

A responsabilidade civil objetiva do estado por omissão violadora do direito fundamental à boa administração pública no ordenamento jurídico brasileiro

The objective state liability for non-compliance of the obligations resulting from the fundamental right to good public administration in brazilian law

TAMIRA ALMEIDA MARTINS

VOL. 2 Nº 1 MARÇO 2015

WWW.E-PUBLICA.PT

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR
OMISSÃO VIOLADORA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

**THE OBJECTIVE STATE LIABILITY FOR NON-COMPLIANCE
OF THE OBLIGATIONS RESULTING FROM THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO GOOD PUBLIC ADMINISTRATION IN BRAZILIAN LAW**

TAMIRA ALMEIDA MARTINS ^{1*}

Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar
R. Saldanha Marinho, 1762 - Bigorrião, Curitiba - PR
80730-060, Brasil
martins.tami@gmail.com

Resumo: A fim de apontar os deveres que lhe são correlatos, impostos à Administração em sua atuação perante o cidadão, este estudo, ao início, discorre acerca da compreensão do direito fundamental à boa administração pública, abordando sua existência e estruturação no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do sentido que lhe foi atribuído pela carta europeia dos direitos fundamentais. Analisa especificamente, então, os deveres mencionados, reconhecendo as omissões estatais que são derivadas de sua não observância, para, ao fim, ponderar sobre a natureza objetiva da responsabilidade civil delas decorrente.

Abstract: In order to point out the duties that stems from the fundamental right to good public administration and are imposed on Public Administration in its operation to the citizens, this study discusses about comprehension of mentioned right, analyzing its existence and structure in the Brazilian legal system, considering the meaning assigned to it by the European charter of fundamental rights. This study specifically analyzes, then, the mentioned duties, recognizing the State omissions that are derived from its non-compliance, to, finally, ponder about the objective state liability that stems from these omissions.

Palavras-Chave: Direito Fundamental à Boa Administração Pública; Dever de Eficiência Administrativa; Ineficiência Administrativa; Omissões Estatais; Responsabilidade Civil Objetiva do Estado por Omissão.

Keywords: Fundamental Right to Good Public Administration; Duty of Administrative Efficiency; Administrative Inefficiency; State Omissions; Objective State Liability for Omissions.

1. * Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil. Assistente Jurídica em Gabinete de Juiz Federal junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR – Curitiba, Brasil). Aluna Regular dos cursos de Especialização em Gestão Pública (UAB/UEPG), Pós- Graduação em Direito Administrativo (Instituto Romeu Felipe Bacellar – Curitiba, Brasil) e Especialização em Direito Eleitoral (Instituto Verbo Jurídico). E-mail: martins.tami@gmail.com.

Sumário: Introdução. 1. O direito fundamental à boa administração pública e sua conformação no ordenamento jurídico brasileiro. 1.1. A estruturação do direito fundamental à boa administração pública no direito brasileiro. 1.2. Os deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública. 2. As violações ao direito fundamental à boa administração pública consequentes de omissões estatais. 3. A responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão violadora dos deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução: O impulso para a pesquisa do tema e elaboração dos trabalhos a ele vinculados nasceu, talvez, da pretensão de evidenciar a necessidade de reconstrução de um fértil diálogo entre o direito e a gestão do Estado, como meio de efetivação da cidadania. A transformação do *administrado* em *cidadão* é a grande pauta atual, a ser tomada como central em um urgente debate acerca da conformação do aparelho estatal às novas demandas da sociedade. Em um momento de forte e constante busca por democratização da gestão da coisa pública, a construção de um instrumento rico em consequências como o é o direito fundamental à boa administração pública merece estudos aprofundados e atentos. Nesse ínterim, o presente estudo discorre acerca da compreensão do direito fundamental à boa administração pública, abordando sua existência e estruturação no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de apontar os deveres que lhe são correlatos, impostos à Administração em sua atuação perante o cidadão. Discute-se, então, especificamente, o dever de eficiência administrativa, enquanto correlato ao referido direito fundamental, reconhecendo as omissões que são derivadas de sua não observância. Busca-se, ao fim, ponderar sobre a natureza objetiva da responsabilidade civil decorrente das condutas estatais omissivas violadoras do direito fundamental à boa administração pública.

1. O Direito Fundamental À Boa Administração Pública E Sua Conformação No Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Carta de Nice, dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reconhecida, pelo Tratado de Lisboa, como portadora do mesmo valor jurídico dado aos tratados de constituição e estruturação do Bloco², consagra, em seu artigo 41³, em meio aos direitos e garantias fundamentais de cidadania do indivíduo, o direito fundamental à boa administração pública. Desenvolvido na seara do Direito Comunitário europeu, na forma de princípio, adquiriu, com a Carta de Nice, novo viés, que lhe conferiu a forma de direito fundamental dos cidadãos⁴, dotado de “uma dimensão subjetiva passível de exigibilidade”⁵.

É direito, como apontado por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, que descansa sobre a construção de que, na democracia, as instituições políticas são de titularidade cidadã, domínio popular⁶ – materializa a intenção de suplantar a noção de estrutura administrativa autorreferenciada, “y poner el énfasis en la voluntad de situar a la persona en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa”⁷. Nesse sentido, é direito fundamental da pessoa, que, “en cuanto tal, requiere que lo público esté atendido de forma e manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones”⁸.

No Brasil, não eram ignoradas as elaborações relacionadas à noção da existência de um dever de boa administração. De ordem objetiva, caminhava como “um imperativo de adequação entre a conduta administrativa e a principiologia aplicável

2. “Artigo 6º, 1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.”

3. “Artigo 41º, Direito a uma boa administração, 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.

4. JESUS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR, El derecho a la buena administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, XV, 2008, pp. 137-153.

5. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*, Curitiba, 2014, p. 264.

6. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, XLVII, 2012, p. 30.

7. GRACIELA RUOCCO, La “buena administración” y el “interés general”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, XLIX, 2012, pp. 32-33.

8. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Sobre el derecho fundamental, p. 30.

a essa função”⁹. O aprimoramento das discussões a respeito do papel assumido pela atividade administrativa na garantia de efetivação dos direitos fundamentais conduziu ao refinamento da noção de boa administração, conduzindo ao reconhecimento, no país, da existência do *direito fundamental* à boa administração pública, embutido na Carta Constitucional de 1988¹⁰.

1.1. A estruturação do Direito Fundamental à Boa Administração no Direito Brasileiro

Nesse contexto, em trabalho publicado em 2007, Juarez de Freitas assegurou a introdução definitiva do instituto no direito brasileiro. Assim, o direito fundamental à boa administração pública desenhou-se, nas mãos do insigne autor, como norma de eficácia direta e imediata, implícita no ordenamento constitucional nacional¹¹, na forma de direito “à administração pública eficiente e eficaz”¹², que se faz atenta ao cumprimento dos deveres que lhe são afetos, “com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”¹³. Ao direito fundamental à boa administração pública tracejado, corresponde “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”¹⁴.

Em que pese não estar expressamente previsto, de maneira específica, no texto constitucional, seu reconhecimento como parte integrante do catálogo de direitos fundamentais é plenamente possível, em vista da previsão do artigo 5.º, §2.º¹⁵ da Constituição Federal, que confere caráter aberto ao rol delineado constitucionalmente¹⁶. É, ainda, decorrência direta dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 1.º da Carta Constitucional, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III)¹⁷, relacionando-se, ainda, aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de promoção do bem de todos (artigo 3º, incisos I e IV)¹⁸ e aos princípios con-

9. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*, Belo Horizonte, 2011, p. 78.

10. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *Direito Fundamental*, p. 79.

11. JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 2ª ed., São Paulo, 2009, p. 9.

12. JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade*, p. 22.

13. JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade*, p. 22.

14. JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade*, p. 22.

15. “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: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

16. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 271.

17. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; (...).”

18. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); IV - promover o bem de todos (...).”

stitucionais da administração pública, expressos no artigo 37, *caput*¹⁹, da Constituição Federal, como aponta Daniel W. Hachem²⁰. No mesmo caminho, Ingo Wolfgang Sarlet²¹.

Não é demais apontar que o conteúdo e as bases jurídicas de um direito fundamental à administração pública são diretamente condicionados às características do sistema jurídico normativo em que se inserem e do momento histórico em que suas delimitações são forjadas. Ademais, não se pode deixar de considerar o fato de que o valor *boa administração*, por dinâmico e interdisciplinar, não pode – nem, tampouco, deve – ser apropriado como conceito estanque, em um processo de juridicização que se pretenda cristizador²².

Não cabe à ciência jurídica, sozinha, ambicionar definir os significados do conceito. O diálogo com as demais áreas de conhecimento envolvidas no desenvolvimento e concretização da *boa administração* é elementar para que seja possível sua efetiva incorporação à prática administrativa. Vanice Lírio do Valle aponta a fluidez do tema, ressaltando, inclusive, a relação direta entre a boa administração e a *governança*²³.

Dono de contornos próprios, o direito fundamental à boa administração pública construído no interior do ordenamento pátrio não se confunde com aquele delineado na Carta de Nice²⁴. Abriga em seu corpo um conjunto de direitos, dentre os quais figura, sem exclusão de inúmeros outros, o direito a uma administração transparente, imparcial e proba, além de preventiva, precavida, eficiente, eficaz e receptiva à participação social. Dele decorrem, ainda, como exemplo, o direito à ampla defesa, ao contraditório, à motivação das decisões, desenhando uma garantia ao devido processo perante a Administração²⁵.

Aponte-se, que o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública como um direito fundamental autônomo impõe-se, mesmo diante de eventual arguição de que os direitos albergados em suas fronteiras já possuem previsão explícita na ordem jurídica nacional²⁶. A estruturação de um direito fundamental à boa administração pública, que abarque, em seu núcleo, o conjunto de direitos condizentes, conduz à *jusfundamentalização*²⁷ do regime a eles aplicável, com as decorrências que, daí, advêm. Vanice Lírio do Valle aponta, como consequência direta da atribuição, ao direito, da qualificação de *fundamental*, o caráter vinculativo imediato sobre os poderes públicos: “o caráter fundamental do direito à boa administração prescinde de interposição legislativa para sua imediata influência sobre o modo de condução da ação estatal”²⁸.

19. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

20. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 271.

21. NGO WOLFGANG SARLET, *A Administração Pública e os direitos fundamentais*, pesquisável em http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf, p. 1.

22. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *Direito Fundamental*, p. 99.

23. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *Direito Fundamental*, pp. 21 ss.

24. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 271.

25. JUAREZ FREITAS, *Discrecionabilidade*, pp. 22-23.

26. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 272.

27. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *Direito Fundamental*, p. 75.

28. VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE, *Direito Fundamental*, p. 75.

Nessa toada, assevera Valle que a constitucionalização do direito fundamental à administração pública “implica emancipar a ideia da esfera de relação com a eficácia da ação estatal, para proclamá-lo como princípio reconhecido em função dos direitos dos cidadãos”. Dessa forma, a configuração autônoma de referido direito tornaria diretamente exigíveis, por exemplo, os princípios constitucionais da administração pública²⁹.

É dizer: “de meros deveres da administração nas suas relações com a comunidade em geral, ‘acionáveis’ só pelo parlamento que a representa”, os princípios que regem a atividade administrativa, uma vez incorporados ao plexo de direitos abarcados no conceito ora discutido, transformam-se em “verdadeira e própria obrigação”, exigível por todo cidadão, singularmente, por ser titular do direito fundamental à boa administração pública³⁰. O direito à boa administração pública, os direitos nele abrangidos e os deveres que dele decorrem não se confundem, assim, com os seus correlatos eventualmente já explicitados diretamente no texto da Carta Magna ou positivados em algum ponto do ordenamento jurídico infra-constitucional. Diferenciam-se destes: ganham nova roupagem.

1.2 Os deveres correlatos ao Direito Fundamental à Boa Administração Pública

O direito fundamental à boa administração pública, da forma como estruturado, relaciona-se diretamente à conformação da ação estatal, como se deduz, configurando um direito “sobre os meios adequados de atuação administrativa”³¹. É instituto imprescindível, face à consideração de que a administração assume, no Estado Democrático de Direito, o papel de instrumento de proteção, promoção e efetivação de direitos fundamentais.

Correlata a esse direito, a fim de garantir a adequação da ação administrativa, nasce, ao aparelho estatal, uma plêiade de deveres. Em decorrência do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração pública, surge “*el correlativo deber de las administraciones publicas de actuar en consecuencia, encarando una gestión y dirección al servicio del bienestar general*”³².

Não há, neste, a pretensão de enumerar todos os possíveis deveres correlatos ao direito fundamental ora discutido. Aqui, pertinente, apenas, que se perceba que, à boa administração pública, se relacionam, necessariamente, deveres, de observância obrigatória pelo aparelho estatal, que possibilitam a conformação da atuação administrativa à função que lhe é inerente, enquanto meio garantidor da concretização dos direitos fundamentais.

Ora, se se considera que “uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que lhe são iner-

29. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 274.

30. SABINO CASESSE, *Il Diritto alla Buona Amministrazione*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Sindico de Greuges” della Catalogna, pesquisável em <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf>.

31. EURICO BITENCOURT NETO, Há um direito fundamental à boa administração pública?, in *Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda*, Belo Horizonte, 2011, p. 154.

32. GRACIELA RUOCCO, La “buena administración”, p. 37.

entes”³³, cumprindo o papel que lhe foi prontamente designado no modelo de Estado brasileiro constitucionalmente estruturado, é necessário reconhecer-lhe o *dever* de, para tanto, “ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade”³⁴.

Por pertinente, repita-se, com Juarez Freitas: ao direito fundamental à boa administração pública, corresponde, ainda, “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”³⁵. Não é demais apontar que “a boa administração é um conceito que deve projetar-se sobre os encarregados, sobre os gestores”³⁶. Reconhecer o direito à boa administração pública impõe reconhecer o dever de bom governo.

2. As Violações Ao Direito Fundamental À Boa Administração Pública Consequentes De Omissões Estatais

Ao direito fundamental à boa administração pública, como acima aduzido, correspondem deveres, incidentes sobre o Estado e atinentes à conduta administrativa e à sua conformação aos ditames do bom governo. A primeira grande incursão a respeito do tema, no país, já deu sinais claros nesse sentido, ao afirmar que, ao direito fundamental à boa administração pública, relaciona-se “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”³⁷.

Nesse sentido, Durán Martínez, que, ao analisar o direito fundamental ora em comento, correlaciona-o a um dever, conexo ao princípio da eficiência, e derivado “*directamente del carácter servicial de la Administración. La Administración está para servir y para servir bien. Si no sirve bien, no tiene sentido*”³⁸. É dizer: “*si es ineficaz porque no logra los fines debidos o los logra con un costo desproporcionado o inmotivadamente elevado, deviene ilegítima*”³⁹. Assim caminha, também, Bandeira de Mello, observando o *princípio da boa administração*, com Guido Falzone⁴⁰, sob a perspectiva de *dever*⁴¹.

Aos deveres decorrentes do direito fundamental à boa administração pública, deve-se conferir conteúdo amplo, “*compreensivo – correlativamente – de todas las manifestaciones del derecho a la buena administración que referimos*”⁴².

Esclareça-se, com Graciela Ruocco: ao considerar que a cada pretensão ou direito em sentido estrito corresponde um correlativo dever, a autora aponta que em decorrência do reconhecimento de um direito fundamental à boa adminis-

33. INGO WOLFGANG SARLET, *A Administração*, pp. 1-2.

34. INGO WOLFGANG SARLET, *A Administração*, p. 2.

35. JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade*, p. 22.

36. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Direito fundamental*, p. 14.

37. JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade*, p. 22.

38. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, *Principio de eficacia y Estado Subsidiario*, in *Estudios de derecho público*, II, Montevideo, 2008, p. 14.

39. AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, *Principio de eficacia*, p. 14.

40. O autor trata o tema em *Il Doveri di Buona Amministrazione*, Milão, Giuffrè, 1953.

41. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 31ª ed., São Paulo, 2014, pp. 125-126.

42. GRACIELA RUOCCO, *La “buena administración”*, p. 37.

tração pública, surge “*el correlativo deber de las administraciones publicas de actuar en consecuencia, encarando una gestión y dirección al servicio del bienestar general*”⁴³. Este dever correlato diz-se o dever de bom governo, diretamente relacionado a um conjunto de deveres imputáveis ao Estado, também decorrentes do reconhecimento, ao cidadão, do direito fundamental a uma boa administração pública.

Já foram ultrapassados, neste estudo, os questionamentos que poderiam surgir acerca da utilidade do reconhecimento de um direito autônomo à boa administração pública. O reconhecimento de deveres correlatos ao direito fundamental em comento, autônomos com relação a seus correspondentes eventualmente referidos de forma expressa no texto constitucional poderia suscitar a mesma ordem de dúvidas. Reafirme-se, assim, que o reconhecimento da boa administração pública como pretensão fundamental independente, com os direitos que abarca e os deveres a ela correlatos, cumpre, primeiramente, a função simbólica de trasladar o foco de análise das relações administrativas da Administração para o cidadão⁴⁴, como centro da atuação estatal. Com o reconhecimento e a *jusfundamentalização* do direito à boa administração, ainda, eleva-se ao *status* constitucional os direitos abarcados em seu conteúdo e os deveres a ele correlatos, que não explicitamente expressos na Carta Magna⁴⁵. Uma terceira decorrência da autonomia do direito fundamental em comento, de seus direitos relacionados e deveres correlatos é aquela considerada, para este estudo, a mais relevante: a configuração autônoma de referido direito conferiria nova dimensão de exigibilidade – subjetiva – aos direitos e deveres a ele conexos, tornando-os diretamente exigíveis.

Repise-se: não há, neste, a pretensão de enumerar todos os possíveis deveres correlatos ao direito fundamental ora discutido. Aqui, pertinente, apenas, que se perceba que, à boa administração pública, se relacionam, necessariamente, deveres, de observância obrigatória pelo aparelho estatal, que possibilitam a conformação da atuação administrativa à função que lhe é inerente, enquanto meio garantidor da concretização dos direitos fundamentais.

A não observância dos deveres estatais correlatos ao direito fundamental à boa administração pode ocorrer em múltiplas situações. Interessa, aqui, considerar os casos em que a afronta decorre de omissão administrativa.

A atuação insuficiente da administração pública pode gerar e gerar-se da não ação. Viola os deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública, e, de consequência, o próprio direito fundamental referido, o comportamento administrativo que seja *omisso*, “por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública”⁴⁶. A omissão administrativa configura afronta ao próprio direito fundamental à boa administração pública.

Importa perceber que, como esperado, a inobservância dos deveres referidos, com violação ao direito fundamental à boa administração, ocasiona consequên-

43. GRACIELA RUOCCO, La “buena administración”, p. 37.

44. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 272.

45. DANIEL WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa*, p. 273.

46. EMERSON GABARDO / DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*, São Paulo, 2010, p. 247.

cias jurídicas⁴⁷, dentre as quais, destaca-se, para os fins aqui pretendidos, ao lado da responsabilização pessoal dos agentes públicos eventualmente responsáveis pelo descumprimento e do controle interno e/ou externo do ato praticado em desconformidade com o direito discutido, o fato de que eventuais prejuízos sofridos por terceiros em decorrência da atuação estatal insuficiente implicará o dever de reparação do dano (se presentes seus pressupostos), havendo responsabilidade civil do Estado por sua atuação desconforme⁴⁸.

3. A Responsabilidade Civil Objetiva Do Estado Por Omissão Violadora Dos Deveres Correlatos Ao Direito Fundamental À Boa Administração Pública

Demonstrada, sucintamente, a relevância do reconhecimento da existência autônoma de um direito fundamental à boa administração pública, com uma plêiade pretensões por ele abarcadas e de deveres a ele correlatos, como forma de conferir-lhes *status* de jusfundamentalidade, incluindo-os no sistema constitucional brasileiro, e de emprestar-lhes uma dimensão subjetiva de exigibilidade, resta aduzir que, das omissões estatais violadoras de direitos e deveres correlatos ao direito fundamental à boa administração pública, decorre responsabilização civil do Estado.

Toma-se, aqui, como exemplo para a construção do dever de reparação dos danos eventualmente surgidos da atuação omissa estatal violadora do direito fundamental à boa administração pública (em quaisquer de seus aspectos), hipótese de atuação administrativa estatal ineficiente (enquanto violadora do dever de eficiência decorrente do discutido direito fundamental).

Aqui, pretende-se sublinhar que, à reparação dos danos derivados de omissões violadoras do direito fundamental à boa administração pública, em seus direitos decorrentes ou em seus deveres correlatos, aplica-se, como se deduz, a mesma disciplina aplicável à responsabilização civil do Estado por omissão, qualquer que seja a conduta omissiva. Adiante-se que, ora, defende-se a natureza objetiva da responsabilidade referida, como se verá.

Da violação estatal ao direito fundamental à boa administração pública que gere danos a terceiros, nasce a possibilidade de responsabilização civil do Estado. O prejuízo ao cidadão decorrente de ineficiência administrativa configurada pela violação ao dever de eficiência correlato ao direito fundamental em comento enseja, dessa forma, reparação. Assim o é quando resultado de ação estatal ou quando consequência de sua omissão.

Dessa feita, a não ação estatal que viole o direito em apreço, por afrontar ao dever correlato comentado, deflagra responsabilização estatal por omissão, como já largamente discutido. Diga-se, inclusive, com Juarez Freitas, que “o direito fundamental à boa administração pública, assimilado como rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos ex-

47. EMERSON GABARDO / DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil, p. 258.

48. EMERSON GABARDO / DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil, p. 258.

cessos de discricionariedade, a omissão⁴⁹ – “o não exercício das competências discricionárias”⁵⁰.

A possibilidade de impor ao Estado a reparação de eventuais danos causados por condutas omissivas é pacífica. Entende-se aqui, no entanto, que a responsabilidade civil do Estado por omissão (inclusive aquelas das quais decorre ineficiência administrativa violadora do direito fundamental à boa administração pública por contrária ao dever de eficiência dele decorrente) é de natureza objetiva.

Sabe-se que não é o entendimento perfilhado pela maioria da doutrina nacional, que defende a natureza subjetiva da responsabilização estatal no caso vertente. Parece, contudo, que a interpretação aqui perfilhada, com Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, dentre outros, demonstra-se mais condizente com o regime jurídico administrativo adotado pelo ordenamento brasileiro⁵¹.

Assim, saliente-se, primeiramente, que a Constituição Federal, em seu artigo 37, §6^o⁵², veicula um sistema de responsabilidade própria do regime público, de natureza objetiva, quando entre o cidadão lesado e o Estado ou entidade que lhe faça as vezes. O dever de reparar o dano, neste momento, preza pela restituição do *status quo ante*, afastando-se de um objetivo meramente sancionatório. Aparta-se, então, do questionamento acerca da existência ou não de culpa, abstraindo qualquer referência à pessoalidade do agente perante a vítima. O mesmo dispositivo, em sua segunda parte, desenvolve um sistema de responsabilização subjetiva, do agente perante a estrutura estatal, quando, para que aquele possa ser demandado em ação regressiva perante o Estado, exige prova que demonstre sua culpa ou dolo.

A responsabilização objetiva do Estado por condutas comissivas, como já apontado, não levanta maiores debates. Perante omissões, no entanto, o quadro é diverso. Com arrimo na teoria francesa da *faute du service*, defende-se doutrinariamente, ao contrário daquilo que o desenho constitucional brasileiro sustenta, a natureza subjetiva da responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva.

Nos tribunais nacionais, igualmente pacífico referido entendimento. Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam a manutenção da exigência de comprovação da “negligência na atuação estatal, [d]o dano e [d]o nexo causal entre ambos”⁵³ para permitir a responsabilização estatal, sem qualquer sinal de

49. JUAREZ FREITAS, *Discricionariedade*, p. 64.

50. JUAREZ FREITAS, *Discricionariedade*, p. 64.

51. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*, in *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, São Paulo, 2013.

52. “Art. 37. §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

53. Do corpo do acórdão, lê-se: “Quanto ao mérito, nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. No caso dos autos, alega o recorrente ausência de provas do nexo causal entre o evento danoso e a atuação (ou, no caso, a falta dela – omissão) do estado”. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 31.04.2014, in DJe, 02/06/2014, pp. 112 ss. É interpretação assente, sem qualquer sinal de possível revisão. No mesmo sentido: Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 19/09/20017, in D.J., 22/10/2007, pp. 50 ss.

mudança na inteligência do tema. Grande parte dos Tribunais Regionais⁵⁴ do país assume a mesma interpretação, pacífica e consolidada jurisprudencialmente no país.

Importa, no entanto, observar que “a configuração jurídica do instituto da responsabilização estatal depende da conformação que o ordenamento jurídico em questão lhe conferir”⁵⁵, cabendo, em primeiro lugar, a análise da disciplina que rege a matéria em cada sistema legal, em determinado momento. Assim, sugere-se releitura da aplicação incondicionada da teoria da *faute du service* nos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão no Brasil, inclusive nos casos de não ação estatal violadora do direito fundamental à boa administração pública.

Nesse sentido, Daniel Hachem e Emerson Gabardo apontam quatro motivos que demonstram inaplicável, ao caso brasileiro, o modelo subjetivo de responsabilização nos casos ora discutidos:

(a) a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; (b) o critério para distinguir a responsabilidade *pour faute* (por falta) da responsabilidade *sans faute* (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta. (c) na França, admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; (d) os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva⁵⁶.

A análise do significado da palavra “*faute*” no universo do direito administrativo francês afasta, irremediavelmente, sua associação à noção de “culpa”, que abalizaria, no Brasil, o ato de vincular a teoria da “*faute du service*” à responsabilização subjetiva do Estado. Neste caminho, aponte-se que apreciação mais detida do vocábulo liga-o a uma concepção objetiva, de *falta*, como “um descumprimento de uma obrigação preexistente”⁵⁷. A utilização do termo sob o significado de *culpa* é marginal e não se amolda a esta situação, simplesmente porque “a administração não tem vontade ou consciência”⁵⁸. Frise-se que, “nessa toada, não faz sentido tentar imputar culpa à Administração, mas tão somente perquirir o descumprimento objetivo de um dever de agir”⁵⁹. Ora, faz-se impossível vincular a noção de *culpa* à administração pública sem vinculá-la à vontade subjetiva de um agente, que, na teoria da *faute du service*, no entanto, não é individualizado. Relevante, ainda, a observação de que a teoria em apreço (da *faute du service*)

54. Vide: Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Cautelar Inominada nº 5001342-21.2014.404.0000, in D.E., 12/02/2014. Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Apelação Cível nº 5002241-37.2011.404.0000, in D.E., 18/12/2013.

55. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1138.

56. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1139.

57. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, pp. 1139-1140.

58. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1141.

59. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1141.

não foi construída, em seu país de nascimento, para amoldar-se a hipóteses omissivas: intenta apontar cenários em que ao estado recai indenizar por si o cidadão pelo dano suportado, diferenciando-os daquelas situações em que a administração restituirá o dano solidariamente com o agente responsável. Diante de comportamentos omissivos, inclusive, a sistemática francesa de permite expressamente a responsabilização objetiva do Estado⁶⁰. Paradoxal que, no Brasil, apoiada na teoria da *faute du service*, que admite a natureza objetiva da responsabilidade civil estatal por omissão em seu ordenamento de origem, a doutrina reverbera a necessidade de perquirição de culpa para configuração do dever de restituir discutido.

Não há dúvida de que o sistema de responsabilização do estado é peculiar ao ordenamento jurídico nacional em que está inserido e ao momento histórico ao qual se relaciona. De tal modo, não se pode pretender a aplicação, no país, de teoria não compatível com seu conjunto normativo. E, no Brasil, é clara a opção do texto constitucional pela responsabilidade objetiva na relação entre o cidadão lesado e o Estado. A comprovação da culpa *lato sensu* só existe quando da ação de regresso do ente estatal perante o agente⁶¹.

Pelo exposto, claro está, pois, que da estruturação do sistema de responsabilidade estatal no Brasil, na forma acima descrita, decorre a submissão do Estado à forma objetiva de responsabilização, em quaisquer casos, sem que haja exigência de apuração de sua culpa ou dolo – basta haver uma conduta estatal, comissiva ou omissiva, que afetou a esfera jurídica do cidadão, causando-lhe um dano (material ou moral). Existindo nexos causal entre a conduta imputável ao Estado e o dano suportado pelo cidadão, há dever de restituir.

Neste sentido caminha a doutrina mais avançada. Romeu Felipe Bacellar Filho acertadamente aponta que “em face do dever de eficiência imposto ao Poder Público, prescinde-se de qualquer perquirição de culpa, ainda que especial”⁶².

Assim, diante de um comportamento ineficiente, por violador do *dever de eficiência* correlato ao direito fundamental à boa administração pública – e, consequentemente, violador do próprio direito fundamental referido –, existente o dano ao cidadão e o nexos causal entre o dano experimentado e a conduta estatal, há responsabilidade civil, de natureza objetiva, do Estado. Perceba-se que a ineficiência pode ser resultado de ato comissivo (em caso de “cumprimento precário (ação) por parte do Estado ou quem lhe faça as vezes”⁶³) ou de ato omissivo (diante de “descumprimento de um dever jurídico concreto de agir”⁶⁴): em qualquer caso, a responsabilização estatal é de ordem objetiva.

Não é demais assentar que a omissão em discussão, para configurar-se, deve corresponder ao “descumprimento de um dever específico, imposto pelo ordenamento jurídico ao Estado”⁶⁵, configurando uma *omissão juridicamente relevante*,

60. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1145.

61. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, pp. 1145-1148.

62. ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes – A Constituição Federal de 1988 – A questão da omissão – Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras, in *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, 2006, p. 108.

63. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1148.

64. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1148.

65. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1149.

ao conjugar um elemento material – “a constatação, no mundo dos fatos, de uma situação de passividade ou inércia da Administração”⁶⁶ –, a um elemento formal – “a infração de um dever legal ou constitucional de agir, que torna antijurídica a omissão estatal”⁶⁷. Ausente o elemento formal, irrelevante a omissão, em termos jurídicos. Nesses termos, a omissão discutida neste estudo ataca diretamente dever imposto ao Estado em decorrência do direito fundamental à boa administração pública: é suficiente e bastante para, causando dano ao cidadão, ensejar responsabilização do ente estatal.

Quando a omissão administrativa, violando o dever de eficiência e afrontando o direito fundamental à boa administração, é causa eficiente de dano sofrido pelo cidadão – diga-se: quando a simples omissão é causa direta do dano –, deve-se perceber que, ainda que inexista culpabilidade (exigência de conduta diversa, reprobabilidade da conduta) na não ação administrativa, permanece a antijuridicidade (contrariedade ao ordenamento jurídico) da omissão: se há dano decorrente desta lacuna antijurídica de atuação estatal, há, necessária e obrigatoriamente, dever de restituição do *status quo ante* – de reparação de eventual dano –, ainda que não haja culpa⁶⁸.

6. Conclusão

Cabe, após o exposto, algumas considerações finais acerca do tema.

Já não é satisfatória a percepção do aparelho estatal enquanto uma estrutura administrativa autorreferenciada. Em um momento de forte e constante busca por democratização da gestão da coisa pública, a construção e reconstrução de instrumentos que permitam a aproximação do cidadão e da administração, enquanto meio e instrumento de efetivação de direitos fundamentais, é imperativa. Nesse interm, o direito fundamental à boa administração pública é direito que, materializando a intenção de suplantar a ultrapassada visão da máquina administrativa existente em si e por si, descansa sobre a construção de que, na democracia, as instituições políticas são de titularidade cidadã e domínio popular, enfatizando a necessidade de tornar a pessoa o foco central de atuação estatal.

Construído no ambiente comunitário europeu e assimilado, com contornos próprios, ao ordenamento jurídico nacional, o direito fundamental à boa administração pública evidencia a premente necessidade de reconstrução do – fértil – diálogo entre o direito e a gestão do Estado, como meio de efetivação da cidadania. A transformação do administrado em cidadão é a grande pauta a ser tomada como central em um urgente debate acerca da conformação do aparelho estatal às novas demandas da sociedade.

O direito referido, da forma como estruturado, relaciona-se diretamente à conformação da ação estatal, configurando um direito sobre os meios adequados de atuação administrativa. É instituto imprescindível, face à consideração de que a administração assume, no Estado Democrático de Direito, o papel de instrumento de proteção, promoção e efetivação de direitos fundamentais. Correlata a esse

66. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1149.

67. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, p. 1149.

68. DANIEL WUNDER HACHEM, Responsabilidade civil do Estado, pp. 1150-1151.

direito, a fim de garantir a adequação da ação administrativa, nasce, ao aparelho estatal, uma plêiade de deveres.

Dentre eles, figura, altivo, um dever de eficiência, cuja inobservância viola não somente a expressa previsão constitucional (de princípio homônimo) e o regime jurídico-administrativo ali estruturado, como, também, o próprio direito fundamental à boa administração pública, do qual decorre, apoiado no dever de bom governo e, não só, mas ainda, no próprio delineamento doutrinário do conceito. Da violação estatal ao direito fundamental referido que gere danos a terceiros, nasce a possibilidade de responsabilização civil do Estado.

Entende-se, aqui, que a responsabilidade civil do Estado por omissão (inclusive aquelas decorrentes de ineficiência administrativa violadora do direito fundamental à boa administração pública por contrária ao dever de eficiência a ele correlato) é de natureza objetiva. Sabe-se que não é o entendimento perfilhado pela maioria da doutrina nacional, que defende a natureza subjetiva da responsabilização estatal no caso vertente. Parece, contudo, que a interpretação perfilhada, com Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, dentre outros, demonstra-se mais condizente com o regime jurídico-administrativo adotado pelo ordenamento brasileiro.

Ora, se há dano decorrente de omissão administrativa, violando o dever de eficiência e afrontando o direito fundamental à boa administração, deve-se perceber que, ainda que inexistia culpabilidade (exigência de conduta diversa, reprobabilidade da conduta) na não ação administrativa, permanece a antijuridicidade (contrariedade ao ordenamento jurídico) da omissão: há, necessária e obrigatoriamente, dever de restituição do *status quo ante* – de reparação de eventual dano causado –, ainda que não haja culpa.

Enquanto instrumento nascente, que insta estimular o impulso de repensar a estrutura administrativa hodierna, instalando em seu âmago o cidadão e tornando a efetivação de seus direitos sua intenção máxima, o direito à boa administração pública deve ser foco de desenvolvimento doutrinário e discussão interdisciplinar, possibilitando, nesse ínterim, sua efetiva incorporação à prática administrativa. É momento de perceber que o aparelho estatal existe pelo e para o cidadão, logrando atingir seu fim último apenas quando garante, ao indivíduo, a máxima satisfação de seus direitos.
