário.

Revela-se, então, uma robusta divergência interpretativa no que se refere ao § 6º do artigo 37²⁹⁹, já que uma parte da doutrina admite a possibilidade do particular ajuizar ação diretamente contra o agente público causador do dano, e outra a rejeita.

Contudo, apesar do convicto discurso adotado por cada um dos referidos doutrinadores, a verdade é que ambas as correntes são intelectualmente aceitáveis, a depender da perspectiva

²⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1071.

²⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

²⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1071.

²⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

adotada, pois o próprio subjetivismo do dispositivo as permite, prejudicando, até mesmo, a identificação da finalidade legal (entendida por Mello³⁰⁰ como inerente à legalidade).

E isto não significa que se está abrindo espaço para uma resolução do impasse pela própria Administração através de competência discricionária, pois, conforme explica Carvalho Filho³⁰¹, até mesmo quando o agente tem possibilidade de escolher a conduta a ser tomada, esta liberdade de escolha deve ser oferecida pela lei. O que não ocorre no presente caso, já que, aqui, não se trata da lei admitir várias possibilidades, mas, sim, de não se conseguir identificar, apenas pela redação do dispositivo constitucional, o que a lei está instituindo.

Por tal motivo, conclui-se que não é possível determinar, sob o enfoque da legalidade, a possibilidade ou impossibilidade do particular ajuizar ação diretamente contra o agente público causador do dano, já que a redação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal³⁰² admite ambos os entendimentos, a depender da perspectiva adotada pelo intérprete. Assim, caberá, ao operador do direito, buscar respostas em outros institutos do ordenamento jurídico, em especial os demais princípios de Direito Administrativo.

4.3 Da impessoalidade

Na sequência, cabe destaque ao preceito da impessoalidade. Este princípio, extraído do artigo 37 da Carta Magna³⁰³, não é tão debatido pelos doutrinadores brasileiros, o que culmina com o surgimento de interpretações que, apesar de compartilharem a mesma essência, são ligeiramente desiguais.

À vista disso, o presente estudo trará os entendimentos mais relevantes, partindo da conceituação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁴, que adota uma visão bem próxima do princípio da igualdade ou isonomia (previsto pelo artigo 5º da Constituição³⁰⁵),

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 109.

³⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

³⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 117.

³⁰⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

definindo-o, objetivamente, como o dever que a Administração Pública tem, de “tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas”.

Muito embora, sobre o tema, cabe especial destaque ao artigo 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.784/99:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;³⁰⁶

Ao interpretar a redação deste inciso, Di Pietro³⁰⁷ constata que o legislador está conceituando, implicitamente, o princípio da impessoalidade, e dando-lhe dois sentidos, que devem ser observados tanto em relação aos administrados, como à própria Administração.

O primeiro sentido se aproxima muito do conceito elencado por Bandeira de Mello³⁰⁸, e aduz que o princípio impõe que a Administração deve se nortear pela finalidade pública, coibindo atos administrativos que prejudiquem ou beneficiem pessoas determinadas.

Exemplos práticos da adoção desse aspecto da impessoalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, está nos artigos 18 a 21 da Lei nº 9.784/99³⁰⁹, que veda as situações de impedimento e suspeição, que se inserem também como aplicação do princípio da moralidade, evitando que seja empregado um tratamento tendencioso aos administrados.

Ao mesmo tempo, o artigo 100 da Constituição de 1988³¹⁰, atinente aos precatórios judiciais, veta a designação de casos ou de pessoas nos créditos adicionais e nas dotações orçamentárias abertas para esse objetivo.

Mas há um segundo sentido, onde o princípio da impessoalidade assumiria efeitos sobre a ação dos seus agentes, determinando que os atos administrativos seriam imputáveis ao órgão

³⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 97.

³⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 117.

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

ou entidade administrativa da Administração Pública, e não ao seu funcionário, que seria apenas o intermediário da vontade estatal. Nesse sentido, as realizações administrativas não são do agente público, mas da pessoa jurídica de direito público em nome de quem as produzira.

Exemplo disso pode ser reconhecido: na matéria de exercício de fato, onde se reconhece a validade dos atos praticados por funcionário irregularmente investido em cargo ou função, justamente pelo fato dos atos serem do órgão e não do agente público; e na própria Constituição³¹¹, quando, no § 1º do artigo 37, veda que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem divulgação pessoal de servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos³¹².

Trazendo estas premissas para a situação de responsabilização direta do agente público por dano causado a particular, percebe-se que a impessoalidade é irrelevante para a situação do administrado, já que este não está sendo exposto a uma situação de privilégio ou discriminação.

Por outro lado, este princípio traz sérias repercussões para o agente, já que, na condição de mero intermediário da Administração, o dano cometido por ele no exercício de sua atividade administrativa, deve ser, à princípio, imputado à pessoa jurídica de direito público que ele representa, conforme determina o segundo sentido da impessoalidade.

É, inclusive, neste sentido que se manifestam José Afonso da Silva³¹³ (ao sustentar que, por força do princípio da impessoalidade, o prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano), e Clovis Beznos³¹⁴ (que, se pautando no princípio da impessoalidade, defende a impossibilidade do agente público ser acionado diretamente numa possível ação judicial que vise a sua responsabilização civil por ato proveniente do seu *munus* público, visto que, conforme ensinamentos do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello³¹⁵, o agente, no exercício de sua função pública, não deve ser considerado como pessoa em relação a terceiros, mas, sim, como parte integrante e indivisível do órgão público, que confere vontade à pessoa pública).

³¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

³¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 97.

³¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 684.

³¹⁴ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

³¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 30-37, abr./jun., 1971.

Portanto, conclui-se que o princípio da impessoalidade é contrário à hipótese de indenização *per saltum*³¹⁶, pois os atos administrativos lesivos não seriam do indivíduo que atua como agente público, mas da pessoa jurídica de direito público em nome de quem foram produzidos. Seguindo essa premissa, somente a Administração Pública deveria responder perante o particular, restando ao funcionário apenas a responsabilização através de ação regressiva, quando incorrer em dolo ou culpa.

4.4 Da moralidade

Outro princípio de fundamental importância para o presente estudo é o da moralidade. Segundo Di Pietro³¹⁷, sua origem advém da regra moral oriunda do direito civil, que se disseminou na esfera jurídica, através da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, posteriormente, pelas doutrinas da obrigação natural e do não locupletamento à custa alheia.

Este fluxo de ideias acabou alcançando o direito público, e, em especial, o Direito Administrativo, através dos debates atinentes ao problema do desvio de poder, o que induziu muitos autores ao entendimento de que a imoralidade se reduziria à ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder). Assim, acabou-se por considerar que a imoralidade estaria na intenção do agente, que poderia se utilizar de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares.

Sob essa premissa, Antônio José Brandão³¹⁸ afirma que Maurice Hauriou, através de sua colocação definitiva na 10ª edição do *Précis de Droit Administratif*, foi o primeiro a definir a moralidade administrativa como o "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração", o que demanda um discernimento mais sofisticado do que a mera distinção entre o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o justo e o injusto, e bem e o mal.

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 106.

³¹⁸ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Haveria de se diferenciar, também, o honesto e o desonesto, o que demanda, dos indivíduos, uma avaliação crítica que ultrapassa a mera compreensão da moral institucional, contida nas leis criadas pelo Poder Legislativo, alcançando a noção de uma moral administrativa, que "é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário"³¹⁹.

Nesse sentido, os autores mais antigos, compreenderam a moral administrativa como inerente à disciplina interna da Administração, de forma que seu controle só poderia ser feito internamente, e não externamente, pelo Poder Judiciário, a quem caberia apenas o exame de legalidade dos atos da Administração, excluindo-se, de sua análise, a moralidade ou o mérito.

No desvio de poder, o vício se encontrava na consciência ou na intenção de quem praticava o ato, ou seja, no âmbito da moral, que só admitia a apreciação interna da Administração. Mas, com o tempo, o intuito de sujeitar esta moralidade administrativa ao exame judicial, fez com que a matéria fosse entendida como inerente ao próprio conceito de legalidade administrativa, e o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, passível de controle judicial.

Isto ocorreu, mais precisamente, em 1965, com a Lei nº 4.717³²⁰, que reconheceu o desvio de poder como uma das hipóteses de ato administrativo ilegal, determinando, ainda, que "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (artigo 2º, parágrafo único, alínea e, do referido compêndio legal).

A partir desse momento, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido, o que não impediu, no âmbito do direito positivo brasileiro, que se tentasse seu reconhecimento como princípio autônomo, na esperança de apartá-lo do princípio da legalidade.

Nesse sentido, pode-se citar a Carta Magna³²¹, que, além de considerar como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a probidade administrativa, também adotou uma posição vanguardista, ao identificar a legalidade e a moralidade como princípios autônomos (caput do artigo 37), e admitiu, como punição aos atos de improbidade administrativa, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a

³¹⁹ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³²⁰ BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (§ 4º do artigo 37). Da mesma forma, a Lei nº 9.784/99³²² também identificou a moralidade como princípio administrativo, impondo o dever de "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (inciso IV do parágrafo único, e caput do artigo 2º).

Cabe mencionar, também, outros dispositivos constitucionais³²³, como: o inciso LXXIII do artigo 5º, que ampliou os casos de cabimento de ação popular, admitindo as situações que impliquem ofensa à moralidade administrativa; o § 9º do artigo 14, que elenca a probidade administrativa e a moralidade como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades; e o inciso V do artigo 15, que incluiu, dentre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, a de improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 40.

Frente a essas tentativas de transformar a moralidade administrativa em um princípio autônomo, Di Pietro³²⁴ defende que não se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa, pois até os comportamentos ofensivos da moral comum já implicariam ofensa ao princípio da moralidade administrativa, e conclui que, além disso, o princípio deve ser respeitado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública, como se percebe no caso de licitantes que entram em conluio para burlar certa licitação, maculando a moralidade administrativa.

Porém, Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁵, acertadamente, discorda de tal posicionamento, sustentando que, em verdade, o referido princípio compele a Administração e seus agentes a atuar em conformidade com princípios éticos, cuja violação implicará dano ao próprio Direito, acarretando em ilicitude, e, conseqüentemente, invalidando o ato administrativo viciado.

Dessa forma, a moralidade administrativa abarca, em seu domínio, os princípios da lealdade e da boa-fé, que impõem, à Administração, o dever de proceder com sinceridade e lhanza perante os administrados, sendo-lhe proibido qualquer "comportamento astucioso,

³²² BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 107.

³²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 123.

eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”³²⁶.

Ademais, em acertada concordância com Márcio Cammarosano³²⁷, o referido autor³²⁸ aponta que o princípio da moralidade administrativa se reporta aos valores morais albergados nas normas jurídicas, logo, não se trata de uma remissão à moral comum, em que qualquer ofensa à moral social seria considerada como ofensa a este preceito. Em verdade, ele seria um reforço ao princípio da legalidade, pois só haverá mácula à moralidade, se for cometida alguma transgressão a norma de moral social que viole um bem juridicamente valorado.

Sob essa perspectiva, José Guilherme Giacomuzzi³²⁹ afirma que a positivação da moralidade administrativa pela Constituição Federal de 1988 não trouxe nenhuma novidade, e que “todo o esforço no sentido de independentizar a moralidade administrativa da legalidade partindo da sua causa final como controle dos móveis subjetivos do agir administrativo é vão. Assim, a moralidade ainda continua adstrita à legalidade, desde que “entendido o senso largo da palavra”.

Com a ressalva de que o referido inciso LXXIII do artigo 5º³³⁰ constituiu em inovação constitucional na positivação da moralidade administrativa pela Constituição de 1988, Cammarosano concorda com a premissa de Giacomuzzi, e arremata a ofensa à moralidade administrativa da seguinte forma:

Caracterizam ofensa à moralidade administrativa: intencional violação do direito, por ação ou omissão, quer quanto aos meios de atuação dos agentes públicos, quer quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública; o atuar com intenção viciada nos atos expedidos no exercício de competência discricionária; os atos eivados de desvio de poder, nas suas duas modalidades (atos que instrumentalizam busca de finalidade alheia a qualquer interesse público, ou finalidade que não é própria, específica, da competência utilizada); ofensa à ordem jurídica decorrente de grave incúria³³¹.

³²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 123.

³²⁷ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 144 p. ISBN 85-7700-016-8. p. 111-117.

³²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124.

³²⁹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 116.

³³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³³¹ OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. [São Paulo, SP: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo], 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa,-o_58edc7c7e57d2.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

Fazendo uma ponte entre o conceito supracitado e o caso específico da responsabilização do agente público causador de dano ao particular, é possível presumir ofensa à moralidade administrativa. Isto, porque a ação regressiva só pode ocorrer mediante culpa ou dolo do funcionário, o que sugere uma violação intencional do direito do particular (por ação ou omissão), seja quanto aos meios de atuação do referido agente público, ou quanto aos fins inerentes ao exercício da função pública.

Assim, se, ao causar dano para o particular (por dolo ou culpa), o funcionário comete ato ilícito, ele também estará maculando o bem jurídico valorado por essa norma, e, conseqüentemente, violando a moralidade administrativa. Tal transgressão, por óbvio, demanda uma represália ao agente, e, por esse motivo, o princípio demanda que o agente responda.

Contudo, isto não influencia na resolução do impasse acerca da possibilidade do particular ajuizar ação diretamente contra o agente público causador do dano, pois ambas as correntes interpretativas que envolvem o tema admitem a responsabilização do agente: uma entende que o agente seria responsabilizado mediante ação regressiva do Estado; e outra entende que ele também poderia ser responsabilizado diretamente pelo particular.

Portanto, conclui-se que o princípio da moralidade é irrelevante para a resolução do referido impasse, pois não favorece nenhuma das correntes interpretativas que orbitam o tema.

4.5 Da eficiência

Antes de adentrar a apreciação da eficiência, cabe prenunciar que o presente trabalho dispensará a análise do princípio da publicidade (que impõe, ao Estado, o dever de dar a maior divulgação possível aos atos que pratica³³²), pois este, por óbvio, não possui relação com o impasse atinente à possibilidade do particular ajuizar ação diretamente contra o agente público causador do dano.

Assim, dada a sua evidente irrelevância perante os objetivos do presente estudo, seguir-se-á diretamente para a análise do último princípio administrativo constitucionalmente expresso: o preceito da eficiência (também denominado como princípio da qualidade dos serviços públicos³³³), que é definido por Di Pietro como:

³³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1014.

³³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30.

Eficiência: diz respeito ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho no exercício de suas atribuições, sob pena de demissão, e ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, com o objetivo e alcançar os melhores resultados (arts. 37, caput, da CF, e 2º, caput, da Lei nº 9.784); corresponde ao dever de boa administração³³⁴.

À vista disso, a eficiência extravasa a mera tutela de ação do agente público, alcançando, até mesmo, a maneira de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, com o objetivo de obter bons resultados para o serviço público, e um atendimento satisfatório das necessidades da sociedade.

Sob essa premissa, é fácil perceber que a designação jurídica de eficiência não se equivale à definição dada pelas ciências econômicas, já que ela não visa o lucro e não permite a flexibilização dos meios para obter uma maior lucratividade. Trata-se, portanto, de um avançado padrão de administração pública gerencial, dirigido para o monitoramento dos resultados advindos da atuação estatal, cuja previsão legal é relativamente recente, visto que emana do caput do artigo 37, da Carta Magna vigente³³⁵, quando se elencou expressamente o preceito de eficiência dentre o rol de princípios administrativistas pátrios.

Desde a promulgação desta norma pela Emenda Constitucional nº 19/98³³⁶, reconheceu-se a eficiência como princípio constitucional de observância obrigatória pela Administração Pública, fazendo com que sua normatização constitucional reavivasse, na sociedade, a demanda por uma atuação pública mais dinâmica e acertada.

Muito embora, Bandeira de Mello³³⁷ ressalta que a noção implícita de eficiência antecede a referida disposição constitucional, sendo inerente ao Direito italiano em seu “princípio da boa administração”. Como faceta deste, o princípio da eficiência impõe que a atividade administrativa seja desenvolvida do modo mais adequado, congruente e oportuno para os fins a serem alcançados, através da escolha da ocasião e dos meios mais idôneos para os objetivos pretendidos. Caso a Administração Pública falhe com esses quesitos e objetivos, caberá controle do ato administrativo.

³³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 128.

³³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³³⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho³³⁸ afirma que, conforme artigos 70 e 74 da Constituição Federal³³⁹, o controle de eficiência Legislativo (processado externamente, com o auxílio do Tribunal de Contas) e Administrativo (processado internamente, pelos próprios órgãos administrativos) são reconhecidamente legítimos e indubitáveis. No entanto, o controle externo pelo Judiciário (para avaliar a eficiência das ações governamentais), é restrito, e só pode ocorrer em caso de comprovada ilegalidade. Isto, porque, em virtude da independência dos poderes, os magistrados não podem intervir na esfera de competência constitucional atribuída aos órgãos da Administração, para compelir a tomada de decisão que entenda ser mais eficiente, ou para invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência.

Ademais, não há como se admitir que o controle judicial de eficiência ocorra de forma irrestrita, pois a eficiência, assim como todos os outros princípios, não é um valor absoluto, e, por isso, não pode se sobrepor aos demais. Assim, ela não poderia ser concebida fora dos limites do princípio da legalidade, pois, conforme aponta Bandeira de Mello³⁴⁰, “jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.

Portanto, por todo o exposto, arremata-se o entendimento do princípio da eficiência com a conceituação emanada por Carvalho Filho:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto³⁴¹.

Trazendo esta definição para o debate atinente à possibilidade do particular ajuizar ação diretamente contra o agente público causador do dano, há de se identificar qual das duas correntes interpretativas cumpre com: os objetivos de produtividade, economicidade, e redução dos desperdícios de dinheiro público; e com os critérios de produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilização.

³³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-33.

³³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.

³⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

Contudo, antes de iniciar a apreciação desses objetivos e critérios, cabe destacar que o propósito desta análise não é discutir a possibilidade do agente indenizar o particular por ter faltado com critérios de eficiência, mas, sim, utilizar o referido princípio para decidir se cabe ou não a responsabilização direta (sem uma prévia ação regressiva) do agente público, pelo dano causado ao particular.

Ciente disso, o que se percebe é que, na tese dupla garantia³⁴², a necessidade de ter que se impetrar duas ações judiciais (a do particular contra a pessoa jurídica de direito público, e a regressiva desta pessoa contra o agente público), dificulta o ressarcimento do Estado, demandando mais tempo e recursos financeiros para a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos na lide.

Já na hipótese de indenização *per saltum*³⁴³, a possibilidade de se impetrar uma única ação judicial (do particular contra o Estado e o agente causador do dano), facilitaria a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos, demandando menos tempo e recursos financeiros.

Comparando as duas vertentes, é evidente que a possibilidade de responsabilização direta do agente público (sem prévia ação regressiva) é mais produtiva e econômica, reduzindo os desperdícios de dinheiro público, e melhor satisfazendo os critérios de produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza, desburocratização e flexibilização.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-esp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Entretanto, apesar do litisconsórcio passivo ser eficiente para o Estado, um detalhe salta os olhos: o princípio da eficiência influencia as decisões da Administração Pública, mas não as decisões dos particulares. Logo, ele não pode ser utilizado para impor que o indivíduo insira o agente causador do dano no polo passivo de sua ação. Porém, no que se refere à Administração Pública (e a uma possível interpretação da lei sob os seus termos), ele preconiza a inserção do agente causador do dano no polo passivo do processo judicial, de modo que, em uma situação hipotética de ação indenizatória contra pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado que preste serviço público), caso o autor individualize a conduta do agente causador do dano, imputando-lhe ato doloso ou culposo, o princípio da eficiência demandaria que o requerido (Estado) fizesse a denúncia da lide ao funcionário.

Isto posto, conclui-se que o princípio da eficiência dá prevalência à hipótese de indenização *per saltum*, pois, em comparação com a dupla garantia, ela demanda menos tempo e recursos financeiros para a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos na lide, melhor atendendo aos critérios e objetivos de eficiência.

4.6 Dos princípios atinentes ao interesse público

4.6.1 Interesse público

Encerrada a análise dos princípios administrativos expressos na constituição, o presente estudo ingressará na apreciação dos, também relevantes, princípios implícitos ou reconhecidos³⁴⁴, a começar pelos princípios identificados por Bandeira de Mello³⁴⁵ como pedras de toque do regime jurídico-administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado, e a indisponibilidade dos interesses públicos.

No entanto, para a melhor compreensão da forma pela qual tais princípios se relacionam com a Administração Pública e com a responsabilidade patrimonial do agente por danos a terceiros, tem de se conhecer, primeiro, o conceito e as acepções de interesse público. Seguindo essa lógica, o presente capítulo explora este rico universo, contextualizando a matéria para, em seguida, adentrar na análise principiológica, que é tema do presente trabalho.

³⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

³⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55-56.

4.6.2 Conceito

É certo que a expressão “interesse público” envolve dois vocábulos, o substantivo “interesse”³⁴⁶ e o adjetivo “público”³⁴⁷, que, partindo de uma análise meramente semântica, poderiam ser definidos, literalmente, como o anseio do povo.

Entretanto, sob o viés jurídico, esta definição é insuficiente, e requer um maior grau de detalhamento, especialmente no que se refere à identificação dos interesses envolvidos e o reconhecimento destes como de pertinência pública, haja vista que, a depender de sua natureza, perceberão tratativas juridicamente diferentes.

Na tentativa de elucidar essa complexa conjuntura, muitos operadores do direito (desde o Direito Romano) tendem a presumir que os interesses individuais seriam aqueles tutelados por normas de direito privado, enquanto os interesses públicos seriam os regidos por normas de direito público³⁴⁸; e chegam a afirmar, até mesmo, que, excepcionados os casos diligenciados através de ação popular ou civil pública, os interesses públicos não poderiam ser defendidos por particulares (nem mesmo quando o dano sofrido pelo administrado decorresse do desatendimento deste interesse).

Estas premissas, no entanto, são falhas, porque o fato de um interesse ser particular não lhe põe em automática contraposição aos interesses coletivos. Assim sendo, o interesse do todo não pode ser entendido como autônomo e desvinculado do interesse das partes, pois, nas situações em que o interesse individual está em consonância com o coletivo, ele também estaria sob a tutela do direito público³⁴⁹.

Nesse sentido, Humberto Ávila³⁵⁰ sustenta que, sob o ângulo da atividade administrativa, o interesse público não pode ser apartado dos interesses privados, pois representa, justamente, o interesse do coletivo, e, assim sendo, não é independente e desagregado dos interesses individuais que o integram. Em verdade, seria inconcebível que um interesse tido por público se contraponha a todos os interesses dos membros da sociedade.

³⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005. p. 485.

³⁴⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005. p. 664.

³⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 94-95.

³⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 62.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Outro equívoco comum, é o de supor que todo e qualquer interesse do Estado seria *ipso facto* um interesse público. Bandeira de Mello³⁵¹ refuta essa premissa, explicando que apontar um interesse como público, só porque ele é titularizado pelo Estado, denota admitir uma congruência de valores que nem sempre existe. Isto, porque o interesse público não se constrói a partir da identidade do Estado, e este, por sua vez, pode ter interesses alheios àqueles realmente públicos.

Portanto, por todo o exposto, conclui-se que o interesse público é a união dos interesses dos indivíduos, considerados não apenas sob o prisma singular e individual, mas como membros da sociedade. Assim sendo, ele engloba tanto os interesses individuais (tidos por coletivos, quando titularizados por grupos sociais), quanto os interesses da coletividade, em si considerada (interesses difusos), ambos protegidos pelo Direito³⁵².

4.6.3 Acepções de interesse público

A partir desta análise inicial de interesse público, pode-se ter uma noção da heterogeneidade o conceito de interesse público. Na tentativa de organizar tamanha aglutinação de particularidades, a doutrina se utilizou de alguns critérios, traçando duas classificações de relevância sobre o interesse público.

Dentre estas, a mais costumeiramente empregada é a utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que o distingue entre interesse público primário e secundário:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser a pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário³⁵³.

Seguindo essa premissa, Marçal Justen Filho³⁵⁴ reconhece que interesse público não se confunde com interesse do Estado ou do aparato administrativo, e afirma que, em consequência disto, a tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita apenas para os sujeitos

³⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 62.

³⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 62.

³⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 102.

³⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 26, p. 116-119, 1999.

privados, já que o Estado, por sua vez, só estaria legitimado a atuar em prol da satisfação geral e do bem comum.

Isto, porque o agente público não pode deixar seus anseios privados e egoísticos refletirem no exercício de sua função pública, o que reforça a necessidade de verificar se o interesse privado do indivíduo que exerce função administrativa corresponde ao real interesse público.

Tal verificação também deve ser feita quanto aos anseios da sociedade e da maioria dos sujeitos privados, pois o interesse público não corresponde ao mero somatório de indivíduos, e não pode ser visto apenas pelo viés quantitativo, logo, não pode ser tido como sinônimo de interesse da sociedade, ou da maioria dos seus integrantes.

Portanto, é evidente a importância da identificação do interesse primário (decorrente do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm, quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade) e do secundário (que, apesar de pertencente à pessoa estatal, não corresponde à configuração inerente aos interesses públicos), pois apenas o primeiro possui relevância jurídica. Assim, para reconhecer se a realização de certo ato administrativo é de interesse público, se faz necessário averiguar se este possui uma relação de relevância para com a sociedade como um todo.

Superado este ponto, cabe destacar uma segunda classificação, menos usual mas de igual relevância, que toma por critério a dualidade funcional do interesse público no regime jurídico-administrativo, e categoriza o interesse público entre sentido amplo e sentido estrito:

(2.2.2.) interesse público em sentido amplo: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num pressuposto negativo de validade da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê;

(2.2.3) interesse público em sentido estrito: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num pressuposto positivo de validade da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (interesses específicos) também protegidos pelo sistema normativo³⁵⁵.

³⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em:

Nesse sentido, o interesse público em sentido estrito assume um conceito similar ao de interesse público primário, também representando os anseios da coletividade (em si mesma considerada), que, dependendo do caso prático, pode suplantar interesses específicos, individuais e coletivos, mesmo que protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo.

Assim, nos casos em que a norma demandar um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, o Poder Público deve ser reconhecer esse interesse, seja de forma implícita, através da atribuição de uma competência discricionária, ou seja de forma explícita, quando se tratar de interesse público como conceito legal.

Por outro lado, quando utilizado para respaldar, juridicamente, a ação administrativa, demanda a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e razões jurídicas que induziram a sua prática, submetendo o ato a um posterior controle jurisdicional, onde se verificará a efetiva existência do interesse público.

Logo, pode-se dizer que o interesse público em sentido estrito seria uma espécie de condição positiva de validade da atividade estatal, porque demanda um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a utilizar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida³⁵⁶.

Por sua vez, o interesse público em sentido amplo seria aquele que abrange todos os interesses juridicamente protegidos, sob a forma de interesses legítimos ou de direitos subjetivos. Nesse sentido, engloba tanto os interesses específicos, individuais e coletivos, tutelados pelo ordenamento jurídico, quanto o interesse geral da coletividade (em si mesma considerada), restando excluídos de seu alcance os interesses desprovidos de amparo jurídico e os interesses notadamente ilícitos, que configuram interesses privados.

Analisando-se esta acepção como um todo, é notório que sua existência se pauta em um amparo jurídico, advindo de prévio processo de produção normativa, que, em regra, se inicia na elaboração da constituição, determinando-se os valores mais fundamentais da sociedade, e se estende para a criação legislativa, que identificará determinados interesses como públicos. Sob essa premissa, não basta, apenas, que a atividade administrativa se obrigue pelo comando

<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2022.

jurídico. É necessário, também, que haja conformidade com a teleologia da norma, utilizada durante o processo de produção normativa (tanto da constituição, quanto das leis ordinárias).

Desse modo, o interesse público em sentido amplo atua como uma verdadeira condição negativa de validade dos atos administrativos, sejam eles discricionários ou vinculados, pois efetua uma espécie de controle da atividade administrativa, proibindo-a de agir em desconformidade com ele³⁵⁷.

Portanto, por tudo o que foi exposto, admite-se a conclusão de que o interesse público engloba diversas acepções, e que, dentre estas, apenas as que guardam relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral (interesse público primário) terão relevância jurídica, de modo que a atuação administrativa não pode desrespeitar o interesse público em sentido amplo (todos os interesses juridicamente protegidos), e deve visar o interesse público em sentido estrito (os anseios da coletividade, em si mesma considerada, reconhecidos por lei ou competência discricionária)³⁵⁸.

4.6.4 O interesse público na responsabilização do agente

Através de análises anteriores, constatou-se que o interesse público engloba tanto os interesses individuais (tidos por coletivos, quando titularizados por grupos sociais), quanto os interesses da coletividade em si considerada (interesses difusos), e isso se reflete em um vasto conceito, cuja amplitude acaba por admitir muitas acepções.

Entretanto, nem todas essas acepções possuem relevância jurídica. Em verdade, o que se observou foi que o interesse público só seria juridicamente relevante em algumas hipóteses específicas, cujas particularidades serão reduzidas ao formato de três critérios, para facilitar a análise do tema: guardar relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral; não desrespeitar os interesses juridicamente protegidos; e visar a satisfação dos anseios da coletividade (em si mesma considerada), reconhecidos por lei ou competência discricionária.

³⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁵⁸ ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. O interesse público na administração pública consensual. **Governnet: Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal**, Curitiba, ano 12, n. 125, p. 236-247, 2022.

Utilizando-se desses critérios, resta identificar os anseios envolvidos na responsabilidade patrimonial do agente pelos danos causados a terceiros, e verificar se estes poderiam ser reconhecidos como interesses públicos ou não.

Para tal, se faz necessário rememorar que, conforme explanado no tópico da legalidade, o art. 37, § 6º da Carta Magna³⁵⁹ impunha, às pessoas jurídicas de Direito Público e às de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, o dever de responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causassem a terceiros, concluindo que estaria: “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Partindo da análise deste dispositivo, é possível identificar três interesses envolvidos: o do servidor estatal, o do particular, e o do Estado.

O interesse do servidor estatal reside na sua prerrogativa de impessoalidade, já que, na condição de mero intermediário da Administração, o dano cometido por ele no exercício de sua atividade administrativa, deveria ser, à princípio, imputado à pessoa jurídica de direito público que ele representa.

Analisando tal anseio através dos supracitados critérios de relevância jurídica, o que se percebe é que: ele guarda relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral, pois atende a princípio administrativo de amplitude constitucional (impessoalidade); ao mesmo tempo, seguindo a linha interpretativa da dupla garantia³⁶⁰ (que analisa o § 6º do artigo 37³⁶¹ sob a óptica da legalidade estrita), pode-se deduzir que este anseio também visa a satisfação dos anseios da coletividade (em si mesma considerada), reconhecidos pela própria Constituição; contudo, ele desrespeita os interesses

³⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

juridicamente protegidos no que se refere ao princípio da eficiência, já que a necessidade de prévia ação regressiva requer mais tempo e recursos financeiros para a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos na lide. Logo, por não corresponder à premissa de interesse público em sentido amplo, o anseio do servidor deve ser entendido como um interesse público juridicamente irrelevante.

Já o quanto ao particular, é possível identificar dois anseios, o de ser indenizado pelo dano sofrido e o de acionar o funcionário. Ambos decorrem do dispositivo constitucional em comento, quando adotada a linha interpretativa da indenização *per saltum*³⁶², que considera tanto o trato da legalidade para a Administração Pública (pautado na legalidade estrita, em que o Estado só pode fazer aquilo que a lei permite), quanto para o campo privado (pautado na reserva legal, em que o particular pode fazer tudo aquilo que não está proibido em lei), e, por isso, acaba fazendo uma interpretação mais extensiva, ao concluir que o dispositivo constitucional impõe, ao Estado, o dever de se responsabilizar pela conduta do seu agente e de acioná-lo regressivamente em caso de dolo ou culpa, mas não retira, do particular, o direito de acionar o funcionário.

Analisando a relevância jurídica do anseio do particular em ser indenizado pelo dano sofrido, o que se percebe é que, ao demandar a reparação de um dano, ele guarda relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral. Ao mesmo tempo, não desrespeita os interesses juridicamente protegidos, visto que não existem óbices, no ordenamento jurídico, à reparação do dano sofrido. E, tomando por base o instituto normativo em comento, pode-se admitir que ele também visa a satisfação dos anseios da coletividade (em si mesma considerada), reconhecidos pela própria Constituição. Assim, arremata-se que este anseio é um interesse público dotado de relevância jurídica, pois corresponde ao que se espera de um interesse público em sentido amplo, e satisfaz os objetivos esperados por um interesse público em sentido estrito.

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-esp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Já no que se refere ao anseio do particular em acionar diretamente o funcionário, nota-se que, apesar de tal direito poder ser reconhecido constitucionalmente através da linha interpretativa adotada na hipótese de indenização *per saltum*, ele desrespeita o interesse juridicamente protegido do agente público no tocante ao princípio da impessoalidade, e não guarda relação de pertinência com a sociedade como um todo (atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral), pois, além do princípio da eficiência não influenciar sua escolha (induz apenas a Administração Pública), constata-se, ainda, que a interposição de ação direta contra o agente não lhe seria mais eficaz, haja vista que ele não precisa do agente para ser indenizado (poderia ser indenizado pelo Estado), ou seja, tal alternativa favoreceria apenas ao seu interesse individualizado de punir o agente. Assim, verifica-se que este anseio, apesar de ter respaldo normativo (segundo a hipótese de indenização *per saltum*), não se enquadra na noção de interesse público em sentido amplo, e não visa os objetivos esperados por um interesse público em sentido estrito, não devendo, nem mesmo, ser entendido como interesse público, mas, sim, como interesse particular.

Por fim, no que se refere ao Estado, identifica-se três linhas de interesse: o simples interesse de ter seu erário restituído pelo agente público; o interesse de ter seu erário restituído pelo agente público somente mediante ação de regresso, quando responder perante o particular lesado pelos danos causados por este último em situações de culpa ou dolo, conforme previsto pelo dispositivo constitucional em comento, quando interpretado segundo a óptica da dupla garantia³⁶³; e o interesse de não precisar intermediar (através de ação regressiva) o ressarcimento de terceiro, caso reste comprovado que o agente público agiu com dolo ou culpa, conforme previsto pelo dispositivo constitucional em comento, quando considerado através da linha interpretativa adotada na hipótese de indenização *per saltum*.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Assim, considerando a relevância jurídica do simples anseio estatal de ter seu erário restituído pelo agente público, quando responder perante o particular lesado pelos danos causados por este último em situações de culpa ou dolo, o que se apercebe é que: ao demandar a reparação do dinheiro público utilizado na indenização do particular lesado por agente público (em situação de culpa ou dolo), ele guarda relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral; ao mesmo tempo, não desrespeita os interesses juridicamente protegidos, visto que não existem óbices, no ordenamento jurídico, à reparação do dano sofrido; e, tomando por base o instituto normativo em comento, pode-se admitir que ele também visa a satisfação dos anseios da coletividade (em si mesma considerada), reconhecidos pela própria Constituição. Assim, evidencia-se que este anseio é um interesse público dotado de relevância jurídica.

Já no que se refere ao ter seu erário restituído pelo agente público somente mediante ação de regresso, caso reste comprovado que o agente público agiu com dolo ou culpa, nota-se que o presente anseio possui uma relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral, ao satisfazer o princípio administrativo constitucional da impessoalidade (nos termos previamente expostos), evitando que o agente responda diretamente pelo dano. Ao mesmo tempo, ele visa a satisfação dos anseios da coletividade, reconhecidos constitucionalmente através da linha interpretativa adotada na hipótese de dupla garantia. Contudo ele desrespeita o interesse juridicamente protegido do agente público no tocante ao princípio da eficiência. Por esses motivos, entende-se que tal anseio seria um interesse público juridicamente irrelevante, já que não se coaduna com o que se espera de um interesse público em sentido amplo.

E no que se refere ao anseio estatal de não precisar intermediar (através de ação regressiva) o ressarcimento de terceiro, caso reste comprovado que o agente público agiu com dolo ou culpa, nota-se que o presente anseio possui uma relação de pertinência com a sociedade como um todo, atuando para a realização do bem comum e da satisfação geral, ao satisfazer o princípio administrativo constitucional da eficiência (nos termos previamente expostos), demandando menos tempo e recursos financeiros para a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos na lide. Ao mesmo tempo, ele visa a satisfação dos anseios da coletividade, reconhecidos constitucionalmente através da linha interpretativa adotada na hipótese de indenização *per saltum*. Contudo ele desrespeita o interesse juridicamente protegido do agente público no tocante ao princípio da impessoalidade. Por esses motivos, entende-se que tal anseio seria um interesse público juridicamente irrelevante, já que não se coaduna com o que se espera de um interesse público em sentido amplo.

Portanto, tomando por base os já mencionados critérios, conclui-se que só podem ser reconhecidos como interesse público juridicamente relevante: o anseio do particular em ser indenizado pelo dano sofrido; e o interesse do Estado, em ter seu erário restituído pelo agente público, quando responder perante o particular lesado pelos danos causados por este último em situações de culpa ou dolo. Os demais anseios avaliados não se enquadraram como interesse público dotado de relevância jurídica, por contrariarem algum princípio administrativo (especialmente os da impessoalidade e eficiência), ou por não representar os interesses da coletividade (em si mesma considerada).

4.6.5 A supremacia do interesse público

Conforme a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁴, dois princípios administrativistas são tão importantes, que poderiam ser designados como pedras de toque do regime jurídico-administrativo. Seriam, estes, a supremacia do interesse público sobre o privado, e a indisponibilidade (pela Administração) dos interesses públicos.

Neste primeiro momento, estudar-se-á apenas este primeiro princípio, sintetizado como:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social³⁶⁵.

Ao mesmo tempo, Hely Lopes Meirelles³⁶⁶ destaca que a primazia do interesse público sobre o privado é intrínseca à atuação estatal e a domina, se justificando pela busca do interesse geral, e não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Assim, separa o interesse estatal (dos agentes administrativos) do interesse público (dos administrados), concedendo prevalência a este último.

Entretanto, conforme aponta Daniel Wunder, conceituar este princípio não é uma tarefa simples, haja vista que ele pode ser entendido de duas formas distintas: como mandamento nuclear de um sistema, e como mandamento de otimização. Veja:

³⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55-56.

³⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 99.

³⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

Como se pôde observar, as duas perspectivas apresentadas – (a) princípio como *mandamento nuclear de um sistema* e (b) princípio como *mandado de otimização* – não são iguais, enraízam-se em critérios diferentes para estrear os princípios das regras (*grau de fundamentalidade* na primeira e *estrutura lógico-normativa* na segunda) e são, em última análise, incompatíveis⁴⁵⁵. Se adotada a primeira, a norma que estabelece a reserva de lei em matéria penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁵⁶ será um *princípio*, dada a sua máxima importância para o sistema jurídico penal e para o Estado de Direito. Se empregada a segunda, a mesma norma será considerada como *regra*, eis que impõe uma razão definitiva para decidir, insuscetível de ponderação⁴⁵⁷.

O fato é que ambas persistem no ideário jurídico pátrio, de sorte que é preciso esclarecer qual o significado do princípio constitucional da supremacia do interesse público conforme o prisma escolhido. É importante, pois, ter consciência da impossibilidade de se mesclar ambos os critérios, fazendo-se imperativa a opção por um ou por outro modelo. O que se visa a demonstrar, contudo, é que independentemente da concepção abraçada, a supremacia do interesse público pode ser entendida como um princípio jurídico. Passa-se, então, à explanação das duas maneiras possíveis de se encarar esse princípio: 2.1.2. como *mandamento nuclear* do sistema jurídico-administrativo e 2.1.3. como *mandamento de otimização*, hipótese em que o comando ostentará um duplo caráter normativo (de princípio e de regra)³⁶⁷.

Da explicação transcrita, depreende-se que, ao conceituar o princípio como mandamento nuclear de um sistema, o que se está assinalando é que este seria um verdadeiro alicerce, ou disposição fundamental dele. Desse modo, para Wunder³⁶⁸, o alto grau de fundamentalidade é característico à essa espécie normativa, pois ofender um princípio pode ser visto como algo muito mais grave que transgredir uma norma qualquer.

Assim, seguindo essa primeira vertente, admitir-se-ia hierarquia entre os princípios administrativos explícitos, que se deveriam respeito a esses dois mandamentos nucleares: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Conseqüentemente, a supremacia exerceria três funções essenciais: assessorar na interpretação do regime jurídico-administrativo, interligando seus elementos e conferindo-lhe sentido e sistematicidade; conferir respaldo normativo e legitimidade jurídica às prerrogativas e privilégios da Administração, tendo como contrapeso as limitações emanadas pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos;

³⁶⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2022.

e prover fundamentação axiológica ao Direito Administrativo, atribuindo-lhe um aspecto democrático perante os outros princípios constitucionais.

Já a segunda vertente entende a supremacia como um mandamento de otimização (ao qual o presente estudo se alinha, conforme se explicará no próximo capítulo), determinando que o interesse da coletividade seja realizado de forma otimizada, ou seja, no maior grau possível, legitimando a sua prevalência sobre outros interesses igualmente fundamentados pelo ordenamento jurídico, conforme as circunstâncias do caso concreto, que determinarão uma relação de precedência condicionada, em que, sob determinadas condições, caberia a preponderância de determinado princípio.

Isto, porque, dependendo da maneira, medida e incidência de tal princípio, a supremacia de um interesse sobre outro se manifestaria de maneiras distintas. Assim, contextualizando nos conceitos do tópico anterior, o que se percebe é que, na supremacia do interesse público em sentido amplo (interesses juridicamente protegidos) sobre o interesse privado (interesses não tutelados), o interesse público em sentido amplo pode se contrapor aos interesses privados, aqui compreendidos como os interesses puros e simples dos cidadãos (que constituem expressão subjetiva da sua vontade, mas não encontram amparo jurídico), e os interesses ilícitos.

É evidente que, nessas ocasiões, o princípio constitucional da supremacia do interesse público se sobrepõe de maneira absoluta, impondo que o interesse público em sentido amplo prevaleça sobre o interesse privado, e fazendo com que os interesses juridicamente protegidos assumam supremacia sobre os interesses não compreendidos pelo ordenamento jurídico.

Por sua vez, na prevalência do interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos), o que se percebe é que nem sempre o interesse geral prevalecerá sobre os interesses individuais e coletivos juridicamente protegidos. Em verdade, a sua prevalência dependerá das conjunturas da situação concreta, já que ambos os interesses em jogo possuem proteção normativa. E, ainda, não ocorrerá o extermínio dos interesses individuais ou coletivos que houverem cedido espaço para o interesse geral, mas, sim, sua restrição ou afastamento naquele caso específico.

Dito isso, ao se comparar os anseios envolvidos no § 6º do artigo 37³⁶⁹ com o caráter absoluto da supremacia do interesse público em sentido amplo e a relativa supremacia do interesse público em sentido estrito, é possível concluir que apenas o anseio do particular em ser indenizado pelo dano sofrido, e o interesse do Estado em ter seu erário restituído pelo agente

³⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

público, poderão se sobrepor aos demais interesses, visto que entendidos tanto em sentido estrito, quanto em sentido amplo.

Por outro lado, ao realizar o mesmo comparativo perante o anseio de impessoalidade do servidor e o anseio estatal de não precisar intermediar (através de ação regressiva) o ressarcimento de terceiro, o que se percebe é que nem sempre lhes será garantida uma superioridade perante outros interesses específicos (individuais e coletivos) juridicamente protegidos, como é o caso do interesse do particular em acionar diretamente o funcionário. Isto, porque eles são interesses públicos em sentido estrito, mas não interesse público em sentido amplo, logo, sua prevalência dependerá da casuística do caso concreto.

À vista disso, e em se considerando que nem sempre haverá supremacia do interesse público sobre o privado, o que se percebe é que este princípio não deve ser compreendido como mandamento nuclear do ordenamento jurídico, mas, sim, como um mandamento de otimização, pois nem sempre o Direito Administrativo pode ser admitido em posição de superioridade aos interesses privados (os interesses privados compõem o interesse público), dependendo, muitas vezes, da análise de uma situação concreta para impor a sua sobreposição.

Assim, retomando a análise do § 6º do artigo 37³⁷⁰, constata-se que as únicas situações em que se poderia admitir uma prevalência absoluta de interesse público seriam quanto ao anseio do particular em ser indenizado pelo dano sofrido, e ao interesse do Estado em ter seu erário restituído pelo agente público, pois são os únicos, dentre os anseios envolvidos, que podem ser considerados como interesse público em sentido amplo.

Isto, porque os demais interesses (anseio de impessoalidade do servidor; anseio estatal de não precisar intermediar, através de ação regressiva, o ressarcimento de terceiro; anseio do particular em acionar diretamente o funcionário) não podem ser compreendidos como interesse público em sentido amplo, o que significa que a sua prevalência somente poderá ser decidida perante o caso concreto.

Logo, não seria possível utilizar o princípio da supremacia para resolver o desacordo atinente à possibilidade de responsabilização direta do agente público, pois os anseios que compõem o núcleo normativo sob o qual se dá a divergência, não são compreendidos como interesse público em sentido amplo, e, por tal motivo, não podem ser compreendidos como prevalecentes sem uma prévia análise do caso concreto.

³⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

4.6.6 A indisponibilidade do interesse público

Conforme designação de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷¹, a indisponibilidade do interesse público é tida como uma das pedras de toque do Direito Administrativo, e exerce um papel fundamental perante o regime jurídico-administrativo:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*³⁷².

Seguindo essa premissa, Carvalho Filho³⁷³ explica que, apesar do ordenamento jurídico incumbir, à Administração e seus agentes, o dever de gerir, vigiar e zelar pelos bens e interesses públicos, eles não são seus proprietários. Por tal motivo, não podem dispor do interesse público, e só podem agir quando houver lei prévia que autorize ou determine a sua atuação, limitando-se aos contornos estipulados por essa norma.

Diz-se, portanto, que o interesse público é indisponível, o que impede que a Administração Pública aja segundo a vontade individualizada de seus agentes, já que, em verdade, ela tem o dever de satisfazer a vontade do povo, concretizada nas normas que compõem o ordenamento jurídico.

Assim, conforme aponta Manoel Messias Peixinho³⁷⁴, a indisponibilidade deste interesse quer dizer obediência obsequiosa aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais eleitos pelo constituinte embrionário.

Em vista disso, a Administração está restrita aos limites estabelecidos por lei, devendo respeito aos princípios e objetivos positivados, aqui entendidos como uma expressão do interesse geral. Por consequência, esse dever de respeito ao interesse público se estende, também, ao gestor público, que não poderá gerir o Estado desvinculado do interesse público. Caso falem com esse dever, incorrer-se-á em desvio de poder, o que acarretará a nulidade do referido ato administrativo.

³⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55-56.

³⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 76.

³⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 976.

³⁷⁴ PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 462-463.

Pode-se dizer, então, que este princípio, na conjuntura administrativista, supera a mera indisponibilidade dos deveres entregues à tutela do administrador, e alcança a necessidade de observância aos preceitos positivados em lei, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, equidade, e todos os demais princípios explícitos e implícitos, integrantes do regime jurídico-administrativo.

Trazendo tal premissa para a responsabilidade patrimonial do agente por danos causados a terceiros, o que se percebe é que, como interesses juridicamente relevantes, a Administração não pode se esquivar do cumprimento ao anseio do particular, em ser indenizado pelo dano sofrido, e nem ao interesse do Estado, em ter seu erário restituído pelo agente público, já que são os únicos, dentre os anseios envolvidos, que podem ser considerados como interesse público tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo.

No entanto, não seria possível utilizar o princípio da indisponibilidade para resolver o impasse atinente à possibilidade de responsabilização direta do agente público, pois os anseios que compõem o núcleo normativo sob o qual se dá a divergência, não são compreendidos como interesse público em sentido amplo, e, por tal motivo, não podem ser compreendidos como juridicamente relevantes sem uma prévia análise do caso concreto.

4.7 Da razoabilidade

Na sequência, outro princípio administrativista implícito que guarda relevante importância com o regime jurídico-administrativo e com a sociedade como um todo, é o da razoabilidade, que, usando-se de análise meramente semântica, corresponderia à “qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis”³⁷⁵.

Porém, ao se observar sua valoração jurídica, sua significação não se reduz à um conceito tão simplório, permitindo, inclusive, divergências na doutrina, que, certas vezes, o emprega como sinônimo de proporcionalidade, e em outros momentos destacar algumas peculiaridades que os distinguiria.

Certo da complexidade desta diferenciação, decorrente da proximidade destes institutos, reservar-se-á a análise desta contenda para o final do presente capítulo, quando restarem esclarecidas as definições de cada um destes institutos.

Assim, para o presente momento, cabe destacar o conceito de razoabilidade, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

³⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 42.

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada³⁷⁶.

Quando o sobredito autor destaca o âmbito de atuação discricionária deste princípio, significa dizer que não pode existir violação à razoabilidade quando a conduta administrativa é integralmente revestida de licitude. Porém, dentro dos limites discricionários da Administração Pública, o princípio da razoabilidade se destina a aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na prática de um ato administrativo, de modo a evitar restrições (aos administrados) que sejam abusivas, arbitrárias, desnecessárias, ou inadequadas.

Ao concordar com esse entendimento, Carvalho Filho³⁷⁷ ressalta que o princípio da razoabilidade se baseia nos princípios da legalidade e da finalidade, não se admitindo que a tutela judicial se apodere do mérito administrativo, ou seja, do juízo de valoração que o agente público se baseia para definir sua conduta. Respeitado o mérito administrativo, impera o dever de observância à razoabilidade, o que abrange não apenas a função administrativa, mas, qualquer função pública, inclusive a função legislativa (conforme se verifica nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.467/2010³⁷⁸ e 1.158³⁷⁹, através das quais o Supremo Tribunal

³⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 111.

³⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 42-43.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4467/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar. Art. 91-a, caput, da lei 9.504, de 30.9.1997, inserido pela lei 12.034, de 29.9.2009. art. 47, § 1º, da resolução 23.218, de 2.3.2010, do tribunal superior eleitoral. Obrigatoriedade da exibição concomitante, no momento da votação, do título eleitoral e de documento oficial de identificação com fotografia. Alegação de ofensa ao postulado do livre exercício da soberania e aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. [...] 4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto. 5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral. 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores. Requeridos: Presidente Da República, Congresso Nacional, Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 30 de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1158/AM**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei do Estado do Amazonas que estende aos servidores inativos adicional de férias.

Federal declarou inconstitucionalidade de lei federal e estadual por violação ao referido princípio).

Isto, porque essa liberdade discricionária é uma “liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos”³⁸⁰.

Não obstante, o fato da lei atribuir, ao administrador, certa liberdade discricionária, impõe que este adote a providência mais adequada para cada casuística, e, não que ele atue ao seu bel-prazer, ou que a Administração possa manipular o Direito, de maneira a extrair, dele, implicações não almejadas e nem admitidas pela lei. Nesse sentido, há de se avaliar, previamente, as condutas desarrazoadas, pois ninguém pode admitir, como quesito interpretativo de uma norma, que se aceite qualquer conduta insensata que o administrador decida adotar, visto que isto macularia o próprio ordenamento jurídico³⁸¹.

Portanto, conclui-se que os poderes concedidos à Administração devem ser exercidos na medida necessária ao atendimento do interesse coletivo, sem exageros. Logo, não basta que o ato administrativo tenha uma finalidade legítima. É necessário, também, que os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução das finalidades desejadas, e que seu uso seja realmente necessário, sobretudo quando se tratar de medidas punitivas ou restritivas.

Voltando o olhar para a responsabilidade patrimonial do Estado e do agente por danos causados a terceiros, o que se verifica é que o artigo 37, § 6º da Constituição Federal³⁸², ao normatizar o assunto, se concentra na indicação de meios para a reparação do dano, indicando que este poderá ser ressarcido tanto pelas pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, quanto pelos agentes (nos casos de dolo ou culpa).

Interpretação das normas constitucionais. Concessão de benefício sem a correspondente causa geradora. Paridade remuneratória. Inexistência de vinculação absoluta. Procedência da ação. [...] Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador Do Estado Do Amazonas, Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Dias Toffoli, 20 de agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290716/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1158-am-stf/inteiro-teor-144997301>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 112.

³⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 111.

³⁸² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Assim, independente da responsabilização do agente ocorrer de forma direta (por litisconsórcio passivo, ou denúncia à lide) ou indireta (mediante ação regressiva), é evidente que a finalidade central deste dispositivo é a reparação do dano sofrido pelo particular. Porém, parte da doutrina compreende que, ao assegurar o direito de regresso, o texto constitucional estaria inculcando uma segunda finalidade, de proteção ao agente público; enquanto outra parte entende que, ao assegurar este direito, a norma não está retirando o direito do particular acionar o funcionário, pois a concessão de um direito não implica a subtração de outro, salvo quando incompatíveis.

Isto posto, resta analisar cada uma das duas correntes interpretativas acerca da possibilidade ou impossibilidade de responsabilização direta (sem ação regressiva) do agente, para determinar se elas cumprem com critérios de razoabilidade, adotando meios adequados para a consecução da finalidade desejada.

A primeira corrente a ser analisada será a hipótese de indenização *per saltum*³⁸³, que admite a possibilidade da ação ser movida diretamente contra o agente público, por entender que esta é direito do particular. À vista disso, ela reconhece, como finalidade, a reparação do dano de forma mais barata e célere, atendendo ao princípio da eficiência; e adota, como meio, a ação contra o agente ou o Estado. Considerando que a possibilidade de ação contra a pessoa jurídica e/ou o seu funcionário permite a reparação do dano de maneira eficiente para o Estado (por permitir que o agente também permaneça no polo passivo, evitando que a pessoa jurídica de direito público tenha que intermediar uma reparação), entende-se que ela se pauta em uma premissa dotada de razoabilidade.

Já a segunda, denominada de tese da dupla garantia³⁸⁴, adotou o entendimento de que a ação da vítima somente poderia ser dirigida contra o Estado (a ação regressiva seria uma dupla

³⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de

garantia, ao particular e ao funcionário). Nesse sentido, ela reconhece, como finalidades, a reparação do dano e a impessoalidade do ato administrativo na figura do agente, e como meio, ação apenas contra o Estado. Em se considerando que esta ação permite a reparação do dano, sem incorrer em pessoalização do ato administrativo na figura do agente, verifica-se que ela também é razoável.

Assim, tendo em vista que ambas as linhas de pensamento são razoáveis, conclui-se que o princípio da razoabilidade não permite a solução do impasse sobre a possibilidade de responsabilização direta (sem ação regressiva) do agente. Resta, portanto, descobrir qual das duas correntes interpretativas seria mais proporcional.

4.8 Da proporcionalidade

Por fim, cabe trazer à baila um último preceito administrativo (implícito) de extrema relevância para o presente trabalho: o princípio da proporcionalidade. Cujas definições deixar-se-á à cargo de Bandeira de Mello:

Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam³⁸⁵.

Partindo desta premissa, há de se concordar com o referido autor, já que, quando a Administração Pública se utiliza de meios desproporcionais aos fins legitimamente esperados, haveria uma mácula à finalidade da lei, e, conseqüentemente, à própria lei. Daí dizer que atos

direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

administrativos desproporcionais são, também, atos ilegais, que devem ser anulados sempre que não for possível extinguir o excesso administrativo.

Percebe-se, então, que o princípio da proporcionalidade assume o objetivo de conter o excesso de poder, ou seja, os atos administrativos que extravasem os limites adequados para a finalidade a ser atingido. Assim, quando o Estado ultrapassa tais limites, tomando medidas exorbitantes e desnecessárias, fica clara a ilegalidade de sua conduta, pois “ninguém deve estar obrigado a suportar constrictões em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”³⁸⁶.

Isto, porque os excessos cometidos não trazem benefício algum, mas apenas uma desnecessária mácula ao direito dos administrados. Por exemplo: na premissa sobre a qual as sanções devem ser proporcionais às transgressões cometidas, é por respeito à proporcionalidade que se pode inferir a aplicação de uma pena branda para uma infração leve, enquanto uma violação grave deve ser punida através de punição severa. Caso o Estado inverta essa dinâmica, o ato administrativo não guardará uma proporção de razoabilidade adequada (será um ato excessivo), e estar-se-á diante de uma ilegalidade, passível de anulação.

Nesse momento, cabe destacar a nítida proximidade entre os preceitos de proporcionalidade e razoabilidade, permitindo uma zona de coexistência que remonta às próprias origens históricas de cada um.

Acerca desta similaridade histórica, José Roberto Pimenta Oliveira³⁸⁷ explica que, assim como surgiu a noção jurídica do razoável (desenvolvida no âmbito do “direito administrativo” existente no sistema da *common law*), também nasceu a noção do proporcional (desenvolvida como um equivalente instrumental axiológico nos sistemas decorrentes da *civil law* romano-germânica, ao diligenciar a sindicabilidade judicial da discricção administrativa nos quadros do *rule of law*), ambas com o intuito de conter a arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos.

No entanto, conforme apontam Bandeira de Mello³⁸⁸ e Di Pietro³⁸⁹, tais princípios não se confundem inteiramente. Em verdade, a proporcionalidade constituiria um dos aspectos da razoabilidade, que sob a forma de um princípio mais amplo, a teria como uma de suas facetas.

³⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

³⁸⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.192.

³⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

³⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 109.

Isto, porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.

Assim, esta proporção de razoabilidade é aferida por meio da verificação de três elementos, cuja observância é devida no caso concreto: a adequação (o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim pretendido), a necessidade (conduta deve ser necessária, não havendo outro meio que cause menos prejuízo aos indivíduos para alcançar o fim público) e a proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens a serem conquistadas devem superar as desvantagens, ou seja, deve haver mais benefícios do que malefícios)³⁹⁰.

Através da verificação desses elementos, meios e fins são equacionados através de um juízo de ponderação, com o objetivo de se verificar se os meios utilizados guardam proporção com os fins, ao que Canotilho arremata da seguinte forma: “Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

Trazendo tais premissas para o impasse da responsabilização direta do agente público pelos danos causados a terceiros, cabe destacar que, considerando a análise realizada no tópico anterior, verificou-se que há razoabilidade tanto na hipótese de indenização *per saltum*³⁹¹, quanto na tese da dupla garantia³⁹², pois ambas adotam meios aceitáveis para a consecução dos

³⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos

fins que se propõem. Portanto, para a resolução desse impasse, resta descobrir qual das duas correntes interpretativas seria mais proporcional, ou seja, qual das duas adota o meio mais proporcional em relação ao fim.

No entanto, reservar-se-á a análise aprofundada desses elementos da proporcionalidade, bem como da ponderação, para o próximo capítulo, que ampliará tais debates, com vistas a solucionar as antinomias encontradas no presente capítulo.

5 DA RESOLUÇÃO DE ANTINOMIAS

O vocábulo “antinomia” oferece um conceito amplo, que, em sentido literal, pode ser definido como a “contradição entre duas leis, princípios, crenças, etc. que, individualmente, porém, são coerentes”³⁹³.

Partindo desta definição, é evidente que sua essência não é privativa do Direito. Para este, interessa apenas um fragmento específico deste conceito, um tipo peculiar denominado de antinomia jurídica, que é significado por Tartuce³⁹⁴ como “a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (lacunas de colisão)”.

Nesse mesmo sentido, Norberto Bobbio³⁹⁵ a define como “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de incidência”, e assevera que esta tem sido uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos, demandando uma atenção especial, haja vista que, em considerando o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, o Direito não tolera antinomias.

Assim, cabe ao intérprete do direito a atribuição de solucionar esse conflito normativo, o que compreende tanto a colisão de princípios, quanto de regras, que, conforme prefaciado no início do capítulo anterior, são categorias básicas das normas jurídicas.

Esta incumbência interpretativa, segundo Carvalho Filho³⁹⁶, tem sido, reiteradamente, o objeto de interesse da doutrina moderna, que segue estudando a configuração das normas

Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005. p. 126.

³⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 39-40.

³⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 88.

³⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18-19.

jurídicas para a obtenção do melhor processo de interpretação normativa, ao que o referido autor confere destaque especial para os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

E este não é um reconhecimento isolado, visto que Barroso³⁹⁷, que, em consonância com Carvalho Filho, assevera que foi a partir dos escritos seminais de Dworkin, difundidos no Brasil a partir do final da década de 80 e ao longo da década de 90, que o entendimento da dinâmica entre regras e princípios teve um desenvolvimento dogmático mais apurado. E, em sequência aos ensinamentos deste, sobreveio Alexy, que ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito.

Então, eles são grandes expoentes da diferenciação e da dinâmica existente entre regras e princípios, tidos por muitos como as maiores referências no tema. Os seus ensinamentos são amplamente aceitos, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina nacional, e tiveram grande influência na superação do paradigma do positivismo, alçando os princípios jurídicos ao patamar de normas jurídicas, aplicáveis a casos concretos de maneira diferente do que se convencionou chamar de regras jurídicas.

Por tal motivo, o presente trabalho focará nos ensinamentos de ambos (Dworkin e Alexy) para a resolução das antinomias detectadas. Muito embora, não nos interessa o debate sobre o conflito de regras, mas, sim, de princípios, cuja colisão será o foco do presente estudo, pois, conforme visto durante a análise do princípio da legalidade, não há colisão entre artigos de lei, mas, sim, entre os princípios que fundamentam as interpretações atinentes à regra do artigo 37, § 6º da Constituição Federal³⁹⁸.

Nesse sentido, concluída a análise dos princípios que envolvem o impasse atinente ao artigo 37, § 6º da Carta Magna³⁹⁹, e apresentado o conceito de antinomia, resta, portanto solucionar as antinomias principiológicas encontradas.

5.1 As diferentes concepções de dinâmica principiológica

³⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204-205.

³⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

³⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

Antes de mais nada, para solucionar o conflito de princípios, há de se esclarecer as diferentes formas e dinâmicas através da qual eles se interrelacionam. Porém, a doutrina não é unânime quanto essa dinâmica principiológica.

Dworkin⁴⁰⁰, por exemplo, buscou superar alguns paradigmas do positivismo, tendo como contraponto a teoria de Hart, e definiu princípio como um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é um imperativo de equidade ou justiça ou alguma outra dimensão da moralidade.

Assim, um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não almejaria nem mesmo estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, proclama uma motivação que guia o argumento em uma certa direção, mas, ainda assim, necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levaria em consideração ao decidir se ele deve mantê-la.

Nesse sentido, Dworkin⁴⁰¹ afirma que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão de importância ou peso. Isto, porque, quando os princípios se colidem, como é o caso do princípio da liberdade de imprensa, que frequentemente entra em conflito com o da proteção à privacidade, o jurista que for solucionar esse impasse tem de levar em conta a força relativa de cada um. Por tal motivo, essa dimensão seria inerente à própria significação dos princípios, de modo que faria sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele seria.

Isso explica a razão pela qual ele entende que o sistema jurídico possuiria dois padrões normativos (as regras e os princípios). As regras seriam aplicadas em um tom de tudo ou nada, a depender do caso concreto, enquanto os princípios possuiriam dimensões de peso, que demandariam concretização diferente em cada caso concreto.

Contudo, cabe destacar que o referido autor escreve em sistema jurídico diferente do nosso, pois é vinculado ao sistema do common law, em que há leis, mas os precedentes judiciais são deveras importantes, possuindo força vinculante a casos futuros, cumprindo verdadeira função normativa.

⁴⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério: Ronald Dworkin**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36-41.

⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério: Ronald Dworkin**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36-41.

Deste modo, ele introduz os princípios jurídicos no sistema jurídico do common law, com o objetivo de afastar a teoria do poder discricionário do juiz, no entanto, se afasta do modelo jurídico Brasileiro (civil law), tomando os princípios não apenas como meros colmatadores de lacunas, mas como normas jurídicas presentes nos precedentes judiciais (típicos do common law).

Por sua vez, Robert Alexy⁴⁰² sustenta que princípios e regras são normas, formuladas por meio das expressões deonticas básicas da proibição, do dever e da permissão, porém, são espécies diferentes de normas, e se diferenciam qualitativamente, ou seja, quanto a sua estrutura.

Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, eles se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Enquanto as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.

Percebe-se, assim, que Robert Alexy, partindo das considerações de Dworkin, torna ainda mais precisa a definição de princípio, entendendo-o como uma espécie de norma jurídica, através da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em diversos graus.

Esta premissa é muito influente no Brasil, e foi amplamente aceita tanto na jurisprudência, quanto na doutrina nacional. Luis Roberto Barroso, por exemplo, os qualifica da seguinte forma:

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles.

(...)

Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica.⁴⁰³

Já Humberto Ávila os entende da seguinte forma:

⁴⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86-91.

⁴⁰³ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção. [...] O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (Endzustand), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura de meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.⁴⁰⁴

Analisando os ensinamentos desses dois doutrinadores brasileiros, o que se percebe é que segundo Barroso, não haveria, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios, e Humberto Ávila, em consonância, também não reconhece a existência de hierarquia entre princípios e regras. Para eles, os princípios indicam valores e fins buscados pelo Estado e dotados de força normativa, enquanto as regras seriam imperativos de conduta que se fundamentam nesses princípios.

Isto posto, o presente trabalho, adota a teoria de que, em regra, as regras se aplicam no modo tudo ou nada, conforme Ronald Dworkin, e os princípios são mandamentos de otimização e não possuem hierarquia entre si, pois devem ser modulados de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, visto que possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, conforme expõe Robert Alexy (em decorrência do pensamento de Dworkin) e Luis Roberto Barroso.

5.2 Ponderação

Partindo da dinâmica principiológica adotada no tópico anterior, deu-se primazia ao ensinamento de Robert Alexy⁴⁰⁵, segundo o qual, princípios seriam mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. No entanto, o raciocínio do autor não se encerra nesse aspecto.

É notório que os princípios, eventualmente, acabam se chocando, e, nesse caso, viu-se que fica a cargo do intérprete do direito, a atribuição de resolver as conseqüentes antinomias, ou seja, de sanar a colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78-79.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

Perante essas casuísticas, Alexy⁴⁰⁶ vai mais além assinalando que, em regra, nenhum deles pode ser declarado inválido, bem como não é possível introduzir, em um deles, uma cláusula de exceção, de forma que não existe uma relação de precedência absoluta ou abstrata entre quaisquer princípios.

Em outras palavras, se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, o que não significa que o princípio cedente será declarado inválido, mas, tão somente, que ele tem precedência em face do outro princípio perante aquela condição fática em que se encontram. Para determinar a prevalência de um princípio sobre outro, Alexy adotou a técnica do “sopesamento”⁴⁰⁷, comumente denominada de “ponderação”.

Sobre esta técnica, Barroso⁴⁰⁸ aponta que:

Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevante, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.⁴⁰⁹

Aprofundando essa análise da dinâmica principiológica, Pedro Lenza esmiúça a visão do ministro Barroso, arrematando que:

Cada caso concreto deve ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (colisão). Assim, a aplicação de princípios “não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”.⁴¹⁰

Nesse panorama, Alexy propõe o uso da técnica do sopesamento (ou ponderação) e do princípio da proporcionalidade como solução para o problema da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios. Uma teoria que tem sido amplamente incorporada pela doutrina e pelo Poder Judiciário no Brasil.

5.2.1 Origem da ponderação

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-93.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

⁴⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

⁴⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353.

⁴¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015. p.251.

O uso da técnica da ponderação para a resolução do conflito entre princípios, nos termos propostos pelo sobredito jurista, provém do Tribunal Constitucional Alemão, que, por sua vez, adotava o entendimento de que todos os princípios possuem a mesma importância em abstrato, desse modo, sempre que eles se inter cruzavam, a referida corte avaliava as condições fáticas e jurídicas de cada caso para determinar qual deveria prevalecer⁴¹¹.

Assim, pode-se dizer que esse método do sopesamento foi criado pela Corte Constitucional Alemã, mais especificamente para resolver um conflito entre direitos fundamentais que ocorreu em 1958, no peculiar caso Lüth⁴¹².

Esta contenda se iniciou, pois o presidente do clube da imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, iniciou um boicote aos filmes de um famoso diretor do cinema nazista (Van Harlan), produzidos em 1945, após o final da segunda guerra mundial. Em contrapartida, Van Harlan processou Lüth, que foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo a não participar de novas convocações a favor do boicote, além do pagamento de uma multa pecuniária.

Irresignado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão que, sopesando os direitos fundamentais colidentes, lhe deu ganho de causa, por considerar que sua incitação ao boicote estava protegida pela liberdade de expressão garantida no art. 5º da Lei Fundamental Alemã.

Deste modo, a Corte Constitucional Alemã estabeleceu 2 postulados, que são seguidos até hoje: primeiro que, em se considerando que os direitos fundamentais elencados na Carta Magna emanam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, a interpretação da legislação ordinária deve ser realizada à luz dos direitos fundamentais elencados na Constituição, mesmo que se trate de relações jurídicas entre particulares; e segundo que a ponderação se aplica exatamente na complexidade da colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios⁴¹³.

5.2.2 Uma metodologia imparcial

⁴¹¹ ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. Colisões entre princípios: uma análise da Teoria de Robert Alexy. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58151/colises-entre-principios-uma-anlise-da-teoria-de-robert-alexey>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴¹² ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, Vol. 16, n. 2, jun. 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/201/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴¹³ ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. Colisões entre princípios: uma análise da Teoria de Robert Alexy. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58151/colises-entre-principios-uma-anlise-da-teoria-de-robert-alexey>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Frente o choque entre dois princípios, Alexy⁴¹⁴ afirma que nascerá uma regra específica, no que se refere à aplicação do princípio que prevalecer, imputada com base nas condições fáticas do caso concreto. A esta relação, o eminente jurista alemão põe o nome de lei de colisão, a qual estabelece que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Desse modo, a ponderação se mostra como o procedimento específico para a solução de colisões de princípios, ao que Alexy⁴¹⁵ recomenda sua aplicação com base no princípio da proporcionalidade.

Contudo, a despeito dessa técnica ter sido concebida para conter os subjetivismos do intérprete, muitos julgados se usam do princípio da proporcionalidade tão somente para justificar uma escolha pessoal do magistrado, sem a demonstração completa do raciocínio aplicado.

À vista disso, Lênio Streck, ao ponderar sobre os contornos da hermenêutica judicial, ressalta que a aplicação dos princípios referentes ao tema não deve se emaranhar com aquilo que está na consciência do magistrado, explicando que:

Ora, interpretar é dar sentido (Sinnggebung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, ‘comandados’ por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais ‘abertos’ em termos de possibilidades de significado, não constitui novidade.

(...)

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete”.⁴¹⁶

Logo, é importante que não se considere essa ponderação de princípios como sendo sinônimo de ponderação de valores ou interesses, pois o sopesamento de princípios trata de correntes teóricas com bases e propostas completamente diversas ao de valores⁴¹⁷, principalmente quanto ao uso da proporcionalidade como forma de solucionar a lide.

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

⁴¹⁵ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-279, 1999. ISSN 0104-6594.

⁴¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

⁴¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 153.

5.2.3 Ponderação e proporcionalidade

Apreendido o pensamento introdutório de Robert Alexy, há de se clarificar, ainda, a inter-relação entre a técnica da ponderação e a proporcionalidade, bem como a forma que esse princípio se aplica em sua teoria. Contudo, assim como ocorre com quase tudo no Direito, o conceito e a fundamentação desse princípio também não são unanimidade entre os doutrinadores.

É comum, no direito pátrio, a ideia de que a proporcionalidade provém do devido processo legal substantivo, constante no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;⁴¹⁸

Porém, alguns doutrinadores brasileiros, bem como a doutrina e as decisões da Corte Constitucional Alemã, sustentam que a proporcionalidade encontra guarida no próprio princípio do Estado de Direito.

Tal ideário, no entanto, não é aceito por Virgílio Afonso da Silva⁴¹⁹, o qual destaca que essa corrente não se justifica, tendo em vista que a regra da proporcionalidade não se fundamenta no princípio do Estado de Direito, e que diversos países, onde já existia um Estado de Direito, não se utilizam da regra da proporcionalidade. E conclui que a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a resolução do conflito entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, e não de dispositivo constitucional.

Para o presente trabalho, adotaremos a linha de raciocínio adotada por da Silva, por entender que a fundamentação da proporcionalidade está na própria estrutura dos direitos fundamentais, entretanto, isso não elucidada, por completo, tal instituto, o que abre espaço para que muitos autores ponderem sobre o que seria proporcionalidade.

⁴¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Humberto Avila⁴²⁰, por exemplo, sustenta que o dever de proporcionalidade seria como um postulado normativo aplicativo, e não uma regra ou princípio. Deste modo, ele determinaria as circunstâncias para a correta aplicação do Direito.

Virgílio Afonso da Silva⁴²¹, por sua vez, entende a proporcionalidade como uma regra de interpretação e aplicação do direito, utilizada principalmente nos casos em que um ato estatal, voltado à realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, provoca a restrição de outro (ou outros) direito fundamental. Logo, seu objetivo é fazer com que nenhuma limitação aos direitos fundamentais alcance dimensões desproporcionais.

Da Silva ainda elenca a existência de 3 (três) vertentes doutrinárias em relação à estrutura do princípio da proporcionalidade. Uma primeira, sustentada por Alexy, que envolve a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; outra adotada por Böckenförde e Schlink, que compreende apenas a adequação e a necessidade; e uma terceira, preconizada pela Corte Européia de Direitos Humanos, que envolve a adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.

A despeito dessa multiplicidade de teorias, adotaremos, para o presente estudo, a definição de proporcionalidade majoritariamente aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira, que é a defendida por Robert Alexy⁴²². Para ele, alegar que a natureza dos princípios acarreta a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), deriva da natureza dos princípios, ou seja, a proporcionalidade é deduzível da própria essência principiológica.

No entanto, essa teoria dos princípios não se dá de forma aleatória. Em verdade, o uso do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus 3 (três) subprincípios: primeiro a adequação, em seguida a necessidade, e, ao final, a proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que o exame pormenorizado de determinada medida através de todos os subprincípios não é sempre obrigatória. Isto, porque a relação entre eles é subsidiária, de modo

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

que só se segue para a análise do próximo subprincípio caso o ato analisado seja considerado proporcional⁴²³.

Trocando em termos práticos, é tão somente após a confirmação da adequação da medida, que o operador do direito examinará sua necessidade, pois, se ela for inadequada, já será tida como desproporcional, e, por consequência, não haverá mais necessidade de analisá-la perante o subprincípio da necessidade, que seria o próximo⁴²⁴.

Seguindo esse raciocínio, o jurista realizará, para a verificação do subprincípio da adequação, uma análise de viabilidade do meio escolhido por determinado ato para a consecução do seu objetivo, sem, contudo, compará-la com outras hipóteses. Nesse sentido, o ato será tido como adequado quando o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, assim, a medida só será dada como inadequada se não contribuir em nada para o objetivo auferido.

À título de exemplo, podemos idealizar o caso de uma norma que obriga o uso de capacete para todos os motociclistas, com o intuito de salvaguardar a integridade física deles. Nesse caso, percebe-se que o uso de capacete é uma medida abstratamente eficiente para a finalidade de proteção da integridade física do motociclista. Assim sendo, ela deve ser tida como adequada, e, a seguir, ponderada através dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para, só então, arrematar se ela é, ou não, proporcional⁴²⁵.

Por sua vez, o subprincípio da necessidade (ou mandamento do meio menos gravoso) demanda um estudo comparado, cotejando-se a gravidade do meio em questão com a finalidade pretendida, de forma que a medida será entendida como necessária se não houver outro meio menos gravoso para atingir o mesmo fim. Em outras palavras, o jurista vai averiguar se a realização do objetivo não pode ser auferida de outra forma que limite menos o direito fundamental atingido, averiguando qual é o direito que está sendo restringido, e, depois, ponderando se não haveria outra medida dotada de eficácia similar, porém menos gravosa.

Tomando por base o exemplo passado, se aquela norma que exigia capacete para motociclistas, o fizesse quanto aos condutores de automóvel, visando resguardar a integridade

⁴²³ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

⁴²⁴ ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. Colisões entre princípios: uma análise da Teoria de Robert Alexy. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58151/colises-entre-principios-uma-anlise-da-teoria-de-robert-alexey>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴²⁵ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

física deles, poder-se-ia identificar, como direito fundamental restringido, a liberdade de escolha. Através da análise da adequação, percebe-se que o capacete é um meio abstratamente eficiente para o propósito de resguardo da integridade física dos motoristas, logo, reputa-se que tal medida seria adequada. Porém, ao seguir para a verificação do subprincípio da necessidade, percebe-se que o cinto de segurança é um meio mais eficaz do que o capacete para preservar a integridade física dos condutores de automóveis. Desse modo, constata-se a existência de outra medida, menos gravosa, para auferir o mesmo objetivo, fazendo, da obrigatoriedade do uso de capacete para motoristas, uma medida desnecessária, e, portanto, desproporcional⁴²⁶.

Isto posto, restam elucidados os subprincípios da adequação e da necessidade. Resta elucidar, portanto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (ou mandamento de ponderação), cuja análise consistiria na verificação da amplitude da restrição ao direito atingido, e da importância da realização do direito fundamental colidente, o que permitiria, ao intérprete, identificar qual direito deve ser resguardado perante as especificidades do caso concreto (se é o direito atingido pela medida ou o direito que ela pretende aclamar)⁴²⁷.

Com vistas à operacionalização dessa empreitada, Alexy⁴²⁸ aponta que a apreciação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser escalonada em três etapas: primeiro deve-se definir o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido, ou seja, a amplitude da intervenção; por conseguinte, deve-se averiguar a importância de satisfazer o direito concorrente, ou seja, a relevância das razões que esteiam essa intervenção; até que, enfim, deve-se ponderar as respostas das duas etapas anteriores, decidindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. Assim sendo, constata-se que uma medida não prosperará nesta ponderação se os motivos que a justifiquem não possuírem peso suficiente para respaldar uma restrição ao direito fundamental afrontado.

⁴²⁶ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

⁴²⁷ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-279, 1999. ISSN 0104-6594.

⁴²⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, Vol. 16, n. 2, jun. 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/%201/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

De todo modo, conclui-se que o instituto da proporcionalidade é muito relevante para a funcionalidade da teoria dos princípios defendida por Alexy, pois, conforme aponta Cardoso⁴²⁹, sua verificação vai abranger tanto aspectos fáticos (na análise da adequação e da necessidade), quanto aspectos jurídicos (na análise da proporcionalidade em sentido estrito) da aplicação dos princípios no caso concreto, permitindo, assim, uma ponderação mais acertada, e, conseqüentemente, um melhor aproveitamento do ordenamento jurídico que se norteia por tais mandamentos de otimização. Isto posto, resta, ao presente estudo, utilizar-se da lógica adotada pelo jurista alemão, para solucionar a antinomia encontrada no capítulo anterior.

5.3 Resolvendo a antinomia atinente à possibilidade de responsabilização direta do agente público pelos danos causados a terceiros

Voltando-se para o impasse acerca da possibilidade ou impossibilidade de responsabilização direta (sem ação regressiva) do agente, viu-se que, no que se refere ao artigo 37, § 6º da Constituição Federal⁴³⁰, existem duas correntes interpretativas.

A corrente atinente à hipótese de indenização *per saltum*⁴³¹, que admite a possibilidade da ação ser movida diretamente contra o agente público, por entender que esta é direito do particular, reconhecendo, como finalidade, a reparação do dano de forma mais barata e célere, e, como meio, a interposição de ação contra o agente ou o Estado.

⁴²⁹ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

⁴³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-esp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

Já a tese da dupla garantia⁴³², adotou o entendimento de que a ação da vítima somente poderia ser dirigida contra o Estado (a ação regressiva seria uma dupla garantia, ao particular e ao funcionário), reconhecendo, como finalidades, a reparação do dano e a impessoalidade do ato administrativo na figura do agente, e, como meio, a interposição de ação apenas contra o Estado.

Repousando o olhar sob a óptica principiológica, verifica-se todo um universo de preceitos que orbita e afeta ambas as linhas de entendimento, ao que podemos indicar: a dignidade da pessoa humana (aqui entendida na qualidade de metaprincípio), a legalidade, a moralidade, a supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público, e a razoabilidade.

A carga valorativa emanada por estes princípios se vê presente tanto na primeira, quanto na segunda teoria, de modo que, se tomarmos apenas eles como critério de ponderação, não seria possível identificar qual das teorias merece prevalecer (conforme explanado no capítulo passado). No entanto, no que se refere ao impasse em questão, existem dois princípios que fogem a esse padrão: a eficiência e a impessoalidade.

A eficiência é entendida como o múnus estatal concernente à predileção por medidas que alcancem a finalidade pública de forma mais barata e célere. Nesse sentido, seu jugo favorece a hipótese de indenização *per saltum*, haja vista que, em comparação com a dupla garantia, ela demanda menos tempo e recursos financeiros para a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos na lide, melhor atendendo aos critérios e objetivos de eficiência.

Por sua vez, segundo a sabedoria de Di Pietro⁴³³, a impessoalidade poderia ser vista sob duas perspectivas. Uma primeira, atinente ao dever administrativo de tomar a finalidade pública como norte, coibindo atos administrativos que prejudiquem ou beneficiem pessoas determinadas. E uma segunda, que assume efeitos sobre a ação dos seus agentes, determinando

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴³³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 97.

que os atos administrativos seriam imputáveis ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, e não ao seu funcionário, que seria apenas o intermediário da vontade estatal.

Tomando por base essa segunda perspectiva, que preconiza a impessoalidade do ato administrativo na figura do agente, o que se verifica é que este segundo princípio é diametralmente contrário à hipótese de indenização *per saltum*⁴³⁴ (e absolutamente favorável à dupla garantia), por reforçar a ideia de que somente a Administração Pública deveria responder perante o particular, restando ao funcionário apenas a responsabilização através de ação regressiva, quando incorrer em dolo ou culpa.

Assim, analisando este prognóstico como um todo, o caminho a ser percorrido toma forma: a ponderação entre a eficiência e a impessoalidade, como forma de identificar qual medida, ou interpretação deve prevalecer perante o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁴³⁵. Assim, em se sabendo que tomar-se-á, por emprestada, a lógica adotada por Alexy em sua teoria dos princípios, resta apenas aplicar sua sistemática para a resolução desta antinomia.

Viu-se, no decorrer deste capítulo, que o referido jurista alemão divide seu juízo de proporcionalidade em três etapas: o juízo de adequação (que avalia se o meio empregado consegue alcançar o objetivo pleiteado); o de necessidade (que verifica se não há outro meio menos gravoso para atingir o mesmo fim); e o de proporcionalidade em sentido estrito, que se subdivide em outros três crivos, comparando o grau de restrição principiológica presente em cada linha interpretativa, bem como a importância de satisfazer o direito concorrente (ou seja, a relevância das razões de cada um), para, só então, chegar a um terceiro e último crivo, onde o intérprete compara as respostas anteriores desta etapa, para chegar a um veredito⁴³⁶.

⁴³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

⁴³⁶ CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

Em sabendo que as duas primeiras etapas e os dois primeiros crivos da última etapa se aplicam intrinsecamente sobre cada princípio, e que apenas o último crivo consiste em uma comparação dos outros dois, partir-se-á de uma análise individualizada de adequação, necessidade, restrição e importância principiológica dos meios e finalidades adotados por cada linha interpretativa, para, só depois, compará-las e assumir um veredito.

Isto posto, tomando como ponto de partida a hipótese de indenização *per saltum*⁴³⁷, o que se percebe é que ela acolhe, como finalidade, a reparação do dano de forma mais barata e célere, atendendo ao princípio da eficiência; e adota, como meio, a ação contra o agente ou o Estado. Considerando que a possibilidade de ação contra a pessoa jurídica e/ou o seu funcionário permite a reparação do dano de maneira eficiente para o Estado (por permitir que o agente também permaneça no polo passivo, evitando que a pessoa jurídica de direito público tenha que intermediar uma reparação), entende-se que ela adota um entendimento adequado, pois o meio empregado consegue alcançar o objetivo pleiteado.

Por sua vez, no que se refere ao juízo de necessidade desta linha interpretativa, ela também logra êxito, haja vista que, entre a inserção ou não inserção do agente no polo passivo de uma possível demanda judicial reparatória do direito do particular, nota-se que a possibilidade de inserção ainda é o meio menos gravoso para atingir a finalidade de eficiência, pois a não inserção não atingiria o referido fim (não seria a forma mais célere e barata).

Já no tocante ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, cabe, para o momento, a análise dos seus dois primeiros crivos, atinentes à restrição e importância principiológica dos meios e finalidades adotados por cada linha interpretativa. Nesse sentido, o que se percebe é que, quanto ao grau de restrição (ou de amplitude de intervenção), a hipótese de indenização *per saltum* restringe completamente o princípio da impessoalidade (especialmente na sua segunda faceta, conforme exposto alhures), pois ela faz com que o agente responda pessoalmente pelo dano. E, voltando o olhar para o crivo atinente à relevância das razões de

⁴³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1325862/PR**. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-esp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

cada um, tem-se que é importante satisfazer tal princípio (impessoalidade), por respeito e congruência com a própria teoria do órgão público (conforme sustenta Clóvis Beznos⁴³⁸), a qual entende que o agente, no exercício da função pública, não deve ser considerado como pessoa em relação a terceiros, mas, sim, como parte integrante (e indivisível) do órgão público.

Superada a análise individualizada desta linha interpretativa, partir-se-á para a análise da vertente defensora da dupla garantia⁴³⁹, que reconhece, como finalidades, a reparação do dano e a impessoalidade do ato administrativo na figura do agente, e como meio, a interposição de ação apenas contra o Estado. Em se considerando que esta ação permite a reparação do dano, sem incorrer em pessoalização do ato administrativo na figura do agente, verifica-se que, assim como a outra linha interpretativa, ela também é adequada (o meio empregado é perfeitamente capaz de alcançar o objetivo pleiteado).

Em sequência, passando ao juízo de necessidade desta corrente de entendimento, constata-se que ela também logra êxito, pois, entre a inserção e a não inserção do agente no polo passivo de possível demanda judicial reparatória do direito do particular, verifica-se que a impossibilidade de inserção ainda é a única via capaz de preservar a finalidade de impessoalidade, pois a inserção do agente restringiria, absolutamente, o referido fim (ele responderia pessoalmente pelo dano).

Já no tocante ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, cabe, para o momento, a análise dos seus dois primeiros crivos, atinentes à restrição e importância principiológica dos meios e finalidades adotados por cada linha interpretativa. Nesse sentido, o que se percebe é que, quanto ao grau de restrição (ou de amplitude de intervenção), a linha interpretativa da dupla garantia restringe o princípio da eficiência de forma relativa, pois a não inserção do agente

⁴³⁸ BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

no polo passivo pode não ser a forma mais eficiente de ressarcir o particular (para o estado), mas ainda é a forma mais eficiente de ressarcí-lo, sem macular o princípio da impessoalidade. Por sua vez, voltando o olhar para o crivo atinente à relevância das razões de cada um, tem-se que a importância satisfazer o princípio (concorrente) da eficiência, reside na economia de tempo e de recursos financeiros para o Estado.

Isto posto, o presente impasse parece ter chegado a uma encruzilhada, pois ambas as teses interpretativas são adequadas e necessárias (a depender do princípio tomado como norte), e os dois primeiros crivos da proporcionalidade em sentido estrito ainda não arremataram a saída para o referido imbróglio. No entanto, resta um último crivo: a comparação das respostas atinentes ao critério de amplitude da intervenção e de relevância das razões de cada um.

À vista disso, todo o impasse começa a se desembaraçar, pois, comparando-se as sobreditas respostas, o que se percebe é que a possibilidade de inserção do agente no polo passivo restringe absolutamente o princípio da impessoalidade, enquanto que a não inserção restringe a eficiência de forma meramente relativa, já que, conforme manifestado alhures, a não inserção do agente no polo passivo pode não ser a forma mais eficiente de ressarcir o particular para o Estado, mas ainda é a forma mais eficiente de ressarcí-lo sem macular o princípio da impessoalidade. Nesse sentido, a linha interpretativa da dupla garantia deve prosperar, pois ela satisfaz mais a eficiência, do que a hipótese de indenização por salto satisfaz a impessoalidade.

Logo, o que se conclui é que dependendo do princípio tomado como norte (se é a eficiência, ou a impessoalidade), tanto uma quanto a outra corrente interpretativa do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁴⁴⁰, podem ser consideradas como entendimentos adequados e necessários. No entanto, tomando por base a proporcionalidade no seu sentido estrito, a corrente atinente à dupla garantia é mais proporcional, devendo prevalecer sobre a vertente que admite a indenização *per saltum*, pois permite uma melhor satisfação dos princípios em jogo (impessoalidade e eficiência).

6 CONCLUSÃO

A responsabilização direta do agente público não é algo inédito, e remonta ao surgimento do próprio Direito Público, na França, época em que, mesmo sob a vigência da

⁴⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

teoria da irresponsabilidade estatal, ainda era possível imputar a responsabilidade à sua pessoa, caso houvesse a prévia anuência do Conselho de Estado francês.

Tal conjuntura se intensificou sob a égide das teorias civilistas da culpa, já que, segundo estas, o funcionário responderia em equivalência com o particular, através das normas de direito civil, seja pelos atos lesivos de gestão, ou pela comprovação de culpa. E perdurou mesmo após o nascimento do Direito Administrativo, que, de certa forma, tem seu marco de origem em um caso de responsabilização estatal, o famoso Aresto Blanco, a partir do qual conquistou-se a autonomia do Direito Administrativo, fazendo que a responsabilidade do Estado deixasse de ser regida por normas de Direito Civil, e passasse a ser regida por normas e princípios de Direito Público.

Isto, porque, já sob a égide do direito publicista, houve momentos em que, apesar da culpa anônima admitir que a simples falta objetiva do serviço já era motivo capaz de ensejar a responsabilização da Administração Pública perante terceiros, o funcionário ainda responderia por sua culpa individual, sugerindo que este poderia ser diretamente responsabilizado pelo dano que causou, contanto que restasse comprovada sua culpa.

Nesse sentido, o que se percebe é que a responsabilização direta do agente público era a regra no passado próximo, e até mesmo no início da jurisdição publicista, o que se refletiu nos confins do Direito Positivo Pátrio, que admitia a possibilidade de responsabilização sem prévia ação de regresso, conforme inteligência do inciso XXIX, do artigo 179, da Constituição de 1824, e do artigo 82 da Constituição de 1891. E isto persistiu, até que as normas supervenientes e a atual redação do art. 37, § 6º da Constituição Federal permitiram o surgimento de ampla divergência sobre o assunto.

Este polêmico dispositivo da Carta Magna de 1988, menciona, apenas, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Aqui, cabe destacar que agente público é gênero, do qual são espécies: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais (servidores públicos e empregados públicos), e particulares em colaboração com a Administração Pública.

Nesse sentido, além dos agentes vinculados às pessoas jurídicas de direito público, também se sujeitam, ao referido texto constitucional, as pessoas governamentais de direito privado e seus agentes, se prestarem serviço público delegado pelo Estado, destacando-se, ainda, que as pessoas jurídicas de direito privado, tal qual as pessoas governamentais de direito privado, também podem ensejar responsabilização subsidiária ao Estado, quando não

dispuserem de recursos para indenizar a vítima do dano, e, caso não estejam exercendo sua função pública, responderão segundo as normas civilistas, sem prejuízo da responsabilidade solidária do ente ou entidade que celebrou o acordo, em decorrência da omissão quanto ao dever de controle, ou da má escolha da entidade.

Muito embora, o impasse contido nesse dispositivo não é sobre os agentes que estariam recobertos por sua tutela, mas, sim, se este dispositivo estaria instituindo, ou não, que eles somente poderiam ser responsabilizados por intermédio de ação de regresso.

E, na tentativa de esclarecer se, nesta hipótese, o agente público poderia ser inserido no polo passivo de uma possível demanda judicial, ou não, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência se dividiu em posições diametralmente opostas.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.325.862/PR, admitiu a possibilidade de ajuizamento da “ação por salto” contra o agente público, argumentando, ainda, que um possível entendimento em contrário poderia prejudicar o particular, já que, ao ingressar diretamente contra o funcionário, ele poderia se esquivar da notória morosidade do regime de precatórios, o que não ocorreria caso se permitisse ingressar apenas contra a pessoa jurídica a qual o servidor é vinculado.

Em conformidade com este entendimento, alinharam-se doutrinadores como: Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que a responsabilidade civil do Estado foi instaurada com a finalidade de que os administrados desfrutassem de proteção mais completa ante comportamentos danosos ocorridos no transcurso de atividade pública, e não a fim de proteger os funcionários contra demandas promovidas pelos lesados; José dos Santos Carvalho Filho, que defende um amplo direito de ação assegurado aos administrados em geral; Dirley da Cunha; Felipe Braga Netto; Marçal Justen Filho; Hugo de Brito Machado, que foi mais além, defendendo que, ao optar pela ação contra o agente público e o Estado, o administrado estaria promovendo o sentido punitivo da indenização, funcionando como um remédio contra os frequentes abusos praticados pelos agentes públicos em nome do Estado; e Fernanda Marinela.

Todos estes entendem que esta ação poderia ser movida diretamente contra o agente público, se o autor, assim, o quisesse. Havendo, ainda, doutrinadores, como Yussef Said Cahali que entendem que essa responsabilização direta do agente público poderia ocorrer através de denúncia da lide, quando a pretensão indenizatória é deduzida com fundamento em ato doloso ou culposo do funcionário.

De outro lado, há os teóricos da “dupla garantia”, que interpretam o referido dispositivo como uma garantia não apenas ao administrado, mas também ao funcionário. Daí a origem de seu nome, cuja denominação foi consagrada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal,

quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 327.904, ocasião em que entendeu pela existência dessa dupla garantia, inadmitindo a interposição de ação civil diretamente contra o servidor estatal, que somente responderia perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Neste julgado, o Ministro Carlos Ayres Britto adotou o entendimento de que o agente não representa o Estado, pois ele seria o Estado em ação.

Tal qual a outra vertente, este ideário supera em muito a seara jurisprudencial, alcançando, também, o âmbito doutrinário, e contando com diversos defensores, como: Hely Lopes Meirelles; José Cretella Júnior, o qual defendia que o ato do agente público não é atribuído à sua pessoa física, em si e por si, desvinculada do Estado, mas é ato inerente à pessoa jurídica pública da qual o funcionário é preposto; Maria Sylvia Zanella Di Pietro; José Afonso da Silva, ao defender que, por força do princípio da impessoalidade, o prejudicado teria que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, e não contra o agente causador do dano; Clovis Beznos, que defende a impossibilidade do agente público ser acionado diretamente numa possível ação judicial que vise a sua responsabilização civil por ato proveniente do seu *munus* público, visto que, conforme ensinamentos do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, o agente, no exercício de sua função pública, não deve ser considerado como pessoa em relação a terceiros, mas, sim, como parte integrante e indivisível do órgão público, que confere vontade à pessoa pública; e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, segundo o qual não só os servidores públicos estatutários, como todos que estejam a serviço daquelas entidades gozam, não importa através de que vínculo, de dupla garantia constitucional em caso de causarem danos a terceiros nessa qualidade. Todos abraçaram o entendimento segundo o qual a ação da vítima somente poderia ser dirigida contra o Estado.

Havendo, ainda, aqueles que inadmitem a denúncia da lide, tendo como expoentes: Vicente Greco Filho, Weida Zancaner, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Mazza, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles, Lúcia Valle Figueiredo, entre outros.

Comparando-se as referidas teorias, verifica-se que tanto a corrente da indenização *per saltum*, quanto a da dupla garantia se pautam em argumentos e premissas coerentes, angariando, cada uma, amplo suporte doutrinário, legislativo e jurisprudencial para aquilo que entendem como acertado perante o texto do artigo 37, § 6º da Carta Magna. Sua divergência, portanto, se resume àquilo que cada um elenca como valor fundamental.

Repousando o olhar sob a óptica principiológica, verifica-se todo um universo de preceitos que orbita e afeta ambas as linhas de entendimento, ao que podemos indicar: a

dignidade da pessoa humana (aqui entendida na qualidade de metaprincípio), a legalidade, a moralidade, a supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público, e a razoabilidade.

A carga valorativa emanada por estes princípios se vê presente tanto na primeira, quanto na segunda teoria, de modo que, se tomarmos apenas eles como critério de ponderação, não seria possível identificar qual das teorias merece prevalecer. No entanto, no que se refere ao impasse em questão, existem dois princípios que fogem a esse padrão: a eficiência e a impessoalidade.

A eficiência é entendida como o múnus estatal concernente à predileção por medidas que alcancem a finalidade pública de forma mais barata e célere. Nesse sentido, seu jugo favorece a hipótese de indenização *per saltum*, haja vista que, em comparação com a dupla garantia, ela demanda menos tempo e recursos financeiros para a satisfação dos interesses indenizatórios envolvidos na lide, melhor atendendo aos critérios e objetivos de eficiência.

Por sua vez, a impessoalidade poderia ser vista sob duas perspectivas. Uma primeira, atinente ao dever administrativo de tomar a finalidade pública como norte, coibindo atos administrativos que prejudiquem ou beneficiem pessoas determinadas. E uma segunda, que assume efeitos sobre a ação dos seus agentes, determinando que os atos administrativos seriam imputáveis ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, e não ao seu funcionário, que seria apenas o intermediário da vontade estatal.

Tomando por base essa segunda perspectiva, que preconiza a impessoalidade do ato administrativo na figura do agente, o que se verifica é que este segundo princípio é diametralmente contrário à hipótese de indenização *per saltum* (e absolutamente favorável à dupla garantia), por reforçar a ideia de que somente a Administração Pública deveria responder perante o particular, restando ao funcionário apenas a responsabilização através de ação regressiva, quando incorrer em dolo ou culpa.

Portanto, analisando este impasse por um olhar mais abrangente, o que se percebe é que ele trata, em verdade, de um conflito de princípios. Assim, para sua resolução, resta descobrir qual desses dois princípios deve prevalecer, uma incumbência para a qual se destacam dois grandes nomes: Ronald Dworkin e Robert Alexy, que são grandes expoentes da diferenciação e da dinâmica existente entre regras e princípios, tidos por muitos como as maiores referências no tema.

O primeiro é o responsável pelo desenvolvimento dogmático mais apurado no que se refere à compreensão da dinâmica entre regras e princípios, enquanto o segundo evoluiu esta dogmática, ordenando a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva

romano-germânica do Direito, e tornando ainda mais precisa a definição de princípio, que passou a ser entendido como uma espécie de norma jurídica, através da qual são estabelecidos deveres de otimização, aplicáveis em diversos graus.

Tomando por base suas doutrinas, o que se percebe é que as regras se aplicam no modo tudo ou nada, enquanto que os princípios são mandamentos de otimização e não possuem hierarquia entre si, devendo ser modulados de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, visto que possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta.

Assim sendo, para a correta modulação de princípios, Alexy propõe o uso da técnica do sopesamento (ou ponderação), que utiliza o princípio da proporcionalidade como solução para o referido problema, uma teoria que tem sido amplamente incorporada pela doutrina e pelo Poder Judiciário no Brasil, e que não se trata de mera ponderação de interesses ou valores, pois não se dá de forma aleatória, mas, sim, de forma sistemática, estruturando-se em três etapas: a análise de adequação (que avalia se o meio empregado consegue alcançar o objetivo pleiteado); a de necessidade (que verifica se não há outro meio menos gravoso para atingir o mesmo fim); e a de proporcionalidade em sentido estrito, que se subdivide em outros três crivos, comparando o grau de restrição principiológica presente em cada linha interpretativa, bem como a importância de satisfazer o direito concorrente (ou seja, a relevância das razões de cada um), para, só então, chegar a um terceiro e último crivo, onde o intérprete compara as respostas anteriores desta etapa, para chegar a um veredito.

Com vistas à uma ponderação mais acertada, utilizou-se desse instituto da proporcionalidade para ponderar os princípios que justificam cada linha de pensamento atinente à possibilidade de inserção do agente público no polo passivo de uma eventual demanda indenizatória.

Assim, adotou-se, como ponto de partida, a hipótese de indenização *per saltum*, ao que se percebeu que ela acolhe, como finalidade, a reparação do dano de forma mais barata e célere, atendendo ao princípio da eficiência; e adota, como meio, a ação contra o agente ou o Estado. Considerando que a possibilidade de ação contra a pessoa jurídica e/ou o seu funcionário permite a reparação do dano de maneira eficiente para o Estado (por permitir que o agente também permaneça no polo passivo, evitando que a pessoa jurídica de direito público tenha que intermediar uma reparação), entendeu-se que ela adota um entendimento adequado, pois o meio empregado consegue alcançar o objetivo pleiteado.

Por sua vez, no que se refere ao juízo de necessidade desta linha interpretativa, ela também logrou êxito, haja vista que, entre a inserção ou não inserção do agente no polo passivo

de uma possível demanda judicial reparatória do direito do particular, nota-se que a possibilidade de inserção ainda é o meio menos gravoso para atingir a finalidade de eficiência, pois a não inserção não atingiria o referido fim (não seria a forma mais célere e barata).

Já no tocante ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, buscou-se, a princípio, a análise dos seus dois primeiros crivos, atinentes à restrição e importância principiológica dos meios e finalidades adotados por cada linha interpretativa. Nesse sentido, o que se constatou foi que, quanto ao grau de restrição (ou de amplitude de intervenção), a hipótese de indenização *per saltum* restringe completamente o princípio da impessoalidade (especialmente na sua segunda faceta, conforme exposto alhures), pois ela faz com que o agente responda pessoalmente pelo dano. E, voltando o olhar para o crivo atinente à relevância das razões de cada um, viu-se que é importante satisfazer tal princípio (impessoalidade), por respeito e congruência com a própria teoria do órgão público (conforme sustenta Clóvis Beznos), a qual entende que o agente, no exercício da função pública, não deve ser considerado como pessoa em relação a terceiros, mas, sim, como parte integrante (e indivisível) do órgão público.

Superada a análise individualizada desta linha interpretativa, partiu-se para a análise da vertente defensora da dupla garantia, que reconhece, como finalidades, a reparação do dano e a impessoalidade do ato administrativo na figura do agente, e como meio, a interposição de ação apenas contra o Estado. Em se considerando que esta ação permite a reparação do dano, sem incorrer em pessoalização do ato administrativo na figura do agente, verificou-se que, assim como a outra linha interpretativa, ela também é adequada (o meio empregado é perfeitamente capaz de alcançar o objetivo pleiteado).

Em sequência, passando ao juízo de necessidade desta corrente de entendimento, constatou-se que ela também logra êxito, pois, entre a inserção e a não admissão do agente no polo passivo de possível demanda judicial reparatória do direito do particular, verifica-se que a impossibilidade de inserção ainda é a única via capaz de preservar a finalidade de impessoalidade, pois sua inclusão restringiria, absolutamente, o referido fim (ele responderia pessoalmente pelo dano).

Já no tocante ao juízo de proporcionalidade em sentido estrito, efetuou-se, à princípio, a análise dos seus dois primeiros crivos, atinentes à restrição e importância principiológica dos meios e finalidades adotados por cada linha interpretativa. Nesse sentido, o que se constatou foi que, quanto ao grau de restrição (ou de amplitude de intervenção), a linha interpretativa da dupla garantia restringe o princípio da eficiência de forma relativa, pois a não inserção do agente no polo passivo pode não ser a forma mais eficiente de ressarcir o particular (para o estado), mas ainda é a forma mais eficiente de ressarcir-lo, sem macular o princípio da impessoalidade.

E, voltando o olhar para o crivo atinente à relevância das razões de cada um, verificou-se que a importância satisfazer o princípio (concorrente) da eficiência, reside na economia de tempo e de recursos financeiros para o Estado.

À vista disso, comparou-se as sobreditas respostas, e o que se averiguou foi que a possibilidade de inserção do agente no polo passivo restringe absolutamente o princípio da impessoalidade, enquanto que a não inserção restringe a eficiência de forma meramente relativa. Isto, porque, conforme manifestado alhures, a não inserção do agente no polo passivo pode não ser a forma mais eficiente de ressarcir o particular para o Estado, mas ainda é a forma mais eficiente de ressarcir-lo sem macular o princípio da impessoalidade, de modo que ela satisfaz mais a eficiência, do que a hipótese de indenização por salto satisfaz a impessoalidade.

Nesse sentido, o que se conclui é que dependendo do princípio tomado como norte (se é a eficiência, ou a impessoalidade), tanto uma quanto a outra corrente interpretativa do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, podem ser consideradas como entendimentos adequados e necessários. No entanto, tomando por base a proporcionalidade no seu sentido estrito, a corrente atinente à dupla garantia é mais proporcional, devendo prevalecer sobre a vertente que admite a indenização *per saltum*, pois permite uma melhor satisfação dos princípios em jogo (impessoalidade e eficiência).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-279, 1999. ISSN 0104-6594.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, Vol. 16, n. 2, jun. 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/201/Leitura%20brigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. A dignidade da pessoa humana no regime jurídico-administrativo. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 18 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58154/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-regime-juridico-administrativo>. Acesso em: 13 abr. 2022.

ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. Colisões entre princípios: uma análise da Teoria de Robert Alexy. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/58151/colises-entre-principios-uma-analise-da-teoria-de-robert-alexey>. Acesso em: 13 abr. 2022.

ANDRADE FILHO, Gilvan Carneiro de. O interesse público na administração pública consensual. **Governnet: Boletim de Administração Pública e Gestão Municipal**, Curitiba, ano 12, n. 125, p. 236-247, 2022.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **O absolutismo e sua influência na formação do Estado brasileiro**. Revista dos Tribunais. v. 969, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.03.PDF. Acesso em: 13 abr. 2022.

ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEZNOS, Clovis. Aspectos sobre a Responsabilidade Civil do Servidor. In: CELY, Martha Lucía Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. (Coords.). **Direito Disciplinário Internacional: Estudos Sobre a Formação, Profissionalização, Disciplina, Transparência, Controle e Responsabilidade da Função Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, v.1, t.1, p. 453-460, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1997.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, jul. 1951. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1926. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Brasília, DF: Presidência da República, 1841. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.** Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.619, de 28 de abril de 1965.** Dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus Agentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4619.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977.** Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6453.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.453%2C%20DE%2017,nucleares%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.309, de 22 de novembro de 2001. Dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110309.htm#:~:text=LEI%20No%2010.309%2C%20DE%2022%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202001.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20assun%C3%A7%C3%A3o%20pela,aeronaves%20de%20empresas%20a%C3%A9reas%20brasileiras. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.744.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial nº 594 – RS (89.0009809-8). PROCESSUAL CIVIL - DENUNCIÇÃO À LIDE - AGENTE PUBLICO CAUSADOR DO DANO. É de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, à lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo. Inexistência de violação à lei federal. Recurso conhecido pela letra “c” e improvido. Recorrente: Nilo Bica. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Garcia Vieira, 07 de novembro de 1990. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=198900098098&dt_publicacao=03/12/1990. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial nº 584.701 - RJ (2003/0158214-3). Processual civil. Indenização. Responsabilidade civil. Denúnciação à lide de servidor da recorrente. Desnecessidade, em face dos princípios da economia e celeridade processuais. Ação regressiva garantida. Precedentes. Recorrente: União. Recorrido: Lúcia Maria da Silva. Relator: Ministro José Delgado, 02 de dezembro de 2003. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301582143&dt_publicacao=08/03/2004. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1325862/PR. Responsabilidade civil. [...] 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que,

em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. [...]. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina de Oliveira Trevizan. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 5 de setembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 327904/SP**. Recurso extraordinário. Administrativo. Responsabilidade objetiva do estado: § 6º do art. 37 da magna carta. Ilegitimidade passiva ad causam. Agente público (ex-prefeito). Prática de ato próprio da função. Decreto de intervenção. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Recorrente: Associação de caridade da santa casa de misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Britto, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 4.070 RONDÔNIA**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Lei complementar rondoniense n. 399/2007, que cria e organiza a Procuradoria-geral do Tribunal de Contas do estado. Consonância ao art. 132 da Constituição da República. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 94/RO. Art. 3º, inc. V, da lei complementar n. 399/2007. Inconstitucionalidade da norma autorizadora da procuradoria do Tribunal de Contas estadual a cobrar judicialmente multas aplicadas em decisões definitivas. Recurso extraordinário n. 223.037/se. Ação julgada parcialmente procedente. Recorrente: Associação Nacional dos Procuradores de Estado - ANAPE. Intimados: Governador do Estado de Rondônia, e Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13197711>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4467/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar. Art. 91-a, caput, da lei 9.504, de 30.9.1997, inserido pela lei 12.034, de 29.9.2009. art. 47, § 1º, da resolução 23.218, de 2.3.2010, do

tribunal superior eleitoral. Obrigatoriedade da exibição concomitante, no momento da votação, do título eleitoral e de documento oficial de identificação com fotografia. Alegação de ofensa ao postulado do livre exercício da soberania e aos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência. [...] 4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto. 5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral. 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto. Requerente: Diretório Nacional do Partido dos Trabalhadores. Requeridos: Presidente Da República, Congresso Nacional, Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 30 de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1158/AM**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei do Estado do Amazonas que estende aos servidores inativos adicional de férias. Interpretação das normas constitucionais. Concessão de benefício sem a correspondente causa geradora. Paridade remuneratória. Inexistência de vinculação absoluta. Procedência da ação. [...] Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador Do Estado Do Amazonas, Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Dias Toffoli, 20 de agosto de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290716/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1158-am-stf/inteiro-teor-144997301>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

CÂMARA, Raphael Americano. O Estado em juízo e a denúncia à lide de agente público. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 491, 10. nov. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5921>. Acesso em: 28. out. 2022.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 144 p. ISBN 85-7700-016-8.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 4.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8: Responsabilidade em Direito Administrativo.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério: Ronald Dworkin**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FONTELES, Claudio Lemos. Tabela - Responsabilidade do Estado - Direito de regresso. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 183-187, abr. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47361/45384>. Acesso em: 13 abr. 2022.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 841.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1: teoria geral do processo e auxiliares da justiça.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 438 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 abr. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 26, p. 116-119, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre a teoria dos órgãos públicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 30-37, abr./jun., 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, 2008 apud SILVA, Marco Antonio Marques da; ANDORFATO, João Jacinto Anhê; TYLES, Gabriel Huberman; SOUZA, Ricardo Vieira de. A Efetividade da Dignidade Humana e a Estigmatização dos Imigrantes e Refugiados. **Revista Internacional COSINTER**, Porto, ano 2, n. 2, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/a-efetividade-da-dignidade-humana-e-a-estigmatizacao-dos-imigrantes-e-refugiados/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. [São Paulo, SP: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo], 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-constitucional-da-moralidade-administrativa,-o_58edc7c7e57d2.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madrid, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

SÃO PAULO. **Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. São Paulo, SP: Assembleia Legislativa, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

SILVA, Almiro do Couto. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana**. In: Marco Antônio Marques da Silva: Artigos e agenda profissional do professor Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo, 29 abr. 2019. Disponível em: <https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2019/04/29/trabalho-escravo-e-dignidade-humana/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 13 abr. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. I: Teoria geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.

ZANCANER, Weida. **Responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.