



Brasília | ano 56 | nº 223
julho/setembro – 2019

A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado

JOÃO PEDRO KOSTIN FELIPE DE NATIVIDADE

Resumo: O objetivo desta investigação é analisar o estado da arte da matéria responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas e sugerir a resolução do Recurso Extraordinário nº 136.861, que envolve pleito de reparação por danos decorrentes de explosão de loja de artigos pirotécnicos em zona residencial, Tema de repercussão geral 366. Sustenta-se que a modalidade de responsabilização estatal por omissão deve ser objetiva e que, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal deve prover o recurso, fixando que, se o ente federativo cobra taxa de fiscalização, é de sua responsabilidade a reparação dos danos causados em razão de omissão no exercício do correspondente poder de polícia da atividade em questão.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Fiscalização. Tema 366. RE nº 138.861.

The resolution of Case 366 (STF) and its consequences for state liability in omission cases

Abstract: The objective of the investigation is to analyze the state of the art regarding state liability in omission cases and to suggest the resolution of Extraordinary Appeal n. 136.861, which involves a claim for damages due to the explosion of a fire shop in a residential area, Case 366. It is concluded that liability must be strict, and, in this case, the Court must accept the appeal, stating that if there is an inspection fee, then the State is responsible to repair damages caused by its omission in caring out surveillance of the whole activity.

Recebido em 22/4/19
Aprovado em 4/6/19

Keywords: State liability. Omission. Surveillance. Subject 366. RE n. 138.861

Introdução

Este estudo examina o Recurso Extraordinário (RE) nº 136.861 (BRASIL, 2008), Tema de repercussão geral 366, pendente na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), à luz das doutrinas em matéria de responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas.

Em um primeiro momento, no tópico 1, para a construção das premissas e bases teóricas que fundamentam a análise de caso, discorre-se sobre os fundamentos e objeções acerca das três principais correntes, uma firmando que a responsabilidade estatal seria subjetiva, outra que haveria regime dual de responsabilização a depender do tipo de omissão, e uma terceira sustentando que o Estado responderia sempre objetivamente.

No tópico 2, elencam-se sinteticamente os fatos e argumentos apresentados no RE nº 136.861, que diz respeito à explosão de estabelecimento que comercializava artigos pirotécnicos em zona residencial no município de São Paulo, para, ao final, no tópico 3, eleger a modalidade de responsabilidade civil aplicável à hipótese e sugerir uma proposta de resolução do caso alinhada às premissas conceituais definidas.

1 Teorias acerca da responsabilidade civil do Estado por omissão: estado da arte

A responsabilidade civil do Estado por omissão, tema de fértil discussão e de relevante aplicação nas Cortes brasileiras, encontra-se rodeado de vozes dissonantes na doutrina nacional e na jurisprudência.¹ Três são as principais correntes identificadas: uma defende a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de condutas omissivas; outra sustenta a responsabilidade objetiva para omissões próprias/específicas, mas subjetiva para omissões impróprias/genéricas; e, por fim, uma terceira estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado, em qualquer hipótese.

A primeira das três correntes é encabeçada na literatura especialmente pela obra e pensamento de Mello (2013, p. 1.019-1.034), que foi seguido por outros autores de relevo nacional.² Segundo essa corrente, para haver responsabilização estatal por danos decorrentes de condutas omissivas, além dos elementos inação, dever de agir, nexo de causalidade e dano, afirma-se necessária a caracterização de um quinto elemento, a culpa que, traduzida em negligência, imprudência ou imperícia, alberga, além disso, o conceito de dolo.

¹ Ver Hupffer, Naime, Adolfo e Corrêa (2012); Schuta (2009).

² Ver, por exemplo, a obra de Di Pietro (2005).

A responsabilização seria, então, subjetiva. Mas como aferir, *in concreto*, se o Estado agiu culposamente? A resposta mais simples seria apontar o comportamento de seus agentes. Entretanto, como se fala de inação, nem sempre um agente estará necessariamente envolvido. Por essa razão, os defensores dessa primeira corrente incorporaram à teoria da responsabilidade subjetiva traços da doutrina francesa da *faute du service*, indicando que, para haver responsabilização, deveria haver culpa pelo não funcionamento de serviço prestado pelo Estado.³

Para exemplificar, vejam-se os fatos descritos no agravo regimental no RE nº 633.138/DF (BRASIL, 2012), que não foi conhecido pelo STF em razão da Súmula 279⁴ da Corte. No caso, uma professora sofrera agressões físicas e verbais de um aluno dentro da sala de aula numa escola pública do Distrito Federal, e o Tribunal *a quo* decidiu que o Estado deveria ser responsabilizado pelo não funcionamento ou pelo funcionamento insuficiente, inadequado ou tardio do serviço de segurança pública, evidenciado ante a negligência do ente federativo na vigilância no período de aulas. A lesão ao direito da cidadã ofendida, aliada ao dever da administração de prestar serviço de segurança, por si só, não seria suficiente para ensejar a reparação, que foi concedida graças ao reconhecimento da culpa administrativa. As objeções a essa posição serão tratadas mais à frente.

A segunda corrente pode ser representada pela obra de Cavaliere Filho (2014, p. 296-301). Para o autor, a responsabilidade do Estado em razão de condutas omissivas apresenta regime jurídico dual, objetivo para omissão própria (ou específica) e subjetivo para omissão imprópria

³ Não se menciona o funcionamento tardio ou o mau funcionamento porque tais situações são interpretadas, pelo menos aqui, como hipóteses comissivas, e não omissivas.

⁴ “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL, 1963).

(ou genérica). Pressupõe-se, assim, a existência de dois tipos de omissão e dois regimes jurídicos de responsabilização.

A omissão específica se caracteriza pela criação das condições para a ocorrência de um evento danoso, quando, em realidade, o Estado teria o dever jurídico de impedi-lo (HUPFFER; NAIME; ADOLFO; CORRÊA, 2012). É situação análoga à dispensada à omissão própria no direito penal, mas na conjuntura é o Estado que ocupa a posição do chamado garantidor. Assim, “a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298).⁵ É possível exemplificar essa abstração com o dever imposto ao Estado de custódia dos presos e de guarda de crianças e jovens em escolas públicas e abrigos infantis. O STF, inclusive, já se deparou com o tema ao julgar o RE nº 580.252/MS (BRASIL, 2017b), em matéria de repercussão geral quanto à responsabilidade do Estado por força de violações a direitos fundamentais de detentos em estabelecimentos carcerários, e fixou a Tese nº 365.⁶

A omissão imprópria ou genérica, por sua vez, materializa-se quando “não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 298). O Estado, nesse cenário, não teria um dever específico, mas um dever genérico, que

⁵ Sobre o tema, ver também Castro (1997).

⁶ “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento” (BRASIL, 2017b, p. [2]).

apenas acarretará responsabilização com a comprovação da culpa anônima do serviço público. Os defensores dessa corrente, assim, compreendem que a omissão imprópria não é causa direta e imediata do dano, mas uma condição para sua ocorrência, o que justificaria a dualidade de regimes de responsabilização. Para ilustrar, considerem-se as moradias situadas em morros e ribanceiras, zonas de risco em que deslizamentos de terra são frequentes em razão de chuvas e alagamentos. Com base nessa teorização, ocorrendo o desabamento de uma residência, a interpretação dispensada, num primeiro momento, seria de que fatos naturais foram a causa direta e imediata do dano. Somente num segundo momento, eventual inação estatal, reputada possível condição do evento danoso, haveria de ser apurada para aferir se o serviço público não funcionou e, em caso de resposta positiva, poderia então incidir a responsabilização do Estado. Ou seja, tivesse o serviço funcionado, a hipótese ficaria à míngua de reparação.

A primeira corrente, de viés subjetivista, recebe objeções que podem ser dirigidas, igualmente, à segunda posição. Entre as principais estão: (a) inadequada associação do conceito de ilicitude ao conceito de culpa; (b) indevida equiparação entre a doutrina francesa da *faute du service* e a responsabilidade subjetiva do Estado; (c) ausência de suporte constitucional para defesa de um regime jurídico dual de responsabilidade civil do Estado; e (d) enfraquecimento da proteção normativa dos direitos fundamentais.

Sobre o ponto (a), é corriqueira, mas indevida, a associação entre culpa e ilicitude. Mello (2013, p. 1.029), por exemplo, constata, com acerto, que a responsabilidade do Estado por omissão é sempre responsabilidade por comportamento ilícito, pois pressupõe violação a um dever, mas agrega a conclusão, reputada incorreta, de que não haveria conduta ilícita do Estado que não fosse proveniente de culpa ou dolo. A culpa, nessa visão, corresponderia ao não atendimento a um dever de agir delimitado na norma jurídica, o que na verdade retrata confusão da “averiguação de culpa (ou dolo) com a própria verificação da ação (ou omissão)” (GABARDO, 2003, p. 265), pois o dever de agir serve, justamente, para constatar se a conduta omissiva do Estado é (ou não) juridicamente qualificada para ensejar sua responsabilização, nada tendo que ver com culpa (BEDONE, 2011). Disso derivam duas premissas: (a.i) “não é possível admitir um ato estatal omissivo lícito” (GABARDO, 2003, p. 268) e (a.ii), inexistindo ofensa a dever de agir, sequer é possível falar de omissão relevante para o Direito.

Quanto à objeção (b), normalmente a hipótese de responsabilidade subjetiva do Estado é associada à doutrina francesa da *faute du service*, exigindo-se prova de culpa para que haja responsabilização estatal. Isso se deve, em primeiro lugar, à má importação e consequente má aplicação da

teoria da *faute du service*. No Brasil, o vocábulo *faute* foi equivocadamente apropriado como culpa. No entanto, na França, onde se originou, seria tão somente a conduta contrária a uma norma jurídica, não havendo referência a qualquer elemento subjetivo. Além disso, no Direito francês, a doutrina atende a finalidade diversa daquela a que se presta no Brasil. Se, por aqui, justifica a subjetivação da responsabilidade estatal decorrente de condutas omissivas, lá é utilizada para identificar as hipóteses em que a Administração Pública deve ser acionada sozinha ou em solidariedade com um agente para reparar o cidadão, tanto em situações comissivas quanto omissivas. Em outras palavras, sua finalidade é destrinchar e resolver eventual atribuição, sobreposição e/ou cumulação de responsabilidades entre Administração e agente(s) público(s). Em nada a *faute du service* implica a responsabilização subjetiva do Estado, até porque na França se admite e se reconhece a responsabilidade civil do Estado por omissão (HACHEM, 2014b).⁷

O terceiro ponto (c) respeita aos contornos do regime administrativo de cada ordenamento jurídico. No caso, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, [2017a]), em seu art. 37, § 6º, apresenta o seguinte enunciado normativo⁸ quanto à responsabilidade civil do Estado: “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”. Não se extrai desse enunciado qualquer diferenciação entre o regime jurídico aplicável à responsabilidade estatal por condutas omissivas e comissivas, pelo que se pode dizer que o regime jurídico-administrativo de responsabilidade civil do Estado no Brasil é objetivo.⁹

É verdade que, em tese, os defensores da responsabilidade subjetiva alegam que a utilização da locução *causarem* direcionaria, unicamente, a condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado seria apenas condição do dano, e não sua causa.¹⁰ Mas esse argumento desconsidera

⁷ Ver também Gabardo e Hachem (2010).

⁸ Sobre a diferença entre enunciado, norma e proposições normativas, ver Alchourrón e Bulygn (1991).

⁹ “A opção do Constituinte foi, indelevelmente, o modal ‘O’, obrigatório, conforme se pode depreender da leitura do artigo 37, § 6º. Assim, qualquer outra compreensão será: i) ou fundada em modal deontico diverso; ii) ou fundada em modal alético, sem amparo deontico; iii) ou fundada em sistema normativo diverso; iv) ou fruto de algo que não consubstancia a opção do Constituinte. Em nenhuma dessas opções se admite a prolação de argumento sólido com base no que se encontra previsto na Carta da República brasileira” (ALBERTO, 2016, p. 21).

¹⁰ Nesse sentido, “se o Estado não é o autor do dano, em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado” (MELLO, 2013, p. 1.031).

que a omissão é também causa do dano, desde que analisada com base numa investigação apropriada, inversa à utilizada para aferir a causalidade entre condutas comissivas e dano(s), que considere a causa também em sua vertente normativa. É que uma das fases da análise causal passa pela aplicação da teoria *conditio sine qua non* (RAMOS; NATIVIDADE, 2017)¹¹, por meio da qual se realiza a exclusão hipotética da conduta comissiva X para verificar se o resultado danoso Y ainda ocorreria. Se, excluída a conduta X, desaparecer o resultado Y, então há indícios de que X possivelmente é causa de Y, o que será apurado de modo aprofundado nas fases seguintes da averiguação. No caso da omissão, esse raciocínio deve operar de modo inverso. Como se está a falar de situações que não operaram faticamente, em vez de realizar a exclusão hipotética da conduta omissiva X, deve o operador imaginá-la hipoteticamente, como se tivesse ocorrido. Assim, se materializada a conduta X, desaparecer o resultado Y, então há indícios de que X possivelmente é causa de Y.

É evidente que não se está a falar que a omissão será necessariamente causa fática do dano¹², pois não se pode ignorar o óbvio. É evidente que a causa direta e imediata do desabamento de uma moradia localizada em uma encosta, como no exemplo citado, é a chuva – um fato natural. Ocorre que, diante da existência de um dever de agir imposto ao Estado, cujo beneficiário é a sociedade, pode-se afirmar que, normativamente, a omissão estatal é causa jurídica do dano, pois havia um dever de impedir aquela situação (o desabamento) (BEDONE, 2011).¹³ Também não se ignore que há situações em que a conduta omissiva estatal terá sido, efetivamente,

a causa fática do dano. Por exemplo: o Estado tem o dever constitucional de proceder, anualmente, à revisão do vencimento dos agentes públicos, por força do disposto no art. 37, X, da CRFB. Não o fazendo, incorre em omissão, que é causa direta de dano de natureza pecuniária (GABARDO, 2003, p. 280). O mesmo se passa quanto à prestação do serviço público relativo à educação, insculpido nos arts. 6º e 205, da CRFB: “a ausência da prestação do serviço por inexistência de vaga em escola pública constitui, por si só, a omissão causadora do dano” (HACHEM, 2014a, p. 298, tradução nossa).¹⁴

Por fim, a objeção (d) talvez seja a menos perceptível e, ainda assim, a mais relevante. Em tese, os direitos constitucionais devem ser plenamente assegurados, bem como promovidos, em sua máxima medida, especialmente aqueles que integrem o rol de direitos fundamentais, formal ou materialmente.¹⁵ Diante disso, a defesa de teorias subjetivistas para a responsabilidade omissiva do Estado caminha, justamente, em sentido contrário a essa missão, por duas razões. Primeiro, porque admitir e exigir a prova da culpa para caracterizar a responsabilidade omissiva do Estado significa subverter a ótica protetiva prevista na Constituição, pois claras violações a direitos fundamentais não seriam reparadas, a menos que evidenciado e reconhecido o elemento subjetivo. Em outras palavras, as teorias que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de condutas omissivas e as que sustentam a responsabilidade objetiva para omissões

¹⁴ Ver também Brunini (1981, p. 62).

¹⁵ Sobre esta questão, é relevante esclarecer a possível associação entre responsabilidade civil do Estado e o conceito de mínimo existencial. O mínimo é um piso, não um teto máximo. Assim, é evidente que sua não observância pelo Estado impõe a responsabilização da Administração pela reparação. Afirmar, no entanto, que apenas a inobservância do mínimo, no âmbito dos direitos sociais, geraria responsabilidade é equivocado, pois há direitos sociais previstos além do mínimo. Ver, nesse sentido, Hachem (2013, 2014a); Sarlet e Zockun (2016); Bitencourt Neto (2010); Rodríguez-Arana Muñoz (2015).

¹¹ Ver também Frota (2013, p. 63).

¹² Sobre a distinção entre causalidade fática e causalidade jurídica, ver Wedy (2014).

¹³ Sobre a temática, ver também Carvalho (2015); Coutinho (2014).

próprias/específicas, mas subjetiva para omissões impróprias/genéricas admitem a possibilidade de que danos decorrentes de violações a direitos fundamentais fiquem à míngua de reparação, em estado de irreparabilidade, ante a ausência de prova da culpa (ALBERTO, 2016, p. 12). Segundo, porque conferem tratamento diferente a violações de mesma natureza. Se uma conduta comissiva do Estado ofende o direito fundamental X e gera o dano Y, aplica-se a responsabilidade objetiva, dispensando-se prova de culpa pelo particular. No entanto, se uma conduta omissiva do Estado viola esse mesmo direito fundamental X e gera esse mesmo dano Y, exige-se prova da culpa. Não há sentido na distinção (ALBERTO, 2016, p. 12), pois nos dois casos se reconhece o mesmo dano e a ofensa ao mesmo direito, afastando-se a reparação tão somente pela eventual não comprovação do elemento subjetivo culpa.¹⁶

Tais considerações conduzem, evidentemente, à adesão à terceira corrente, que estabelece a responsabilidade civil objetiva do Estado em qualquer hipótese, independentemente de estar em questão uma conduta comissiva ou omissiva, posição que encontra amparo constitucional e é sustentada na doutrina (MEDAUAR, 2005, p. 450; BACELLAR FILHO, 2007, p. 241-244; HACHEM, 2014a). Dizer isso significa afastar a culpa como elemento de responsabilização, restando ainda os seguintes: conduta, dano, dever de agir e nexos de causalidade. Mas essa corrente não é imune a críticas, e aqui serão abordadas três: (a) a responsabilidade objetiva por omissão tornaria o Estado um segurador universal para quaisquer danos alegados por particulares; (b) a fixação da responsabilidade objetiva para condutas omissivas teria impacto econômico

¹⁶ Essa situação é sintomática de um fenômeno mais amplo, o da utilização dos direitos sociais como apelos retóricos, em tentativa de legitimação argumentativa que induz os destinatários à compreensão falseada do que realmente sucede (SAMPAIO, 2015).

sobre o comportamento legislativo, freando e desincentivando a edição de legislação em matéria de direitos sociais; e (c) o fundamento da responsabilidade objetiva seria o risco administrativo, o que deixaria fora de seu escopo atividades teoricamente sem riscos.

A afirmação de que o Estado se tornaria um segurador universal (a) não encontra guarida nos próprios meandros da doutrina objetivista. Como se disse, continua necessária a configuração dos demais pressupostos da responsabilidade civil. O dano deve ser antijurídico, certo, anormal e especial (MARTINS, 2010; BACELLAR FILHO, 2007, p. 236). A conduta, para caracterizar omissão juridicamente relevante, deve estar amparada pela violação a um dever de agir, que, por sua vez, decorre normalmente da lei ou da Constituição. Afora isso, a objetivação da responsabilidade estatal não se confunde com a teoria do risco integral, uma vez que a opção do constituinte foi responsabilizar a Administração por sua atividade administrativa. Tivesse optado o constituinte pela doutrina do risco integral, o argumento teria alguma pertinência, pois, se fixado o nexo entre dano e conduta, não seria admitida sua interrupção, nem a alegação de eventuais excludentes de responsabilização.¹⁷ Como não é o caso, e o Estado bem pode utilizar tais defesas, não se sustenta o argumento de que a responsabilidade objetiva por condutas omissivas faria do Estado um segurador universal.

A segunda objeção (b) situa-se no plano econômico, pois diz respeito às consequências que a fixação da responsabilidade como objetiva teria sobre o comportamento legislativo. Seria possível imaginar que a remoção do filtro doutrinário/jurisprudencial “culpa” teria

¹⁷ É o que ocorre, por exemplo, com a responsabilidade civil do Estado em razão de atividade nuclear. Ver art. 21, XXIII, *d*, da CRFB.

impacto sobre a edição de legislação atinente a direitos sociais, pois o legislador estaria formatando deveres de agir exigíveis do Estado, que, caso descumpridos, poderiam ensejar reparação e, conseqüentemente, desfalcar monetariamente o erário.¹⁸ Por si, esse argumento é criticável por retratar uma conjectura e porque considera unicamente a esfera econômica, despida de juridicidade.¹⁹ Se a CRFB prevê a responsabilidade como objetiva, então objetiva a responsabilidade há de ser. Foi o próprio legislador constituinte que fixou o enunciado normativo do qual decorre a norma fixando a responsabilização sem culpa. Não houvesse essa intenção, bastaria especificar que a hipótese do art. 37, § 6º, da CRFB, somente se aplica a condutas comissivas. Além disso, há vasta legislação infraconstitucional regulamentando direitos sociais – a título de exemplo, cite-se os direitos à saúde e à educação – e a própria CRFB os prevê e os esmiúça em algumas passagens, como em seu art. 230, § 2º, ao prever a gratuidade do transporte coletivo urbano para os maiores de sessenta e cinco anos.²⁰ Assim, mesmo prevendo certa inércia legislativa em decorrência de uma guinada jurisprudencial, o atual estado da arte legislativo, embora longe do ideal, não pode ser qualificado como absolutamente insuficiente em matéria de direitos sociais. Basta que as previsões da lei e da CRFB sejam realizadas, e aí a história é outra.²¹

Por fim, o ponto (c) – o fundamento da responsabilidade objetiva seria o risco administrativo, o que deixaria fora de seu escopo atividades teoricamente sem riscos – não representa propriamente uma objeção, mas uma das formas de fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado. Justificá-la com base na teoria do risco administrativo é condizente com as situações decorrentes de atividades administrativas que efetivamente envolvam riscos. No entanto, nem toda atividade estatal produz riscos. A ausência de uma escola pública em zona interiorana rural não é ríscosa,

¹⁸ Aqui convém ressaltar que economia é um método de investigação, e não um objeto de estudo em si mesmo, a menos que se investigue o próprio método (GICO JUNIOR, 2014). Por isso, Robbins (1932, p. 16, tradução nossa) a qualifica como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”. Sobre o tema, ver também Université de Nancy II (2002); Acciarri (2014).

¹⁹ Sobre a utilização de argumentação consequencialista em decisões judiciais, ver MacCormick (2006).

²⁰ “Não cabe a crítica no sentido de que isso converteria o Estado em um ‘segurador universal’. Afinal, não se está exigindo do Poder Público que ele proteja o cidadão contra toda e qualquer intempérie da vida, mantendo-o vivo, saudável e seguro cem por cento do tempo. O que se reclama é que o Estado cumpra com as decisões políticas tomadas pelos representantes do povo a respeito da alocação de recursos públicos. Quando se fala em pretensões jurídicas jusfundamentais que estão explícitas no texto constitucional, nas leis ou em atos administrativos normativos, já se saiu do plano da abstração. Nesse campo já houve deliberação democrática nos espaços políticos institucionais, de sorte que aquelas pretensões específicas claramente garantidas pelo ordenamento jurídico já representam a decisão que resultou do processo democrático” (HACHEM, 2014c, p. 552).

²¹ Sobre a temática, ver Hachem (2014c, p. 12-61).

no sentido estrito da palavra. Mas a omissão do Estado implica (deveria implicar, melhor dizendo) sua responsabilização objetiva de igual maneira. Para esse tipo de situação, fundamento outro há de ser encontrado, e duas possibilidades não excludentes se apresentam: (i) a doutrina da repartição dos encargos públicos; e (ii) o regime jurídico especial da Administração, que concede prerrogativas especiais na mesma medida em que a obriga a sujeições diferenciadas.²²

Em síntese, quanto à primeira possibilidade, se uma atividade administrativa realizada em benefício de todos ensejar danos a um particular, rompe-se a isonomia natural, que é restabelecida por meio da reparação individual. Pode-se compreender que o fundamento está na socialização dos riscos, com amparo constitucional, partindo-se da seguinte premissa: se a sociedade desfruta das vantagens decorrentes da atividade prestada pelo Estado, é também responsável pelos danos causados por essa mesma atividade (HACHEM, 2014b).²³ Sobre a segunda assertiva, “a responsabilização decorre da especialidade do regime jurídico imposto e, portanto, é perfeitamente justificável o seu caráter objetivo”, pois aos poderes e prerrogativas exorbitantes conferidas ao Poder público correspondem responsabilidades

²² Ver Bacellar Filho (2006).

²³ Há, em contrapartida, críticas a essa doutrina: “após o Pós-guerra, essa doutrina passou, contudo, a sofrer graves críticas. Uma das mais contundentes e difundidas foi a de Charles EISENMANN, que critica a generalização do argumento pelo qual o fundamento da responsabilidade do Estado seria a equânime repartição de encargos em virtude do princípio da igualdade e da solidariedade social, que seria compatível apenas com os encargos específicos sofridos para satisfazer um interesse público exposto (ex., em razão de uma obra pública, a recusa de obedecer a uma ordem judicial por razões de ordem pública), não em razão de ilegalidades ou acidentes (ex., como alegar que a sociedade se beneficiou com uma tortura realizada pelos agentes estatais, que, naturalmente, deve acarretar a indenização da vítima). Apenas nos primeiros casos poderíamos dizer que a coletividade é beneficiária das atividades que ocasionaram danos necessários e conscientes a um particular específico, que, portanto, foi desigualmente onerado para propiciar este benefício” (ARAGÃO, 2004, p. 268-269).

de mesma medida (GABARDO, 2003, p. 261-262). Não há relação de exclusão entre esses fundamentos, mas verdadeira convergência, pois um tem como viés a sociedade (repartição dos encargos) e o outro, o Estado (regime jurídico diferenciado). Ambos se comunicam para justificar a objetivação da responsabilidade estatal mesmo quando a atividade exercida não criar riscos.

Diante de tais observações, tem-se que a responsabilidade estatal por condutas omissivas é objetiva, com fundamento diverso do risco administrativo, e exige, para sua configuração, a presença concomitante dos seguintes elementos: a) dano; b) conduta; c) dever de agir; e d) nexo de causalidade.

2 Da síntese fático-processual do RE nº 136.861

Em 9 de junho de 1985, ao redor de meio-dia, no bairro Butantã-Jardim Bonfiglioli, na cidade de São Paulo, uma violenta explosão em uma loja/fábrica de fogos de artifício, localizada nas dependências da garagem de um imóvel residencial, gerou danos ao quarteirão e aos residentes dos arredores, ocasionando a morte de pessoas, a danificação ou perda de bens imóveis e a destruição de bens móveis.

Em meados de 1986, cinco cidadãos ingressaram com ação indenizatória em face do município de São Paulo, alegando, em suma, que os danos sofridos (morais, decorrentes da morte de parentes, e materiais, com base na valoração dos bens danificados ou destruídos e nas despesas empreendidas em razão da explosão) teriam como causa a falha no exercício de fiscalização pelo poder público municipal, ao não impedir o comércio de material nocivo e perigoso em área residencial, e que a responsabilidade do Estado pelo não funcionamento de serviço público, na

hipótese, seria objetiva, estando caracterizados dano e nexo de causalidade.²⁴

A municipalidade contestou o pleito inicial. Em preliminar, denunciou a lide ao proprietário do estabelecimento comercial (loja/fábrica de fogos), argumentando que somente ele seria responsável pelo acidente, por ter armazenado volume de pólvora muito acima do normal, ter instalado fábrica de fogos em local não permitido, ter comercializado artigos pirotécnicos sem autorização das autoridades competentes e ter agido dolosamente quando do pedido de licença de funcionamento, por informar local diverso. Denunciou a lide também à União, fundamentando que a fiscalização do comércio de material bélico – mormente pólvora e artigos pirotécnicos – seria atribuição do ente federal, com base no art. 8º, VII, da Constituição de 1967 (BRASIL, [1985]), e no Decreto Federal nº 55.649/1965 (BRASIL, [1983]).²⁵ No mérito, sustentou que o nexo de causalidade entre a omissão imprópria do município e o resultado danoso teria sido rompido; que, mesmo com eventual indeferimento da licença de localização e funcionamento, a explosão ainda teria ocorrido, pois sua causa seria a grande quantidade de pólvora armazenada, e não o local de instalação do estabelecimento; e que, no caso, não haveria imputação de culpa à municipalidade.

Sobreveio sentença que deu parcial procedência à ação. A improcedência dos pedidos se deu, unicamente, em relação à indenizabilidade de parte dos danos morais pleiteados na inicial

²⁴ Quando da propositura da ação, vigia ainda a Constituição anterior.

²⁵ Depois, em impugnação à contestação, os requerentes refutaram o fato, alegando: “conforme transcrito às fls. 9 da inicial, o sr. Perito Judicial respondendo especificamente sobre este quesito, [...] conclui: ‘A vistoria prévia será realizada impreterivelmente 24 horas após o protocolo do pedido [de licença de localização e funcionamento]. Ora, [...] solicitou o então dono da loja de fogos de artifício a vistoria prévia à ré em 25/03/85, ocasião em que pagou a respectiva taxa [...]. A explosão veio a ocorrer em 09/06/85, ou seja, dois meses e meio depois” (SÃO PAULO, 1988, p. 85-87).

por H. E. Decidiu o juízo que os elementos probatórios demonstraram que o ente municipal se omitiu em dois momentos. Primeiro, quando do requerimento da vistoria *in loco*, prevista na regulamentação do município, pois o agente público responsável teria extinguido o processo administrativo e deixado de realizá-la: “se os funcionários da ré tivessem [...] realizado a vistoria, possivelmente o acidente não teria ocorrido, uma vez que o pedido de licença jamais seria concedido” (SÃO PAULO, 1988, p. 165), por não satisfazer ao requisito legal (Lei nº 7.433/1970) (SÃO PAULO, 1970), especificamente a proibição de que lojas de fogos de artifício estejam localizadas a menos de cem metros de prédios residenciais. Segundo, porque o ente municipal não teria realizado ato de ofício – a fiscalização dos estabelecimentos da região, permitindo que a loja funcionasse sem a licença concedida pelo poder municipal.

Frente aos recursos de apelação interpostos pelos requerentes, pela municipalidade e pelo proprietário do estabelecimento, a quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu dar provimento ao apelo do município. Interpretou o colegiado que a licença não teria sido expedida pela Administração à época do acidente e que a loja estaria operando clandestinamente, isto é, sem autorização da Prefeitura e sem alvará expedido pela Polícia Civil.

Assim, no entendimento do Tribunal, somente teria havido falha do Estado se a licença tivesse sido concedida, o que não teria ocorrido; que a vistoria não teria sido realizada exclusivamente em razão da conduta dos donos da loja de fogos, que não teriam comprovado o pagamento da taxa de licença e funcionamento, razão que teria fundamentado a extinção do processo administrativo²⁶; que, mesmo na

²⁶ Sobre situação próxima, relativa ao silêncio administrativo, ver Saddy e Teixeira (2016).

hipótese de ter sido concedida a licença, a fiscalização do estabelecimento não caberia à administração municipal, mas sim à Polícia Civil, consoante os enunciados dos arts. 10 e 11, do Decreto-lei nº 4.238/1942 (BRASIL, [1977]); que, diante de tais elementos, a sentença não teria logrado êxito em explicar a relação causal entre a suposta omissão no dever de fiscalizar e a explosão ocorrida e, assim, os danos sofridos pelas vítimas decorreriam de incúria dos proprietários da loja, mas não de falha da administração pública municipal.

Diante disso, os requerentes interpuseram RE argumentando que o acórdão contrariou a Constituição, essencialmente o art. 37, § 6º, da CRFB. O Tribunal de Justiça de São Paulo, com fundamento no art. 102, III, a, da CRFB²⁷, admitiu o RE, que em 19 de abril de 1991 foi à conclusão do ministro relator. Anos após, em decisão datada de 17 de dezembro de 2009, o ministro Joaquim Barbosa deu provimento monocrático ao recurso para reformar o acórdão e condenar o município de São Paulo ao pagamento da indenização pleiteada, entendendo que a decisão recorrida se sustentaria em dois fundamentos: um, de que o proprietário da loja seria o único culpado pelo ocorrido, que seria excludente de responsabilidade civil; outro, de que a omissão da Administração teria sido irrelevante para a ocorrência do resultado, ou seja, não haveria liame causal estabelecido.

Quanto ao primeiro argumento, sustentou a decisão que não faria sentido excluir a responsabilidade do Estado em razão da clandestinidade do estabelecimento, pois, como os proprietários comunicaram à municipalidade que estavam exercendo atividade perigosa, o Estado teria o dever legal de fiscalizar o uso do solo urbano e o poder de polícia para fazê-lo, e que a constatação de eventual responsabilidade subjetiva do particular, *in casu*, dos proprietários do estabelecimento, uma vez que há possibilidade de sobreposição de responsabilidades, não teria o condão de afastar, necessariamente, a responsabilidade objetiva do Estado, o que somente ocorreria frente à inexistência de um dever legal de agir (dever geral de cuidado).

Quanto ao segundo fundamento, declarou que, embora caiba ao Exército fiscalizar o comércio de produtos controlados (art. 21, VI, da CRFB) com a cooperação das secretarias de segurança pública estaduais (art. 34, VI, do Decreto nº 3.665/2000 (BRASIL, 2000), que sucedeu ao Decreto nº 55.649/1965), no caso haveria a legislação municipal de São Paulo (art. 3º da Lei nº 7.433/1970), dispondo sobre a localização das lojas de fogos de artifício, legitimada pela competência do município para promover o adequado ordenamento territorial do solo urbano (art. 30, VIII, da CRFB).

²⁷ Registre-se que a ação originária fora proposta sob a égide da Constituição de 1967, mas no tramitar do feito sobreveio a Constituição de 1988, razão pela qual os argumentos esboçados mencionam ora uma ora outra Constituição. Isso é mais bem delineado no item 3.3.

Assim, embora formalmente proceda o argumento relativo à atribuição do dever de fiscalizar a ente diverso da municipalidade, fato é que o município atuara como se responsável fosse, pois a cobrança de taxa de fiscalização implica responsabilidade pela atividade que licencia. Além disso, eventual distribuição ou repartição de competências constitucionais não excluiria a responsabilidade do poder público, cabendo ao ente federativo eventualmente prejudicado ingressar com ação regressiva em face do ente federativo competente para a fiscalização.

Por fim, em raciocínio hipotético, se a administração tivesse agido, exercendo seu dever fiscalizador, poderia ter evitado a ocorrência do evento danoso, pois a observância da Lei Municipal nº 7.443/1970 asseguraria que a loja de fogos estaria situada, no mínimo, a cem metros de distância de imóveis residenciais, ou seja, a explosão até poderia ter ocorrido, mas não seria em rua de bairro predominantemente residencial. Estaria, portanto, configurado nexa causal entre a omissão da municipalidade e o resultado danoso.

Contra essa decisão, o município de São Paulo opôs agravo interno, a que foi dado provimento pela Segunda Turma do STF para fins de reconhecer a repercussão geral da matéria no Tema 366, “Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência”, cassar a decisão recorrida e afetar o julgamento do recurso ao Plenário. Seguiu-se, posteriormente, parecer ministerial favorável ao conhecimento parcial do RE e, neste ponto, por seu provimento. O julgamento do feito foi iniciado, mas por ora está suspenso em razão de pedido de vista do ministro Dias Toffoli.

Os argumentos apresentados podem ser distribuídos em cinco categorias principais, para fins didáticos: (i) responsabilidade subjetiva do proprietário; (ii) especificação do dever de agir

do(s) ente(s) federativo(s); (iii) qualificação da conduta omissiva da municipalidade; (iv) causalidade; e (v) modalidade de responsabilização.

Na primeira categoria, de um lado, há o argumento de que a responsabilidade seria subjetiva do proprietário, sem cumulação da responsabilidade estatal, considerando que armazenou volume de pólvora acima do razoável, instalou a fábrica em local não permitido, operou estabelecimento sem autorização, informou endereço incorreto para a obtenção de licença e não realizou o pagamento da taxa de funcionamento. De outro, argumenta-se que a responsabilidade subjetiva do particular não afastaria a responsabilidade do Estado, uma vez que há possibilidade de sobreposição e porque a responsabilidade estatal seria objetiva (argumento enfrentado no ponto v), facultada a posterior ação regressiva.

Na segunda categoria, afirma-se, por uma parte, que a União seria responsável pela fiscalização do comércio de material bélico (pólvora e artigos pirotécnicos), com base no art. 8º, VII, da Constituição de 1967; no art. 21, VI, da CRFB; nos arts. 10 e 11 do Decreto-lei nº 4.238/1942; e no Decreto nº 55.649/1965, sucedido pelo Decreto nº 3.665/2000. Por outra, sustenta-se que, com base na competência prevista no art. 30, VIII, da CRFB, o município de São Paulo havia editado a Lei nº 7.433/1970 (art. 3º), dispondo sobre a localização de lojas de artigos pirotécnicos, e que o município, assim, teria atuado como se responsável fosse, especialmente por cobrar taxa de licenciamento do estabelecimento. Seria a municipalidade responsável, portanto, pelas atividades que licencia. Além disso, a repartição de competências constitucionais ou legais entre entes federativos não seria oponível aos particulares prejudicados, cabendo ao ente que se julgar lesado ingressar com ação regressiva contra o efetivo responsável.

Na terceira categoria, há a defesa de que não haveria omissão do município, pois a loja

estaria operando clandestinamente, sem autorização da prefeitura e sem alvará expedido pela Polícia Civil. Em sentido contrário, defende-se que haveria, sim, omissão, porque o proprietário teria comunicado ao município o desempenho de atividade perigosa e porque a administração teria o dever legal de fiscalizar *ex officio* o uso do solo urbano e o poder de polícia para tanto.

Na quarta categoria, sustenta-se que a causa da explosão seria a grande quantidade de pólvora armazenada, e não o local de instalação do estabelecimento. Assim, afirma-se que a explosão teria ocorrido mesmo com eventual indeferimento da licença de funcionamento, inexistindo nexo causal entre a conduta do município e o evento danoso. Em contrapartida, também é possível inferir que a causa do evento seria a não fiscalização da administração municipal, o que propiciou a instalação e funcionamento do comércio em área residencial e que, se o município tivesse exercido seu dever fiscalizatório, a loja estaria situada no mínimo a cem metros de qualquer zona residencial, e os danos não teriam ocorrido.

Na última categoria, por um lado, firma-se que a responsabilidade estatal por omissão seria subjetiva. Por isso, inexistiria responsabilidade, pois somente teria havido culpa do município se a licença tivesse sido concedida. Por outro lado, defende-se que a responsabilidade seria objetiva frente ao não funcionamento de serviço público.

3 Uma proposta de resolução do RE nº 136.861

O exame dos argumentos categorizados no tópico 2 é pressuposto a sugerir uma proposta de resolução para o RE nº 136.861. Por isso, à luz das premissas elencadas no tópico 1, passa-se à análise dos elementos ensejadores da responsabilidade civil do Estado por omissão e das razões apresentadas em favor ou desfavor de sua configuração no caso concreto, com a observância da vedação sumular à rediscussão de matéria fático-probatória.

3.1 Modalidade de responsabilidade estatal por condutas omissivas

Previamente ao enquadramento normativo dos elementos fáticos consolidados no processo, cabe ao STF definir, à luz do art. 37, § 6º, da CRFB, qual modalidade de responsabilidade será aplicada nesse caso e, por consequência, qual orientação deverá ser seguida pelos demais órgãos judicantes, por se tratar de decisão proferida em RE com repercussão geral.

A posição (i) que defende unicamente a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de condutas omissivas tende a não ser adotada, já

que no RE nº 580.252/MS se firmou a tese da responsabilidade objetiva estatal para casos de omissão própria (ou específica), compreendendo-se que o Estado tem o dever de proteção dos detentos sob sua custódia em estabelecimentos carcerários. A dúvida residiria, portanto, na eleição da posição (ii), que diferencia a modalidade de responsabilização a depender do tipo de omissão, ou da posição (iii), que prega um regime único de responsabilização objetiva do Estado.

Parte relevante da doutrina, à qual se filia este estudo, entende que o STF deve adotar a corrente (iii), conforme fundamentos já explanados. Portanto, os elementos a serem examinados pela Corte seriam apenas (a) dano, (b) dever de agir, (c) conduta omissiva e (d) nexo de causalidade, que são utilizados como parâmetros nesta proposta de resolução. Não obstante, caso o STF venha a compreender que persiste o regime jurídico diferenciado de responsabilidade, a depender do tipo de omissão, haveria um passo a mais para se estabelecer se a hipótese é de omissão específica ou genérica, o que poderia implicar, por consequência, a presença do elemento culpa na avaliação, entendimento que não se coaduna com a CRFB.

3.2 Dano

No presente caso, a ocorrência de danos aos particulares que ingressaram com a ação é incontroversa, e ficou devidamente consignada no processo, embora parte da indenização pleiteada, especialmente danos morais em favor de um dos requerentes, seja matéria situada fora do escopo do RE, que foi admitido no que respeita ao tema constitucional. O elemento dano, portanto, ficou configurado. Estivesse ausente, não haveria que se prosseguir com a análise.²⁸ Apenas para fins complementares, é relevante mencionar que, para ser passível de reparação, o dano deve ser antijurídico (afeta a esfera de incolumidade do administrado que não tem o dever de suportá-lo), certo (não se tutela o dano hipotético), anormal (supera limites razoáveis de suportabilidade) e especial (não é direcionado a todos em geral, mas a um particular ou grupo de particulares) (BACELLAR FILHO, 2007). Ou, num conceito mais genérico, deve consistir na lesão a um interesse jurídico tutelado.²⁹ Contudo, não convém ingressar na discussão acerca da conceituação do dano, que é terreno de férteis discussões, especialmente no Direito Civil.

²⁸ Não se ignore o fato de que há uma tendência de se pensar em responsabilidade civil também sob o viés preventivo, adentrando a precaução e a prevenção. Sobre essa tendência, ver Faria (2017a, 2017b).

²⁹ Convém aqui observar que, quanto maior for o leque de bens tutelados, maior será a incidência da responsabilização civil estatal. Sobre o fenômeno da constituição de novos direitos e garantias nas Constituições, ver Cassagne (2016).

3.3 Especificação do dever de agir

Aqui, adquire relevância a definição do dever de agir à luz da categoria de argumentos discriminada no tópico 2: responsabilidade pela fiscalização do comércio de material bélico (pólvora e artigos pirotécnicos).

A título de ressalva, é importante registrar que a ação originária fora proposta sob a égide da Constituição de 1967 e, durante a marcha processual, sobreveio em 1988 a CRFB, razão pela qual os argumentos esboçados mencionam ora uma ora outra Constituição. Isso, no entanto, não desacredita a argumentação, especialmente porque, quanto à matéria de fundo – “responsabilidade civil do Estado” e “competência da União” –, há certa compatibilidade entre os enunciados dessas duas Constituições, apesar de diferenças sistêmicas abissais no todo. Além disso, como pressuposto, é sabido que a CRFB inaugura um novo Estado e uma nova ordem jurídica, de imediata aplicação. Nesse sentido, a norma constitucional superveniente prolata efeitos mesmo sob situações jurídicas constituídas antes de sua vigência, a menos que haja regra excepcionando sua incidência na própria Constituição. É a chamada retroatividade das normas constitucionais.³⁰

A par disso, a questão cinge-se ao exame dos enunciados normativos federais (art. 8º, VII, da Constituição de 1967; arts. 21, VI, e 30, VII, da CRFB; arts. 10 e 11, do Decreto-lei nº 4.238/1942, e o Decreto nº 55.649/1965) e municipais (art. 3º da Lei Municipal nº 7.433/1970) envolvidos no processo, para constatar se existe (ou não) um dever de agir estatal na hipótese e, se sim, a qual ente federativo ele compete.

O art. 8º, VII, da Constituição de 1967, e o art. 21, VI, da CRFB tratam normas de competência. O art. 8º atribui à União a organização

e manutenção da polícia federal. O art. 21, por seu turno, atribui-lhe o poder-dever de autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico. Não se extrai diretamente da CRFB qual seria o conceito e abrangência semântica do vocábulo “material bélico”, razão pela qual se lança mão da legislação infraconstitucional de regência, especificamente do Decreto nº 55.649/1965, vigente à época da ocorrência dos fatos (1985). Esse Decreto, em seu art. 1º, logo define: “este regulamento tem por objetivo fixar as normas para a fiscalização da fabricação, [...] armazenamento, comércio e tráfego de armas, munições, petrechos, artigos pirotécnicos, pólvora, explosivos e seus elementos e acessórios” (BRASIL, [1983]). Portanto, o conceito de material bélico insculpido no art. 21 da CRFB abrange a produção, o armazenamento e o comércio de artigos pirotécnicos. Deduz-se, pois, que o dever jurídico estatal de fiscalizar o comércio de artigos pirotécnicos, por força de norma constitucional, compete à União.³¹

Não se descuide de mencionar, também, o Decreto-lei nº 4.238/1942, que, ao dispor sobre “a fabricação, o comércio e o uso de artigos pirotécnicos” (BRASIL, [1977]), estabelece, em seus arts. 10 e 11³², que incumbe à autoridade policial competente a concessão de licença e consequente fiscalização da comercialização de tais artigos. O decreto indica que os chefes de

³¹ Nesse sentido, “a expressão material bélico, *lato sensu*, como empregada na CRFB, designa todo e qualquer tipo de objeto ou instrumento (metralhadora, canhão, revólver, dinamite, bomba, granada), aparelho (avião), carros blindados, navios, submarinos, utilizados pelas forças armadas quando em conflito externo ou na manutenção da ordem interna. [...] A Lei fala também em fiscalização e esta se insere no poder de Polícia do Estado. Só a União é competente para autorizar a produção e o comércio de material bélico” (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 1.357).

³² “Art. 10. Nenhuma casa comercial ou particular poderá expor à venda, a varejo ou por atacado, os produtos constantes do presente decreto-lei, sem licença prévia da autoridade policial competente, de acordo com instruções que serão baixadas pelos chefes das Polícias do Distrito Federal e dos Estados; [...] Art. 11. Compete a fiscalização deste decreto-lei às autoridades policiais” (BRASIL, [1977]).

³⁰ Ver Tavares (2006).

polícia estaduais e do Distrito Federal são responsáveis pela edição de instruções relativas ao tema. Consequentemente, é possível interpretar que, embora constitucionalmente caiba à União o controle e a fiscalização de artigos pirotécnicos, demanda-se a cooperação dos Estados por meio das Secretarias de Segurança Pública estaduais. Ainda que esse decreto seja anterior às Constituições de 1967 e 1988, bem como ao Decreto nº 55.649/1965, não há incompatibilidade que demande a extirpação de normas da lei anterior.

Até o presente, veja-se que há referência à União e aos Estados. Mas em que pé fica o município, ocupante do polo passivo na demanda? Consoante definido no art. 30 da CRFB, compete ao município “legislar sobre assuntos de interesse local” (inc. I) e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (inc. VIII) (BRASIL, [2017a]). Nesse sentido, a Lei Municipal nº 7.433/1970 dispõe sobre “localização e funcionamento de estabelecimento que comercie com fogos de estampido ou de artifício” (SÃO PAULO, 1970), e define que o funcionamento de comércio de artigos pirotécnicos na cidade de São Paulo sujeita-se à licença prévia de instalação, expedida pelo órgão municipal competente; que a concessão da licença depende de vistoria prévia; que a licença não será concedida se desrespeitadas condições específicas de localização, uma delas a distância mínima de cem metros de área residencial; e que há sanção administrativa de multa para as infrações à lei.

A legislação municipal, no caso, por questões de competência, não poderia divergir da legislação federal regulamentando a temática.³³ Observe-se que não há conflito entre a legislação federal e a municipal, e o município não está a fugir de sua esfera de competências constitucionais. Situação diferente seria, por exemplo, se o município tivesse proibido o comércio de artigos pirotécnicos na cidade de São Paulo, pois aí haveria situação análoga àquela descrita no Recurso em Mandado de Segurança nº 5.751 (BRASIL, 1995), a cargo do Superior Tribunal de Justiça.³⁴ Na hipótese, o município apenas definiu os lugares onde estabelecimentos de artigos pirotécnicos devem situar-se, para assegurar a preservação da saúde e segurança da população, mas não invadiu a esfera de competência da União. Quanto à localização dos citados comércios na cidade de São Paulo, caberia mesmo ao município dispor e, igualmente, fiscalizar, porque

³³ Além das questões suscetíveis na hipótese, também o art. 256, § 1º, do Decreto-lei nº 55.649 era explícito: “§ 1º As legislações policiais e das prefeituras não poderão divergir da presente regulamentação, de vez que cabe à União legislar sobre o assunto” (BRASIL, [1983]).

³⁴ Naquela hipótese, o prefeito do Rio de Janeiro havia expedido o Decreto nº 12.840/1994, proibindo a venda de armas de fogo no território municipal, o que colidia diretamente com a legislação federal, que a permitia.

editou legislação assumindo para si atividade licenciadora e cobrava taxa de fiscalização.

A cobrança de taxa adquire sensível relevância, uma vez que, conceitualmente, taxa é um tipo de tributo que consiste numa contrapartida à prestação, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis ou ao exercício do poder de polícia, conforme art. 145, II, da CRFB. Diante disso, *in casu*, por força da cobrança de taxa de fiscalização específica, caberia ao município de São Paulo, nos limites de suas atribuições locais, constantes da Lei Municipal nº 7.433/1970, exercer poder de polícia³⁵, considerando que há uma limitação a um direito individual de livre iniciativa (o comércio não pode situar-se em qualquer local, mas no mínimo a cem metros de zona residencial), licenciamento da atividade, consequente e necessária fiscalização para observância dos limites/comandos impostos e eventuais sanções em caso de descumprimento. Dito isso, embora houvesse um dever de agir atribuído à União, também havia um dever de agir atribuível ao município de São Paulo, de fiscalizar a comercialização de artigos pirotécnicos nos limites previstos na lei local.

Seria possível adentrar questões fáticas, como verificar se a taxa de licenciamento e funcionamento havia sido efetivamente paga pelo proprietário, ou se teria havido comunicação de informações inverídicas para obtenção da licença, entre outras. Mas, além de ser vedado o reexame fático-probatório em RE, tais ques-

³⁵ “[P]ode-se dizer que o poder de polícia consiste em: o comando/ordem de polícia, definindo o limite ou a condição para o exercício de uma liberdade ou de um direito individual, em prol do atendimento ou do não distúrbio do interesse geral; o consentimento de polícia, por provocação ao particular, requisitando uma licença, autorização, permissão ou concessão; fiscalização de polícia, pela qual a Administração, sem necessidade de provocação, verifica a observância dos limites impostos no comando/ordem ou no consentimento de polícia; e por fim, se necessária, a sanção de polícia, que depois do devido processo legal, é aplicada nos casos de violação aos limites impostos” (SADDY, 2012, p. 262).

tões são também desnecessárias ao deslinde da causa, pois, conforme já se delineou, adota-se a doutrina da repartição dos encargos públicos como fundamento da responsabilidade civil. Por isso, a administração municipal deveria exercer a fiscalização dos comércios de artigos pirotécnicos em São Paulo, indistintamente, já que essa atividade era e é custeada por taxa municipal, o que pressupõe, por conseguinte, o exercício do poder de polícia em seu viés fiscalizatório dentro das atribuições locais.

O fato de o proprietário do estabelecimento, no caso, ter ou não efetuado o pagamento da taxa é irrelevante, pois o poder de polícia fiscalizatório haveria de ser efetuado mesmo assim. Reforçando essa posição, veja-se que a própria Lei nº 7.433/1970 estabeleceu sanção administrativa para as hipóteses de descumprimento de suas disposições. Ora, qual seria o sentido da sanção caso inexistisse fiscalização? De outra feita, se o município tinha a faculdade de limitar uma liberdade individual, há de ser responsabilizado, em contrapartida, quando não fiscaliza limitação por ele mesmo imposta, pois de suas prerrogativas especiais irradiam responsabilidades também diferenciadas.

A par dessas considerações, afigura-se presente dever de agir, bem como hipótese de concorrência de responsabilidades, entre União e município. Reconhece-se, no entanto, que eventual repartição de competências não é oponível ao particular, cabendo a discussão em eventual ação regressiva.

3.4 Qualificação da conduta omissiva

A omissão juridicamente qualificada se aperfeiçoa em dois momentos, um material e outro formal.³⁶ O primeiro opera no mundo fático e

³⁶ “A doutrina espanhola costuma afirmar que, para se configurar uma inação juridicamente relevante, são neces-

consiste numa situação de inércia no plano real. Poder-se-ia dizer, por exemplo, que o Estado foi inerte ao não fornecer alimentação para crianças de classe média alta em uma escola particular. A afirmação até pode ser verídica, mas somente adquire relevância para o direito se o segundo momento também operar. Aqui se insere o dever de agir qualificado no item 3.3, ou seja, somente há omissão juridicamente relevante se for imputado ao Estado um dever de agir. No exemplo acima, é evidente que não há omissão qualificada, pois não há o referido dever de agir. Situação diferente ocorreria, no entanto, se a administração competente deixasse de fornecer merenda em uma escola pública de período integral.

No caso em tela, conforme descrito no tópico 2, não houve exercício de fiscalização pelo município, embora houvesse um dever de agir imputável à municipalidade. Por dedução, encontra-se presente uma omissão juridicamente relevante e deve-se prosseguir ao passo seguinte.

3.5 Causalidade

A constatação de uma omissão juridicamente relevante e a verificação de danos acometidos aos particulares, por si sós, são ainda elementos insuficientes para a caracterização da responsabilidade civil do Estado. É necessário, além disso, que esses dois elementos se encontrem conectados por um liame causal, que, no caso, está presente.

sários dois elementos: (i) um material – a constatação, no mundo dos fatos, de uma situação de passividade ou inércia da Administração; e (ii) um formal – a infração de um dever legal ou constitucional de agir, que torna antijurídica a omissão material. Se não há dever legal ou constitucional de agir (elemento formal), não há omissão e por consequência não há responsabilidade. Isso ocorre não porque da conduta omissiva não possam surgir efeitos jurídicos de forma direta, mas porque nesse caso a inação é irrelevante sob o ponto de vista do Direito” (HACHEM, 2014b, p. 18).

A conduta omissiva da Administração municipal – não fiscalização da comercialização de artigos pirotécnicos em São Paulo – resiste à aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, pois, se realizada a ação imputada pelo dever de agir – fiscalizar os estabelecimentos que comercializem artigos pirotécnicos –, o acidente e, por consequência, o evento danoso, não teriam ocorrido; ao menos, não da forma que ocorreram. É que o evento se deu ao lado de uma residência, quando a norma do município previa distância mínima de cem metros em relação a zonas residenciais. Estivesse o comércio situado em local regular, afastado de moradias, em conformidade à legislação municipal, até poderia ter havido explosão, mas os danos acometidos aos moradores não teriam se materializado. O exercício eficiente do poder de polícia teria, assim, operado para evitar o resultado.³⁷

Há ainda um segundo aspecto a ser registrado. A conduta do Estado somente poderia ser causa se houvesse um dever prévio de impedir o resultado, pois, do contrário, subverter-se-ia a lógica reparatória da responsabilidade civil em um sistema segurador universal.³⁸ Consequentemente, na hipótese, até pode ser que o armazenamento de pólvora em quantidade elevada seja causa fática do evento danoso, mas,

³⁷ A concretização da causalidade, no âmbito atual da responsabilidade civil do Estado, é indesejável, pois retrata a ocorrência do dano. Nesse sentido, idealisticamente, não se adota medidas de prevenção e precaução para evitar resultados danosos, desde que efetuada prévia ponderação entre os bens constitucionais igualmente tutelados. Nesse sentido: “o princípio da precaução deve ser aplicado, como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública, sempre com a observância do princípio da proporcionalidade e dos seus vetores da vedação de excesso e de inoperância. A ponderação de valores deve ser realizada quando, na aplicação do princípio, estiverem em conflito bens constitucionalmente protegidos” (WEDY, 2014, p. 209).

³⁸ Para evitar tal situação, de um lado há quem defenda a reserva do possível – ou a chamada possibilidade material de agir – como espécie de excludente de responsabilidade civil (FREITAS, 2006). De outra parte, há igualmente a refutação a tal argumentação, premissas às quais este estudo adere (PEREIRA, 2009, p. 70-83).

frente à existência de um dever de agir, a conduta omissiva da municipalidade é causa jurídica/normativa do dano, pois havia um dever jurídico, reconhecido em norma editada pelo município. Nesse sentido, objetivamente deve o município responder pelo dano frente aos lesados, pois está presente nexo de causalidade entre a omissão e o resultado danoso, bem como os demais elementos que ensejam a responsabilização civil do Estado, com a consequente reparação dos particulares.

Contudo, é facultado ao município ingressar com ação regressiva em face do proprietário do estabelecimento, caso entenda presentes elementos que caracterizem sua culpa, conforme parte final do art. 37, § 6º, da CRFB. Por isso, a inquirição relativa à responsabilidade subjetiva do proprietário, com análise dos fatos imputados ao dono do estabelecimento (armazenamento de pólvora em volume inapropriado, instalação do comércio em local não permitido, funcionamento sem autorização das autoridades competentes, comunicação de informações indevidas e não pagamento da taxa de fiscalização, por exemplo), haverá de ser realizada neste outro momento, o da ação de regresso.

Conclusão

Não convém reprimir as premissas e conclusões parciais alinhavadas ao longo do artigo, mas sim direcionar a proposta de resolução empreendida no tópico anterior. Nesse sentido, quanto ao caso concreto, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deve ser reformado pelo STF para responsabilizar o município de São Paulo e conceder a reparação pleiteada na ação originária. A decisão da Corte, além disso, também deve definir a tese referente ao Tema 366, contemplando a universalização da situação narrada no processo, para aplicação uniforme no Judiciário. Por isso, conforme construção teórica realizada neste estudo, deve o Supremo definir que, sendo dever do Estado o exercício do poder de polícia em decorrência da cobrança de taxa de fiscalização, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da CRFB, a reparação dos danos causados em razão de omissão no cumprimento da correspondente fiscalização.

Trata-se de uma aguardada guinada à objetivação, pois, ao prever a responsabilidade civil objetiva do Estado para condutas omissivas, o que a CRFB faz é assegurar aos prejudicados a reparação do dano, seja frente ao Estado, seja frente ao particular responsável. Eleva-se a atenção dispensada à vítima e a seu sofrimento, uma vez que, do contrário, seria ela duplamente penalizada: uma primeira vez ao sofrer o dano, e outra ao ficar à míngua de reparação. O STF deve ater-se a esse direcionamento,

que gira o sistema reparatório sobre seus próprios eixos para focalizar a pessoa, e não o Estado, como seu elemento de referência.³⁹

Sobre o autor

João Pedro Kostin Felipe de Natividade é mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; sócio no escritório Natividade Sociedade de Advogados, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: joaopedro@natividade.adv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 123-147, jul./set. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p123

(APA)

Natividade, J. P. K. F. de (2019). A resolução do Tema 366 (STF) e sua repercussão sobre a responsabilidade omissiva do Estado. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(223), 123-147. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/223/ril_v56_n223_p123

Referências

ACCIARRI, Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A responsabilidade civil exclusivamente objetiva da administração pública: uma abordagem sintática e semântica. *L&C*, Brasília, DF, v. 1, p. 6-21, 2016.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Prólogo de George H. von Wright. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (El Derecho y la Justicia, v. 24).

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 263-273, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45021/44993>. Acesso em: 10 jun. 2019.

³⁹ Sobre a posição do administrado no Direito Administrativo atual, ver Delpiazzo (2014). Sobre os novos papéis, as tendências, os traços e a constitucionalização do Direito Administrativo, ver Correia (2016); Bitencourt Neto (2017); Ohlweiler (2013).

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. 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: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293-336.

BEDONE, Igor Volpato. Reflexões sobre a atualidade do instituto da responsabilidade civil do Estado na conduta omissiva. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 245-281, jul./set. 2011.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Transformações do Estado e a administração pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.49773. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 6 jun. 2019.

_____. *Decreto-Lei nº 4.238, de 8 de abril de 1942*. Dispõe sobre a fabricação, o comércio e o uso de artigos pirotécnicos e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4238.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000*. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Brasília, DF: Presidência da República, 2000. [Revogado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. *Decreto nº 55.649, de 28 de janeiro de 1965*. Dá nova redação ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 1.246, de 11 de dezembro de 1936. Brasília, DF: Presidência da República, [1983]. [Revogado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D55649.htm. Acesso em: 7 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 5.751-8/RJ*. Processual civil. Embargos de declaração. Ausência de pressupostos. Rejeição. Os embargos de declaração têm os contornos delimitados em lei (C.P.C, art. 535), não se prestando ao re julgamento da causa. Autoridade coatora é aquela que edita o ato administrativo impugnado [...]. Embargante: Município do Rio de Janeiro. Embargado: Guns e Security Comércio de Armas Ltda. Relator: Min. Demócrito Reinaldo, 16 de outubro de 1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500236524&dt_publicacao=06-11-1995&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 633.138/DF*. Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Danos morais. Professor. Sala de aula. Alunos. Advertência. Ameaças verbais. Agressão moral e física. Responsabilidade objetiva do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal [...]. Agravante: Distrito Federal. Agravado: Maria de Fátima Ribeiro. Relator: Min. Luiz Fux, 4 de setembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2799406>. Acesso em: 6 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 136.861/SP*. Recorrente: Hatiro Eguti e outros. Recorrido: Prefeitura Municipal de São Paulo. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspx?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+136861%2ENUME%2E%29+>

NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/crcasdh. Acesso em: 6 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 580.252/MS*. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários [...]. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 16 de fevereiro de 2017b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 6 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 279*. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em: 6 jun. 2019.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. (Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, v. 5).

CARVALHO, Délton Winter de. Responsabilidade civil do Estado por desastres naturais: critérios para configuração da omissão estatal face ao não cumprimento de deveres de proteção. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 20, n. 77, p. 137-168, jan./mar. 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/45110/27536>. Acesso em: 6 jun. 2019.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/42/517>. Acesso em: 7 jun. 2019.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Da concretização do direito de proteção contra desastres, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 211-217, jul./set. 2014. DOI: 10.4013/rechtd.2014.62.09. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.09/4306>. Acesso em: 10 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. (Biblioteca Jurídica, v. 3).

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual derecho administrativo: impactos del Estado constitucional de derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40514/26563>. Acesso em: 7 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 117-136, 2017a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/134460>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017b. DOI: 10.21056/aec.v17i69.833. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/833/683>. Acesso em: 10 jun. 2019.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: _____ (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31777/R%20-%20T%20-%20PABLO%20MALHEIROS%20DA%20CUNHA%20FROTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2019.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 240-292.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (org.). *Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298.

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 59-71, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/518/473>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, 2014a. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art07.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

_____. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao professor Jorge Luis Salomoni*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

_____. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 38, p. 1-28, abr./jun. 2014b.

_____. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014c. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 jun. 2019.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 109-129, jan./jun. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100005>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a05.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito).

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 361-390.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*: [de acordo com a Lei 11.079/2004 (parceria público privada)]. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

OHLWEILER, Leonel Pires. Os princípios constitucionais da administração pública e o mundo prático no direito administrativo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 150-168, jul./dez. 2013. DOI: 10.4013/rechtd.2013.52.07. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.07/3935>. Acesso em: 10 jun. 2019.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18234/Dissertacao%20DEPOSITO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jun. 2019.

RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: *quid est et quo vadat?* *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, p. 1-20, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Ramos-e-Natividade-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and the significance of economic science*. 2nd ed. London: Macmillan and Co., 1932. Disponível em: https://mises-media.s3.amazonaws.com/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science_2.pdf. Acesso em: 7 jun. 2019.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44510/27053>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SADDY, André. Taxa de polícia para registrar, acompanhar e fiscalizar atividades minerárias. *Boletim de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 258-272, mar. 2012.

SADDY, André; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade por inatividade da administração pública: um estudo específico do silêncio administrativo. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 109-133, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.263. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/263/626>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais como trufas da maioria. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 226-234, set./dez. 2015. DOI: 10.4013/rechtd.2015.73.02. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02/5018>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SÃO PAULO (Município). Fazenda Pública (4. Vara). *Ação Cível nº 1.438*. Autor: H. E.; G. T.; A. G.; K. M. Réu: Município de São Paulo. Relator: Juiz Anísio Ferreira Barbosa, 2 de março de 1988.

_____. (Município). Lei nº 7.433, de 1º de abril de 1970. Dispõe sobre localização e funcionamento de estabelecimento que comercie com fogos de estampido ou de artifício, e dá outras providências. São Paulo: Gabinete do Prefeito, 1970. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-7433-de-1-de-abril-de-1970/consolidado>. Acesso em: 7 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767>. Acesso em: 7 jun. 2019.

SCHUTA, Andréia. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 75-122, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/694/483>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TAVARES, Marcelo Leonardo. A irretroatividade das normas. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 65-96, 2006. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista34/revista34_65.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.

UNIVERSITÉ DE NANCY II. Centre de Recherches et de Documentation Économiques. *L'analyse économique du droit dans le pays de droit civil: actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Économiques de l'Université de Nancy 2 les 28 et 29 juin 2000*. Sous a direction de Bruno Deffains. Paris: Cujas, 2002.

WEDY, Gabriel. O princípio da precaução e a interrupção do nexó de causalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 199-210, 2014. DOI: 10.4013/rechtd.2014.62.08. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.08/4305>. Acesso em: 10 jun. 2019.