

**REDE DE ENSINO DOCTUM  
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

**THALES TEIXEIRA COSTA**

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE REPARAÇÃO CIVIL  
DO ESTADO**

**CARATINGA – MG**

**2019**

**REDE DE ENSINO DOCTUM  
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

**THALES TEIXEIRA COSTA**

**O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE REPARAÇÃO CIVIL  
DO ESTADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades DOCTUM de Caratinga, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo de Moura Gomes.

**CARATINGA – MG**

**2019**

BRUNO

M

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

FORMULÁRIO 9

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

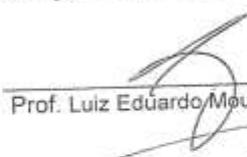
TERMO DE APROVAÇÃO

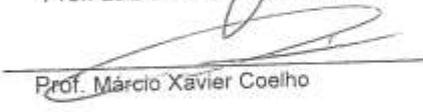
TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso O processo administrativo como mecanismo de reparação civil do estado, elaborado Thales Teixeira Costa foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 10 de JULHO 2019

  
Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes

  
Prof. Márcio Xavier Coelho

  
Prof. Kleider Robert Rocha Cruz

## RESUMO

A responsabilidade civil é comum em nosso cotidiano, mesmo sem saber nos deparamos com esse instituto a todo o momento, ela surge de ato ilícito somado a outros requisitos e enseja o dever de indenizar a pessoa que sofre um prejuízo em sua vida ou patrimônio através de uma decisão na qual se deve quantificar o prejuízo e indenizá-lo de maneira adequada. No tocante ao Estado não é diferente, apesar da responsabilidade civil se caracterizar através de requisitos diferentes, ele também possui o dever de indenizar o particular que sofre algum dano quando o Estado deveria agir de modo a impedir aquele prejuízo patrimonial ou moral de seu tutelado, a discussão nasce quando tentamos encontrar meios para que o Estado indenize o particular afetado, deveriam as ações de responsabilidade civil contra o Estado seguirem os meios processuais comuns para a obtenção de uma solução jurídica dotada da chancela do Poder Judiciário ou será que o Estado pode buscar meios diferentes para indenizar os prejudicados por sua conduta que enseje indenização, sem que isso acarrete em uma lesão ao princípio da legalidade que é base da atuação estatal. A partir disso, o estudo tem como pretensão de pesquisar se é adequado que o Estado indenize, nas ações de responsabilidade civil, o particular através de processos administrativos, sob a ótica do ordenamento jurídico atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil – Estado – Processo.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Considerando a importância e tamanha relevância temática da presente pesquisa, é fundamental que tenham a compreensão de alguns conceitos que serão trabalhados de forma exaustiva no presente trabalho, tudo com a finalidade de observar a atuação estatal diante casos de responsabilidade civil, que podem atrair enorme repercussão pelo fato de haver a possibilidade de atingir vidas de grande parte da população, e, também com o fito de observar a validade e a regularidade de referida ação estatal.

Nesse sentido, devem ser observados alguns conceitos básicos, dentre os quais se figuram o instituto da responsabilidade civil, a concepção de Estado e a forma da instrumentalização dos litígios denominada processo, os quais se passam a analisar a seguir.

Quando se traz ao presente trabalho o instituto da responsabilidade civil, a definição clássica doutrinária encontra sustento nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho como:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.<sup>1</sup>

Portanto, pode-se compreender que se trata de um dever, que nasce com eventual dano provocado a alguém. Dever que se trata da obrigação de restituir a coisa ao estado em que se encontrava ou indenizar pelo prejuízo causado.

Por outro lado, tem-se a tarefa de registrar um conceito para Estado, uma vez que tal palavra pode significar diversas coisas em contextos diversos. Uma definição bem aceita e que se encaixa perfeitamente na visão de Estado trazida pelo presente trabalho é a defendida por Cláudio de Cicco e Álvaro Azevedo Gonzaga:

Uma definição abrangente de Estado seria —uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela

---

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil 3**. São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2012, p. 47.

organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção.<sup>2</sup>

Para finalizar, tem-se que apresentar uma definição para processo e para isso, busca-se conhecimento nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

[...] é método ou instrumento da atuação da vontade concreta das leis de direito material ou substancial, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma de lide.<sup>3</sup>

Uma vez feitas referidas considerações, pode-se iniciar a apresentação da pesquisa feita.

---

<sup>2</sup> DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT. 2007, p. 43.

<sup>3</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil I**. Editora Forense. 57ª edição. São Paulo, São Paulo, 2016, p. 4.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	8
<b>1.1. Características da Responsabilidade Civil</b> .....	8
1.1.1. Ato Ilícito.....	8
1.1.2. Dano.....	10
1.1.3. Nexo de Causalidade.....	11
1.4. Culpa.....	13
<b>1.2. Dano Moral e Dano Patrimonial</b> .....	16
<b>1.3. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva</b> .....	18
<b>1.4. Responsabilidade Civil do Estado</b> .....	20
<b>CAPÍTULO II – O PODER DE ATUAÇÃO DO ESTADO</b> .....	22
<b>2.1. Princípio da Legalidade</b> .....	22
<b>2.2. Princípio da Legalidade Administrativa</b> .....	24
<b>2.3. O Poder de Atuação do Estado</b> .....	28
2.3.1. Poder Vinculado.....	28
2.3.2. Poder Discricionário.....	29
2.3.3. Poder Disciplinar.....	29
2.3.4. Poder Hierárquico .....	30
2.3.5. Poder Regulamentar ou Normativo .....	30
2.3.6. Poder de Polícia .....	31
<b>2.4. Processo Administrativo</b> .....	32
2.4.1. Princípio do Devido Processo Legal.....	32
2.4.2. Processo x Procedimento.....	33
2.4.3. Instauração do Processo.....	34
2.4.4. Competência.....	36
2.4.5. Instrução do Processo.....	37
2.4.6. Dever de Decidir.....	38
<b>CAPÍTULO III – A ATUAÇÃO DO ESTADO ANTE AS LACUNAS</b> .....	41
<b>3.1. Lacunas no Ordenamento Jurídico</b> .....	41

<b>3.2. Lacunas no Direito Administrativo.....</b>	<b>42</b>
<b>3.3. Evolução do Direito: da Legalidade à Juridicidade .....</b>	<b>43</b>
<b>3.4. O Processo Administrativo como fonte de Reparação Civil do Estado.....</b>	<b>45</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre o tema “O processo administrativo como mecanismo de reparação civil do Estado”, cujo objetivo é destacar que mesmo atrelado ao Princípio da Legalidade, o Estado pode indenizar vítimas de eventuais danos através de processos administrativos com trâmites bem mais céleres que os judiciais.

Assim sendo, incluí-se como problema justamente essa atuação estatal em face do princípio da legalidade, eis que os entes federativos só podem agir ou deixar de agir em virtude de lei e, não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que autorize o ente a indenizar através de processos administrativos.

Sobre respectivo assunto, tem-se como metodologia a confecção de uma pesquisa teórico-dogmática, pois será completamente trabalhada através de uma discussão e releitura da doutrina, jurisprudência e legislação vigente em nosso país.

O presente trabalho monográfico é de cunho multidisciplinar e será realizado no campo do Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Constitucional. Como marco teórico do presente trabalho busca-se as ideias sustentadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que estabelece:

A reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no âmbito administrativo, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade de haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.<sup>4</sup>

Nesse sentido, encontra-se sustento para a hipótese proposta, que embora não haja lei regulamentando a possibilidade de indenização via processo administrativo, esta pode ser feita.

Para apresentar a pesquisa, esta foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo foi intitulado “A responsabilidade civil” abordando aspectos inerentes a esse instituto, tais como definição, características e requisitos. Além de analisá-la sob a ótica de cunho objetivo e subjetivo da responsabilidade civil, culminando na análise da responsabilidade civil do Estado com suas características peculiares.

O segundo capítulo recebeu o título de “O poder de atuação do Estado” e aborda como se dá a atuação estatal tendo em vista o princípio da legalidade e sua

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição, São Paulo: Editora GEN, 2018, p. 908.

aplicação no ramo do Direito Administrativo, bem como os poderes inerentes para o Estado agir, culminando em uma das formas pelas quais age o Estado, qual seja, através de processos administrativos.

Por último, o terceiro capítulo foi intitulado de “A atuação do Estado ante as lacunas no Direito Administrativo” e inicia tratando do tema lacunas no Direito, passando para uma análise das lacunas no Direito Administrativo e tendo fim na utilização do instituto da analogia para suprir respectivas lacunas.

Sendo assim, foram abordados todos os temas necessários a fim de se confirmar a hipótese levantada no início da pesquisa.

## CAPÍTULO I – A RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil atribui ao agente a obrigação legal de reparar o dano ou ressarcir o prejuízo ocasionado por uma conduta contrária a outrem. Assim, “[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa”.<sup>5</sup>

Em outras palavras, referido instituto está intimamente associado à regra de que nenhum indivíduo poderá lesar ou prejudicar a outrem sem que seja obrigado à restaurar os danos causados ou ressarcir pelos eventuais prejuízos ocasionados.

Assim sendo, percebe-se que o objetivo da responsabilidade civil está em reparar um dano ocasionado, seja de ordem patrimonial ou moral.

Para que a responsabilidade se concretize é indispensável a existência de alguns elementos os quais passaremos a dissertar.

### 1.1. Características da Responsabilidade Civil

#### 1.1.1. Ato Ilícito

Inicialmente há que se ressaltar que este é o principal requisito para que exista o dever de indenizar, eis que, em regra, é a partir da ocorrência de um ato ilícito que surge o direito do lesado buscar uma reparação para o dano sofrido, seja ele patrimonial ou moral.

Pode-se conceituar ato ilícito, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

[...] os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil [...]. O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve reverter-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente a ilicitude

---

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.09.

ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever. Como já analisamos, ontologicamente o ilícito civil não difere do ilícito penal; a principal diferença reside na tipificação estrita deste último.<sup>6</sup>

A conduta humana é a base para a existência de tal requisito, tanto é que é esculpida na primeira parte do artigo 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Percebemos que, claramente, há a necessidade da ocorrência de uma ação ou omissão voluntária ou proposital, negligência ou imprudência para a ocorrência do primeiro elemento necessário ao dever de indenizar.

Para Maria Helena Diniz,

[...] elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.<sup>7</sup>

Um outro aspecto merece destaque nesse ponto, a ilicitude, que pode ser observada sob dois prismas diferentes: objetivo e subjetivo.

O aspecto objetivo da ilicitude da conduta se preocupa em enquadrar respectivos as condutas ou fatos praticados em si no ordenamento jurídico. A principal característica é a verificação da desconformidade de determinado ato com a que o Direito protege ou deseja que não seja feito.

Para Sérgio Cavalieri Filho, “A antijuridicidade de uma conduta é normalmente estabelecida à luz de certos valores sociais, valores que podem ser englobados na noção tradicional de bem comum”<sup>8</sup>. Pode-se adotar a concepção de que o ilícito, sob o foco objetivo, nada mais é do que a transgressão de um dever jurídico.

Lado outro, sob o aspecto subjetivo, o ato ilícito deve ser lido na ótica de um juízo de valor a seu respeito.

Pode-se perceber que o caráter subjetivo da conduta é necessário para que o ato seja imputado a determinada pessoa, a quem deva, necessariamente, ter agido com culpa em sentido amplo. Enquanto sob o prisma objetivo, não se

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.24.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 53.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.10.

preocupa com o agente causador, mas tão somente com a desconformidade com o ordenamento jurídico vigente.

### 1.1.2. Dano

Quando se fala na necessidade de responsabilização seja na esfera civil ou criminal, logo se pensa na existência de um dano. Desse modo, a ocorrência de um dano é indispensável para a existência da responsabilidade civil, uma vez que a obrigação de compensar não existirá não havendo o que reparar.

Dano na conceituação de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem estar, capacidade de aquisição, etc.) como via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial a palavra “dano” se emprega correntemente, na linguagem jurídica no dano patrimonial e moral.<sup>9</sup>

Importante salientar que para que haja o dano, a conduta humana poderá ser positiva ou negativa na responsabilidade civil, já que a responsabilidade objetiva está fundada no risco. Conforme expõe Pablo Stolze, a conduta humana pode ser entendida da seguinte forma:

[...] a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que ocasiona o dano ou prejuízo.<sup>10</sup>

Nota-se, ainda, que não se trata de qualquer conduta humana. Assim, para que a conduta humana origine a responsabilidade civil do agente, é necessária a constatação do dano dela decorrente. Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado, visto ser um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, por isso que, sem o seu acontecimento não existe a indenização.

Para Sergio Cavalieri Filho a função do dano consiste em:

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil** - vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.355.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.69.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.<sup>11</sup>

Em existindo um dano, ele poderá ocorrer em diversas esferas, portanto tem-se danos tanto na esfera patrimonial, quanto na moral. A extensão do dano pode ir além da esfera patrimonial, e a responsabilidade civil, afirma que o dever de indenizar deve existir sempre que se fizerem presente os elementos que caracterizam o ato ilícito.

A obrigação de indenizar os valores íntimos da personalidade, os quais, são amplamente tutelados pelo direito, evoluiu lentamente até atingirmos a concepção que temos atualmente. No Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 1988, onde o homem passa a ser o vértice do ordenamento jurídico, transformando seus direitos no fio condutor de todos os demais ramos jurídicos, o dano moral passou a ser visto sob uma nova ótica. Qual nova ótica é esta?

Para Orlando Gomes, “dano moral, é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida a outrem”.<sup>12</sup>

Nesse contexto, pode-se afirmar que o dano moral, assim como o patrimonial faz parte do cotidiano do mundo jurídico como um todo.

### 1.1.3. Nexo de Causalidade

Outro pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que é o liame que faz a ligação entre a conduta humana e o dano ocasionado.

Novamente Orlando Gomes colabora com o nosso entendimento aduzindo o que se segue:

---

<sup>11</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.88.

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Revisado e atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.77.

Para o ato ilícito ser fonte a obrigação de indenizar é preciso a relação de causa e efeito entre o ato (fato e o dano). A essa relação chama-se *nexo causal*. Se o dever de indenizar causado é a sanção imposta pela lei a quem comete *ato ilícito* necessário se torna que o *dano* seja consequência da conduta de quem o produziu.<sup>13</sup>

Assim sendo, que o nexo de causalidade é a conexão que deverá existir entre a conduta e o dano. Não basta que o agente tenha cometido uma conduta ilícita, também não que a vítima tenha sofrido um dano, é forçoso que tenha uma relação de causa e efeito entre eles.

Quando se fala na existência de nexo de causalidade, considera-o como a junção que liga a conduta do agente e o dano provocado. Por meio da existência do nexo de causalidade é possível avaliar a relação entre esses dois elementos analisando a importância deles na ação ou omissão praticada.

Ainda, o nexo de causalidade, dentro dos critérios de responsabilidade civil deve ser o primeiro a ser analisado para que se conclua sobre a existência ou não da responsabilidade jurídica, uma vez que somente poderemos decidir se o agente agiu ou não com culpa, se através da sua conduta adveio um resultado.

Existem causas que excluem o dever de responsabilidade civil e devem ser, desse modo, consideradas.

A primeira delas encontra disposta no artigo 945 do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.<sup>14</sup>

Em comentário tem-se Silvio Venosa,

A culpa exclusiva da vítima não está presente na letra da lei, sua construção está vinculada a doutrina, jurisprudência e a legislação extravagante. Onde a relação entre a o dano e seu causador fica comprometida, isto é, o nexo causal inexistente.

Ressalta-se aqui que a culpa concorrente (Art. 945, CC) acaba por também indenizar, porém com atenuante na indenização, isto é, ambos os agentes que concorrem para o dano irão prestar indenização. Diferente da culpa exclusiva da vítima, onde o indivíduo não terá o dever de indenizar.<sup>15</sup>

Outro fato que afasta a existência do nexo de causalidade é a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Revisado e atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.77.

<sup>14</sup> BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>15</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 38.

Assim, por exemplo, se o raio provocou o incêndio que matou os passageiros transportados pelo ônibus, considera-se excluída a relação de causalidade,, e o ato do agente ( no caso, o transportador) não pode ser tido como causa do evento.<sup>16</sup>

Auxiliando o entendimento no que diz respeito concerne ao caso fortuito ou força maior, têm-se as considerações de Mirabete:

Fortuito é aquilo que se mostra imprevisível; é o que chega sem ser esperado e por força estranho à vontade do homem que não o pode impedir. Com a ocorrência do caso fortuito não deixa de existir a conduta, mas não será ela atribuída ao agente por ausência de dolo ou culpa em sentido estrito [...] na mesma ocasião está a força maior. Assim, o caso fortuito teria origem em um fato ou ato alheio à vontade das partes, tais como a greve, o motim, a guerra. Noutro prisma, a força maior seria derivada dos acontecimentos naturais: raio, inundação, terremoto.<sup>17</sup>

Observa-se que caso fortuito, portanto, é algo voltado para o imprevisível, assim como a força maior. Podendo prever, não se encaixa nesses moldes e não afasta a responsabilidade do agente. O mesmo autor ainda enumera outras causas excludentes do nexo de causalidade, como se observa a seguir:

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes de responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame da causalidade são: o estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.<sup>18</sup>

Desse modo, em existindo as causas excludentes, aqui demonstradas, não se têm o nexo de causalidade e via de consequência, a responsabilidade civil.

#### 1.1.4. Culpa

A culpa é um elemento que está integralmente voltado para a conduta do agente, como expressa Carlos Roberto Gonçalves:

Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringido uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o

<sup>16</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.353.

<sup>17</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.95.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 353.

agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige o art. 186 do Código Civil.<sup>19</sup>

Já para Caio Mário da Silva Pereira,

O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa. É fato comprovado que esta se mostrou insuficiente para cobrir toda a gama dos danos ressarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, na sua grande maioria os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente por negligência, imperícia ou imprudência.<sup>20</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona falam sobre os elementos essenciais para constituir a responsabilidade civil:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.<sup>21</sup>

Dessa forma, a responsabilidade civil se divide em duas outras, ou seja, responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Sergio Cavalieri Filho, nesse ponto, expressa que,

A ideia de culpa esta visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação, sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.<sup>22</sup>

Nesse diapasão existindo o elemento culpa a responsabilidade será subjetiva, lado outro será objetiva caso não seja necessário a comprovação desse elemento, de acordo com Marcelo Silva Brito, o qual expressa:

Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do dano, pois, somente se configura se ele agiu com dolo ou culpa. [...] A lei impõe, entretanto, em determinadas situações, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. É a teoria dita *objetiva* ou do risco, que prescinde de comprovação da culpa para a ocorrência do dano indenizável. Basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Em alguns

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.314.

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 520.

<sup>21</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.14.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.38.

casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), noutros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).<sup>23</sup>

Nesse contexto, chama-se de responsabilidade civil objetiva aquela que não tem a culpa como elemento formador, “na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente de prova da culpa. Ela é reconhecida independente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano”.<sup>24</sup>

Tal é o entendimento trazido pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

“Art. 927 [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.<sup>25</sup>

Importante frisar que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, ficando circunscrita aos limites legais.

Nesse ponto, pautam-se as considerações de Caio Mário da Silva Pereira:

A regra geral de que deve presidir à responsabilidade civil é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não era sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positiva.<sup>26</sup>

Fazendo a interpretação do artigo em comento, Udelson Josué afirma que,

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explica que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de ‘atividade normalmente desenvolvida’ por ele.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.314.

<sup>25</sup> BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. São Paulo: Saraiva, 2018, p.226.

<sup>26</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 507.

<sup>27</sup> RALDI, Udelson Josue. **Responsabilidade civil objetiva**: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

Nesse sentido, não cabe a escolha de qual responsabilidade irá prevalecer, seja objetiva ou subjetiva, já que as duas formas se conjugam e dinamizam.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a Responsabilidade subjetiva deve ser tida como a regra geral da responsabilidade civil, conforme se verifica a seguir:

Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado em princípio por sua ação ou omissão culposa ou dolosa. Mas, isso não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios se leve em conta a responsabilidade objetiva, esse é o ponto fundamental.<sup>28</sup>

Em detida análise do citado pelo autor, é possível afirmar que embora a responsabilidade subjetiva deva ser tida como a regra, não se deve olvidar a importância da responsabilidade objetiva e seus critérios de aplicação, devendo ser aproveitada, nos momentos oportunos, para que a responsabilidade civil como um todo possa estar protegida.

Como já mencionado, o contido no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil tem se mostrado de grande valia, na admissão da responsabilidade civil sem a existência da culpa, pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa riscos para os direitos de outrem, permitindo que o judiciário amplie seu campo de aplicação nos casos de dano indenizável.

## **1.2. Dano Moral e Dano Patrimonial**

A extensão do dano pode ir além da esfera patrimonial, e a responsabilidade civil, afirma que o dever de indenizar deve existir sempre que se fizerem presente os elementos que caracterizam o ato ilícito.

A obrigação de indenizar os valores íntimos da personalidade, os quais, são amplamente tutelados pelo direito, evoluiu lentamente até atingirmos a concepção que temos atualmente. No Brasil, após a promulgação da Constituição da República em 1988, onde o homem passa a ser o vértice do ordenamento jurídico,

---

<sup>28</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.51.

transformando seus direitos no fio condutor de todos os demais ramos jurídicos, o dano moral passou a ser visto sob uma nova ótica.

O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição da República, deu ao dano moral uma nova feição e uma maior dimensão, segundo demonstra Sérgio Cavalieri Filho:

Temos hoje o que pode ser chamado *de direito subjetivo constitucional à dignidade...* porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade - todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.<sup>29</sup>

Dentro dessa perspectiva o dano moral é evidenciado, pois, tanto as lesões patrimoniais quanto aquelas extrapatrimoniais devem ser ressarcidas. Humberto Theodoro Junior sobre o dano moral: “[..] morais os danos de natureza não econômica e que se traduzem em turbações de ânimo, reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.<sup>30</sup>

Continua o autor no sentido de afirmar que dor provocada pelos danos morais são subjetivos e voltados à personalidade humana.

Assim, há dano moral quanto a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada. De maneira mais ampla, pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana.<sup>31</sup>

O enfoque constitucional que deve ser dado ao dano moral está relacionado a essas afirmativas. Valores como a liberdade, a inteligência, a honestidade e outros valores de caráter intrínsecos, aceitos pelo homem comum, devem ser resguardados.

Veja que não significa que um indivíduo totalmente desprovido de bens materiais fique desamparado pelo ordenamento jurídico. Existem circunstâncias em que cabe a ele a defesa de seu valor moral.

---

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.97.

<sup>30</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2016, p.2.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2016, p.2.

Nesse diapasão, Humberto Theodoro Júnior esclarece a importância da defesa da moral do indivíduo:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, será sempre detentora de conjunto de bens integrantes de sua personalidade - atributos de ser humano-, mas preciosos que o patrimônio. É a *dignidade humana*, que não é privilegio apenas de ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de *dano moral*. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente. Enquanto o dano material atinge o patrimônio, o dano moral atinge a pessoa. Este último é a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores de espírito.<sup>32</sup>

Encontram-se juntos no conceito de dano moral, os direitos à intimidade, a imagem, ao bom nome, a privacidade, a integridade na esfera íntima. Desse modo, vemos que o dano moral não fica restrito apenas a dor, tristeza e sofrimento, o mesmo é estendido a todos os bens personalíssimos.

Lado outro, dano patrimonial é tido como toda a espécie de dano que possa ser avaliada e quantificada em pecúnia através de critérios objetivos e bem definidos, tais como preço de mercado, tabela de preços, entre outros parâmetros suficientes para aferir o preço constante do bem prejudicado.

### 1.3. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

A partir desse ponto passaremos a trabalhar sobre as espécies de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto é dividido em dois grandes grupos: A responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva.

A ideia de responsabilidade civil está intimamente ligada à ideia de que aquele que violou algum dever social deve ser o responsável por reestabelecer a ordem ou indenizar a pessoa que sofreu determinado dano.

---

<sup>32</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2016, p.94.

Nesse aspecto, a teoria subjetiva estabelece que surge o dever de indenizar a partir da soma de quatro elementos, são eles: ato ilícito, dano, nexos de causalidade ou nexos causal e culpa. Sendo este último elemento sendo tratado em sentido amplo, seja na modalidade dolo, seja na negligência, imperícia ou imprudência.

A teoria subjetiva estabelece que o elemento culpa está atrelado ao instituto da responsabilidade civil, sendo ele tratado, inclusive, na leitura do artigo 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.<sup>33</sup>

Noutro giro, enquanto a responsabilidade civil subjetiva se preocupa com o preenchimento do requisito culpa, a responsabilidade civil objetiva, por outro lado, não está ligada a tal elemento. Para sua configuração basta apenas a presença do ato ilícito, dano e nexos de causalidade.

Há que se ressaltar que a teoria objetiva também encontra subsídio no Código Civil vigente, como pode-se perceber através da leitura do parágrafo único do artigo 927:

Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>34</sup>

Pode-se perceber que sempre que a atividade desenvolvida acarreta risco aos direitos de outrem, caso ocorra um evento danoso, aquele que desenvolve referida atividade está obrigado a reparar os danos sofridos independentemente de ter agido com dolo ou culpa.

Ademais, cabíveis são as considerações acerca das situações que a lei descreve como sendo objetivo o dever de indenizar, tal como estabelece o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p.171.

<sup>34</sup> BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 212.

<sup>35</sup> BRASIL. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 805.

Neste caso, não é o fato de ser fornecedor de serviço que é alicerce para que seja responsabilizado civilmente de forma objetiva e sim a Lei 8.078/90 que estabelece essa maneira de responsabilidade.

Em síntese, podemos perceber que há o dever de indenizar quando o agente atua com culpa (em sentido amplo) e, independentemente de culpa, quando a lei assim estabelece ou a atividade desenvolvida acarreta risco a outrem.

#### **1.4. Responsabilidade Civil do Estado**

O Estado está sujeito às regras gerais da responsabilidade civil, ou seja, caso o Estado cause danos a outrem, deve ser responsabilizado e conseqüentemente reestabelecer o patrimônio ou indenizar, caso não seja possível a restituição da coisa.

O instituto Responsabilidade Civil do Estado possui respaldo constitucional, encontra base no parágrafo 6º, artigo 37 da Constituição de 1988:

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.<sup>36</sup>

É notório, de acordo com o dispositivo constitucional, que a atuação de todo aquele em nome do Estado causar um dano a outrem, trará consigo o dever de indenizar a quem foi prejudicado.

Destaca-se, também, que para o ente é possível exigir a reparação ao agente que causou o dano, porém, nesse caso terá que ser comprovada o dolo do agente ou a culpa, simplesmente pelo fato de que nesse caso específico, a responsabilidade do agente perante o Estado é tratada no âmbito subjetivo e não objetivo, tal como é do Estado em face da vítima. Assim se posiciona Yussef Said Cahali:

[...] se o elemento culpa é previsto apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quando tiver havido dolo ou culpa deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá

---

<sup>36</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

estabelecido que essas entidades, devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento culpa do funcionário na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida.<sup>37</sup>

Há que se ressaltar que o Código Civil vigente seguiu, em seu artigo 43, a mesma linha de raciocínio Constitucional trazida pelo artigo 37 veja:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.<sup>38</sup>

Todavia, não basta que estejam preenchidos os requisitos para que o prejudicado possa buscar a reparação pelos danos sofridos.

Vale dizer que, o momento em que nasce para a vítima, no momento da lesão, apenas o direito de buscar sua reparação, porém, para que seu direito seja satisfeito pode ser que seja necessária abertura de um processo a fim de buscar essa reparação.

---

<sup>37</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 30.

<sup>38</sup> BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

## CAPÍTULO II – O PODER DE ATUAÇÃO DO ESTADO

### 2.1. Princípio da Legalidade

Inicialmente temos que fazer uma abordagem para nortear a explanação do princípio a ser trabalhado no presente tópico. Para tanto, temos que trazer à baila a noção do significado de princípio no mundo do Direito.

Os princípios, quando tratados no direito, aparecem constantemente sendo tratados como princípios jurídicos ou princípios de direito. Um princípio é o fundamento de uma norma jurídica, é a viga de sustentação das normas vigentes em nosso ordenamento jurídico. A definição trazida por Miguel Reale estabelece que,

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práxis.<sup>39</sup>

É possível concluir, portanto, que os princípios possuem papel fundamental no Estado de Direito, eis que são os pilares das normas vigentes.

Noutro giro, o doutrinador Mauricio Godinho Delgado explicita que,

[...] princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.<sup>40</sup>

Pode-se compreender que os princípios possuem papel vital na construção de uma nova norma no nosso ordenamento jurídico. Vale dizer que na construção de qualquer norma, o princípio deverá ser sempre a base para sua construção. Muito mais do que uma regra, os princípios fornecem elementos capazes de se traduzir a realidade fática do momento da produção da norma, além de estabelecer as diretrizes necessárias à sua interpretação e aplicação.

---

<sup>39</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

<sup>40</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p.180.

Uma vez que se traça o caminho a ser seguido e se trouxe a compreensão do que venha a ser um princípio para o estudo do direito, pode-se trabalhar com o princípio norteador do Estado de Direito, qual seja, o princípio da legalidade.

Ele encontra previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso II “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>41</sup>. O que podemos compreender do dispositivo trazido é que somente a lei poderá criar obrigações, direitos, deveres e vedações aos cidadãos, restando aos indivíduos obedecerem aos comandos explícitos e implícitos contidos nas normas.

Por outro lado, podemos destacar, também, que referido princípio protege os cidadãos de arbitrariedades do Estado, eis que o mesmo também se encontra adstrito a referido princípio, assumindo, assim, um duplo sentido, ao passo de que é aplicável tanto aos cidadãos quanto ao Estado.

Todavia, vale destacar, nesse aspecto que o professor Pedro Lenza preconiza que no âmbito das relações particulares, pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia de vontade<sup>42</sup>.

O princípio da legalidade é base para o Estado de Direito, eis que assegura aos cidadãos proteção contra o Estado e liberdade para que os mesmos regulem suas vidas e façam aquilo que tiverem vontade, desde que suas ações não violem as leis vigentes em nosso país.

Ainda no âmbito do princípio da legalidade, é possível afirmar que este se amolda a depender do ramo do Direito que é trabalhado, simplesmente pelo fato do mesmo princípio estar presente em diversos ramos diferentes do direito. Alguns exemplos que referido princípio se faz presente são Direito Penal, Direito Tributário e Direito Administrativo.

Numa concepção de legalidade penal, pode-se traduzir o princípio da legalidade como sendo, nas palavras do professor Nucci

[...] o princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (bythelawoftheland), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmutou-se para o devido processo legal (dueprocessoflaw), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 6.

<sup>42</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 9 ed. São Paulo: Método, 2006.

fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade.<sup>43</sup>

Referido princípio é tipificado no artigo 1º do Código Penal vigente: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.<sup>44</sup>

Pode-se compreender que o princípio da legalidade é traduzido no âmbito penal como sendo a necessidade de lei para definir quais práticas são consideradas criminosas, bem como definir as respectivas penas aplicáveis, caso o indivíduo pratique referida conduta, traçando, assim, limites à atuação do particular, eis que o mesmo estará sujeito a uma determinada pena caso pratique algum ilícito previsto no Código Penal Brasileiro.

Todavia, como dito anteriormente não é apenas na esfera penal que esse princípio é trabalhado, numa outra concepção, se faz presente também no Direito Tributário.

O princípio da legalidade tributária é o princípio que estabelece que não haverá instituição ou majoração de tributo sem lei que o estabeleça.

Possui fundamento legal na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, inciso I, que diz “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.<sup>45</sup>

É, na verdade, uma garantia assegurada ao contribuinte de que não será surpreendido com a criação ou majoração de um tributo pela simples vontade do Administrador Público.

Pode-se destacar, também, a participação do princípio da legalidade no ramo do Direito Administrativo, também conhecido como princípio da legalidade administrativa, sendo que nesse caso o mesmo é tratado com uma rigidez um pouco maior, conforme se verá no tópico a seguir.

## 2.2. Princípio da Legalidade Administrativa

---

<sup>43</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal Parte Geral**. Vol. 1 esquemas&istemas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

<sup>44</sup> BRASIL. **CÓDIGO PENAL**. *VadeMecum* Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 529.

<sup>45</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. *VadeMecum* Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

O Direito Administrativo brasileiro não possui um código específico, é trabalhado a partir de leis promulgadas em diversos períodos diferentes. Alexandre Mazza preceitua que em razão disso, as funções sistematizadora e unificadora de leis, em outros ramos desempenhadas por códigos, no Direito Administrativo cabem aos princípios.<sup>46</sup>

Vale destacar que no ramo do Direito Administrativo, segundo Mazza, os princípios possuem, então, dupla funcionalidade:

Os princípios do Direito Administrativo cumprem duas funções principais: a) função hermenêutica: se o aplicador do direito tiver dúvida sobre qual o verdadeiro significado de determinada norma, pode utilizar o princípio como ferramenta de esclarecimento sobre o conteúdo do dispositivo analisado; b) função integrativa: além de facilitar a interpretação de normas, o princípio atende também à funcionalidade de suprir lacunas, funcionando como instrumento para preenchimento de vazios normativos em caso de ausência de expresse regramento sobre determinada matéria.<sup>47</sup>

Diferentemente das inúmeras funções atribuídas aos princípios, na esfera administrativa, podemos nos basear apenas por duas funções primárias, sem prejuízo de quaisquer outras que os mesmos possam desempenhar.

O Princípio da legalidade atribuído ao Direito Administrativo, nas palavras de Alexandre Mazza, pode ser conceituado como o princípio

Inerente ao Estado de Direito, o princípio da legalidade representa a subordinação da Administração Pública à vontade popular. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei.<sup>48</sup>

Isso quer dizer que a vontade do administrador não pode ser cumprida se estiver em desacordo com o interesse público, ou seja, o administrador não pode conceder benefícios, criar direitos e deveres apenas por sua vontade, mas deve fazê-los de acordo com o que é definido em lei. Pode-se dizer que a vontade do administrador deve ser a vontade da lei e Maria Sylvia Zanella Di Pietro amplia dizendo que,

---

<sup>46</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 92.

<sup>47</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 92.

<sup>48</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 100.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.<sup>49</sup>

Referido princípio leva em consideração o fato da administração pública lidar com o interesse público, sendo esse dotado de uma supremacia em relação ao interesse privado, e, portanto, a atuação do Estado deve estar estritamente regulamentada, sendo dotadas de maior força, pelo fato de não poderem ser descumpridas sequer em acordo firmado entre o administrador e seus administrados.

Nesse mesmo sentido, leciona Hely Lopes Meireles,

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelatáveis pelos agentes públicos.<sup>50</sup>

Ao administrador não é possível lançar mão do interesse público, sendo esse inegável aos cidadãos e irrelatáveis pelos agentes públicos.

O princípio da legalidade administrativa encontra previsão Constitucional no *caput* do artigo 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”.<sup>51</sup>

É, portanto um princípio expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Vale ressaltar que referido princípio é considerado o mais fundamental do direito administrativo, sendo considerado o alicerce de outros princípios, tais como finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade.<sup>52</sup>

Porém, é necessário estabelecer uma diferenciação do princípio da legalidade aplicada à administração pública e aos particulares para uma melhor compreensão do presente trabalho.

Quando falamos no âmbito das relações particulares, vigora a regra de que o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe, ao passo de que na seara do

---

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Editora GEN, 2018.

<sup>50</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87.

<sup>51</sup> BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21.

<sup>52</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

direito público, a Administração Pública só pode agir ou deixar de agir em virtude de lei, significa dizer que ao administrador a vontade da lei deve sempre vigorar em qualquer ato que ocorra ou deixe de ocorrer.

Para tanto, nos vale-se das palavras do ilustre Hely Lopes Meirelles, que destaca,

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.<sup>53</sup>

Pode-se concluir que em relação ao particular, a regra vigente é a da autonomia da vontade, de modo que a lei funciona apenas para limitar a atuação do particular, que ainda possui margem para agir dentro daquilo que não é expressamente ou implicitamente proibido.

Em relação à Administração Pública, o tratamento é diferente, eis que a mesma é enrijecida pelas normas, só podendo ter sua atuação realizada através daquilo que é expressamente permitido em lei e devendo se abster nos casos em que a lei veda sua participação.

Com isso, pode-se concluir que a aplicação do princípio da legalidade no Direito Administrativo, se apresenta numa perspectiva um pouco mais dura, eis que estabelece um limite mais rígido para a Administração Pública, que só pode agir ou deixar de agir caso a lei permita.

Pode-se perceber nesse momento que toda a atuação Estatal deve ser baseada em regulamentações legais, uma vez que a Administração Pública não está ligada à ideia de que seu administrador é a pessoa mais importante, muito pelo contrário, está ligada à ideia do interesse público.

Vale destacar que o princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei no 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (inciso II). Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87.

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Editora GEN, 2018.

Lado outro, uma vez que se possui um ordenamento jurídico que regulamenta e limita a atuação do Estado, deve-se falar, também, a respeito do poder de atuação atribuído para que esse possa lidar com o interesse público.

### 2.3. O Poder de Atuação do Estado

Pode-se iniciar esta explanação acerca do poder de atuação do Estado dizendo que não adiantaria de nada haver a previsão do objetivo de alcançar supremacia do interesse público sem que houvesse uma regulamentação de como a Administração Pública deve agir para alcançar referido objetivo.

A respeito disso, o ilustre Alexandre Mazza diz que,

Para o adequado cumprimento de suas atribuições constitucionais, a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas relacionadas com obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres instrumentais para a defesa do interesse público.<sup>55</sup>

Pode-se ter a certeza que a legislação confere à Administração Pública mecanismos legais a fim de que se possa buscar atingir a supremacia do interesse público em relação ao interesse privado, ou seja, através da legislação do Estado de Direito é possível extrair normas que busquem direcionar a atuação estatal a fim de se buscar o bem comum dos cidadãos.

Existe na doutrina majoritária uma clara divisão e classificação dos poderes da administração pública, são comumente divididos em poder vinculado, discricionário, disciplinar, hierárquico, regulamentar ou normativo e de polícia. A compreensão dos referidos poderes, os quais passaremos a abordar em síntese a seguir, é fundamental para entendermos de que modo as decisões administrativas devem ser tomadas.

#### 2.3.1. Poder Vinculado

---

<sup>55</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p.407.

A definição de poder vinculado é, nas palavras de Alexandre Mazza,

[...] poder vinculado ou quando a lei atribui determinada competência definindo todos os aspectos da conduta a ser adotada, para o agente público escolher a melhor forma de agir. Onde houver vinculação, o agente público é um simples executor da vontade legal. O ato resultante do exercício dessa competência é denominado ato vinculado.<sup>56</sup>

Quando se fala em poder vinculado, está se falando na atuação estatal, através do agente público, que está estritamente adstrita ao mandamento legal, sendo que a característica marcante de tal poder é a completa ausência de margem para decisão do agente.

### 2.3.2. Poder Discricionário

A situação muda de figura quando temos no caso o poder discricionário, neste caso, a característica preponderante é a presença da margem, dentro dos limites estabelecidos em lei, para que o agente defina como agir em determinado caso. Assim nos elucida, mais uma vez, Alexandre Mazza:

Na discricionariedade, o legislador atribui certa competência à Administração Pública, reservando uma para que o agente público, diante da situação concreta, possa selecionar entre as opções predefinidas qual a mais apropriada para defender o interesse.<sup>57</sup>

Pode-se perceber que mesmo quando a lei atribui ao agente uma liberdade para decidir, esta decisão deve sempre ser tomada nos limites legais e sempre deve buscar atender ao interesse público.

### 2.3.3. Poder Disciplinar

---

<sup>56</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 437.

<sup>57</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 437.

O poder disciplinar contido no âmbito da administração pública se traduz na ideia de que a administração pública deve aplicar penalidades aos agentes que praticam atos infracionais, podendo ser diversas as punições aplicáveis a depender do caso em que estejam contidas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”.<sup>58</sup>

A atuação estatal é pautada da rigidez e na disciplina, não havendo margem para erro cometido nesse sentido, eis que toda a prática de atos equivocados leva à uma falha ao objetivo da Administração Pública e faz com que a mesma não consiga atingir a supremacia do interesse público.

#### 2.3.4. Poder Hierárquico

A divisão de funções dentro da Administração Pública é essencial, pelo fato de que somente através dela será possível organizar e distribuir tarefas a fim de que possam se alcançar os objetivos necessários ao bem comum. Referida divisão de funções recebe o nome de poder hierárquico da administração, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro significa dizer que,

A organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: a distribuição de competências e a hierarquia. O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, ainda estabelece uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que integram a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia.<sup>59</sup>

Em suma, é o poder que a administração possui de distribui comandos e realizar funções de chefia dentro de toda uma estrutura específica.

#### 2.3.5. Poder Regulamentar ou Normativo

---

<sup>58</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Editora GEN, 2018, p. 163.

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Editora GEN, 2018, p. 163.

O poder regulamentar, também conhecido como poder normativo, se manifesta como sendo a possibilidade pela qual a Administração Pública pode editar atos gerais para complementar as leis, facilitar sua interpretação e direcionar sua aplicação ao caso concreto, nesse sentido,

Poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação. Seu alcance é apenas de norma complementar à lei; não pode, pois, a Administração, alterá-la a pretexto de estar regulamentando-a. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.<sup>60</sup>

Portanto, ante a dificuldade de se interpretar as normas emanadas do Poder Legislativo, a Administração Pública possui poder suficiente para regulamentar através de atos gerais a fim de que se possa ter mais clareza na interpretação das leis.

### 2.3.6. Poder de Polícia

Por último, mas não menos importante, necessário abordar também o poder de polícia administrativa, que em apertada síntese, se traduz na capacidade coercitiva da Administração Pública, de por seus próprios meios fiscalizar e aplicar sanções a todos aqueles que cometam infrações. Pode-se ter uma melhor noção do que é o poder de polícia a partir da leitura do artigo 78 do Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.<sup>61</sup>

Pode-se notar que a administração pública também é dotada de um poder coercitivo, forte, poderoso, capaz de fazer com que a administração atue em razão

---

<sup>60</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder Regulamentar**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20110118231013562](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562)>. Acesso em: 29/05/2019.

<sup>61</sup> BRASIL. **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p.723.

da busca do interesse coletivo, mesmo que isso, de alguma forma, suprima o interesse do particular.

Referidos poderes constituem o chamado poder de atuação do Estado, que a partir da existência de tais, consegue executar suas funções a fim de se conseguir seu principal objetivo. Todavia, a simples existência de tais poderes concedidos à administração pública não faz com que, automaticamente, sejam cumpridas suas funções. Para que haja o efetivo alcance dos objetivos conferidos à Administração, esta deve adotar mecanismos capazes de trazer esses poderes de uma previsão legal, doutrinária ou constitucional para, de fato, existentes na vida dos indivíduos administrados.

Referido mecanismo é revelado através da forma mais comum de atuação estatal, que age, via de regra, através da instauração de processos administrativos sempre que necessária a atuação do Estado, conforme veremos no tópico seguinte.

## **2.4. Processo Administrativo**

### **2.4.1. Princípio do Devido Processo Legal**

Tendo em vista o princípio da legalidade administrativa, pode-se concluir que para a administração pública desempenhar suas funções e alcançar seus objetivos, ela deve agir sempre em consonância com a lei, ou seja, a sua vontade é uma vontade que decorre da lei, em síntese, é possível afirmar que a vontade da administração pública é a vontade que decorre da lei.

A tomada de decisões, por ser fruto da lei, deve obedecer a preceitos legais a fim de que seja possível determinar se aquela decisão foi legítima ou não, em outras palavras, quando a administração pública toma uma determinada decisão, esta além de ser pautada na vontade da lei, deve ter seguido um procedimento específico a fim de que seja totalmente legítima.

Pode-se destacar nesse ponto, que existe a incidência de outro princípio no âmbito do direito administrativo. Aparece aqui o princípio do devido processo legal, que encontra base constitucional no artigo 5º, LVI da Constituição Federal e

estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>62</sup>

Alexandre Mazza destaca que o princípio da legalidade, ao contrário do que é possivelmente entendido, não se aplica somente à atividade jurisdicional, ele é extensivo à atividade administrativa e ao Poder Legislativo, assim ensina o ilustre doutrinador,

A obrigatoriedade do devido processo não só é aplicável inicialmente à seara jurisdicional, mas também vincula a Administração Pública e o Poder Legislativo. A exigência de observar-se um processo previsto na legislação relaciona-se com a noção de legitimidade pelo procedimento, segundo a qual, no moderno Estado de Direito, a validade das decisões praticadas pelos órgãos e agentes governamentais está condicionada ao cumprimento de um rito procedimental preestabelecido.<sup>63</sup>

Mazza ainda destaca que são aplicáveis ao processo administrativo dois aspectos modernos do princípio do devido processo legal. São eles o devido processo legal formal que consiste na obrigatoriedade da observância do rito para a tomada da decisão, bem como o devido processo legal material ou substantivo que estabelece que a tomada de decisão por parte da administração pública deve ser proporcional e razoável.<sup>64</sup>

Deve-se destacar que além do devido processo legal, aos interessados é assegurado o direito do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º, LV da Constituição da República “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>65</sup>

Uma vez traçadas as devidas considerações iniciais acerca do processo administrativo, podemos explanar acerca da Lei 9.784/99, que regulamenta e prevê referido processo.

#### 2.4.2. Processo x Procedimento

---

<sup>62</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 8.

<sup>63</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1206.

<sup>64</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1206.

<sup>65</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 8.

O processo administrativo possui previsão constitucional, todavia só veio a ser regulamentado com a promulgação da lei 9.784/99. Vale destacar que o referido dispositivo legal possui normas de direito administrativo processual e material.

Inicialmente tem-se que estabelecer uma diferenciação na nomenclatura utilizada, a noção de processo facilmente se confunde com procedimento e isso não é interessante para o presente trabalho, portanto, a título distinção de referidos institutos, busca-se as considerações aduzidas por Alexandre Mazza,

Processo é uma relação jurídica, razão pela qual “processo administrativo” significa o vínculo jurídico entre a Administração e o usuário, estabelecido para a tomada de uma decisão. Ao passo que procedimento administrativo é a sequência ordenada de atos tendentes à tomada da decisão.<sup>66</sup>

Basicamente, processo administrativo é o conjunto de atos tomados para que se chegue a uma decisão, ao passo que procedimento administrativo está mais ligado à ideia do caminho a ser seguido até que se chegue à referida decisão.

Uma vez feitas essas considerações, cabe, nesse momento, fazer um destaque ao que estabelece o artigo 1º, que embora a própria lei declare que é somente aplicável a processos administrativos no âmbito federal, o Superior Tribunal de Justiça, através do AgRg no Ag 935624/RJ, já consolidou o entendimento de que a mesma pode ser aplicada subsidiariamente aos demais entes federativos, desde que estes não possuam lei própria para regulamentar os processos administrativos em trâmite em seus respectivos âmbitos.

#### 2.4.3. Instauração do Processo

O Poder Judiciário necessita ser provocado para poder atuar, ou seja, em caso de conflito de interesses, a parte deve procurar a tutela jurisdicional, na forma da lei, para dar início a uma lide processual a qual terá como finalidade resolver aquele determinado conflito.

A Administração Pública, ao contrário do Poder Judiciário, não necessita ser provocada para que seja instaurado um processo administrativo, podendo a mesma agir de ofício se assim entender que deve. Nesse sentido é a redação do artigo 5º da

---

<sup>66</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1207.

lei 9.784/99 “o processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado”.<sup>67</sup>

Geralmente, ao ser iniciado a pedido do interessado, o requerimento preferencialmente deve ser por escrito e preencher alguns requisitos. O artigo 6º do referido diploma legal estabelece em seus incisos quais são os requisitos e Alexandre Mazza discorre sobre eles:

Como regra, o requerimento do interessado deve ser formulado por escrito, sendo obrigatória a indicação dos seguintes elementos: a) órgão ou autoridade administrativa a que se dirige; b) identificação do interessado ou de quem o represente; c) domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações; d) formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos; e) data e assinatura do requerente ou de seu representante.<sup>68</sup>

Todavia, o próprio artigo 6º ressalva a existência de casos em que o requerimento poderá ser feito de forma oral.

Cabe destacar, ainda, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal é proibido aos órgãos e entidades administrativas a recusa imotivada de recebimento de documentos, sendo que é dever do servidor orientar o interessado a respeito de eventuais falhas.

Uma vez que se estabelece a forma pela qual é instaurado o processo administrativo, necessário tecer considerações acerca de quem pode deflagrar referido mecanismo, ou seja, quem são os legitimados para iniciar o processo administrativo.

O artigo 9º da lei 9.784/99 nos traz a definição de quem são os legitimados para propor referida demanda. São eles: a) titulares dos direitos e interesses que iniciem o processo, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas; b) terceiros interessados que, sem terem iniciado o processo, possuem direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; c) organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; d) pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Deve-se destacar que para fins de capacidade no processo administrativo, a regra é a mesma que vigora no âmbito do direito civil, ou seja, considera-se capaz a

---

<sup>67</sup> BRASIL. **Lei 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 1807.

<sup>68</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1210.

pessoa com mais de 18 anos, todavia, existe a possibilidade de ato normativo próprio prever idade diferente, tudo nos termos do artigo 10 da lei 9.784/99.<sup>69</sup>

Portanto pode-se perceber, que a regra é que os maiores de 18 anos que possuam interesse podem instaurar processos administrativos nos termos da lei.

#### 2.4.4. Competência

O artigo 11 da Lei 9.784/99<sup>70</sup>, estabelece que a competência administrativa é irrenunciável e exercida pelo órgão legalmente habilitado para seu cumprimento. Ocorre que, existem ressalvas estabelecidas pela própria lei, são os chamados casos de delegação e avocação.

A chamada delegação ocorre quando a administração pública transfere temporariamente parte de sua competência a outros órgãos titulares. Nas palavras de Alexandre Mazza,

Na delegação, um órgão administrativo ou seu titular transferem temporariamente parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.<sup>71</sup>

Ocorre que a própria lei estabelece determinadas ressalvas de casos em que competência é indelegável por parte da Administração Pública, referidos casos estão previstos no artigo 13 da Lei 9.784/99, são eles: a) a edição de atos de caráter normativo; b) a decisão de recursos administrativos; c) as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.<sup>72</sup>

Ainda cabe destacar que a delegação é revogável a qualquer tempo por vontade unilateral da autoridade que a delegou.

Lado outro, a avocação se manifesta como sendo algo contrário à delegação. Ao passo que no instituto da delegação a autoridade distribui

<sup>69</sup> Art. 10. São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio.

<sup>70</sup> Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

<sup>71</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1210.

<sup>72</sup> BRASIL. **Lei 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1808.

competências a demais órgãos, a avocação se manifesta quando um órgão chama para si, em caráter temporário e excepcional, a competência atribuída a outro órgão.

Alexandre Mazza conceitua,

Em sentido contrário, na avocação o órgão ou seu titular chamam para si, em caráter excepcional e temporário, competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior. Assim, pode-se concluir que delegação e avocação constituem exceções à regra geral da indelegabilidade de competências administrativas.<sup>73</sup>

Ainda no âmbito da competência, deve-se destacar que nos termos do artigo 17 da Lei 9.784/99<sup>74</sup>, o processo administrativo deverá ser instaurado perante a autoridade de menor poder hierárquico para decidir.

#### 2.4.5. Instrução do Processo

A instrução do processo ou simplesmente chamada fase instrutória, é o momento no qual as partes devem provar todo o alegado na fase inicial. A regra geral que vigora em nosso país é a que a parte deve provar o que foi alegado. Referida regra também é aplicada aos processos administrativos nos termos do artigo 36 da Lei 9.784/99 “Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei”.<sup>75</sup>

Pode-se concluir, em síntese, que a regra geral é que quem alega, deve provar.

Quando se fala da regra de instrução nos processos administrativos, ela não muda de figura, ou seja, continua valendo a máxima de quem alega possui o dever de provar. Todavia, o início da fase instrutória, ao contrário do que ocorre nos

---

<sup>73</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1211.

<sup>74</sup> Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

<sup>75</sup> BRASIL. **Lei 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1809.

processos civis, é promovida de ofício, sem prejuízo da possibilidade de propositura de atuações probatórias.<sup>76</sup>

Deve-se salientar, também, que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, conforme artigo 30 da Lei 9.784/99.<sup>77</sup>

Então, pode-se concluir que, a parte deve provar aquilo que alegou durante o processo, sendo que, encerrada a fase instrutória do processo administrativo, o interessado deverá se manifestar em dez dias, salvo quando a lei prever prazo diferenciado, nos termos do artigo 44 da referida lei.<sup>78</sup>

Encerrada a instrução processual, Alexandre Mazza assevera que,

Se o órgão de instrução não for competente para emitir a decisão final, deverá elaborar relatório indicando o pedido inicial e o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.<sup>79</sup>

Caso o órgão seja competente para decidir, este deverá tomar a decisão de acordo com o que estabelece a lei.

#### 2.4.6. Dever de Decidir

Uma vez instaurado o processo administrativo, o órgão competente está obrigado a não somente tomar uma decisão a respeito, bem como tal decisão deve ser explícita no processo. Nesse diapasão,

Obviamente, a Administração Pública tem o dever de emitir decisão expressa nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Não teria sentido ordenamento jurídico pátrio garantir o direito de petição aos administrados sem que houvesse, a cargo da Administração, o correlato dever de decidir.<sup>80</sup>

Contudo, além de ser obrigada a tomar as decisões nos processos de seu âmbito, a Administração Pública possui prazo para tanto. O artigo 49 da Lei 9.784/99

<sup>76</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1212.

<sup>77</sup>Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>78</sup>Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

<sup>79</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1213.

<sup>80</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 1213.

estabelece que encerrada a instrução processual, a administração possui o prazo de 30 dias para decidir, salvo nos casos em que haja prorrogação por igual prazo devidamente motivada.<sup>81</sup>

Há que se ressaltar que em caso de inconformidade com a decisão, os legitimados constantes no artigo 58<sup>82</sup> podem apresentar recurso administrativo no prazo de dez dias, quando a lei específica não dispor o contrário.<sup>83</sup>

Contudo, ainda há a possibilidade de o interessado recorrer ao Poder Judiciário, caso ainda não esteja satisfeito com a decisão. A doutrina até reconhece a chamada coisa julgada administrativa, porém a confere eficácia apenas na esfera administrativa, não obstando sua rediscussão pela via judicial. Nesse sentido, discorre Humberto Theodoro Júnior,

Os órgãos que julgam procedimentos instaurados perante Tribunais como, v.g., o Tribunal de Contas e o Conselho de Contribuintes, proferem decisões definitivas, para a esfera da Administração. Não adquirem, entretanto, a indiscutibilidade própria da *res iudicata*, de sorte que, instaurado o processo judicial, o Judiciário não estará impedido de reapreciar o conflito e dar-lhe solução diversa da decretada pelo órgão administrativo.<sup>84</sup>

O mesmo doutrinador ainda complementa que,

Inexiste, entre nós, a verdadeira coisa julgada administrativa, porque, por força de preceito constitucional, nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5, XXXV). A este cabe o monopólio da jurisdição, perante a qual se alcançará sempre a última palavra em termos de solução de litígios (inclusive os que envolvam a Administração Pública).<sup>85</sup>

Portanto, pode-se concluir que apesar da Administração Pública ter poder de decisão sobre seus processos, a análise do mesmo caso ainda pode ser feita perante o Poder Judiciário, caso os interessados se sintam prejudicados.

Todavia, a lei que regulamenta o processo administrativo não estabelece nenhuma diretriz a respeito das matérias que possam ser tratadas em referido

---

<sup>81</sup>Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

<sup>82</sup>Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo: I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

<sup>83</sup>Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

<sup>84</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Ed. 52. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 540.

<sup>85</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Ed. 52. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 540.

instituto, contendo, portanto, uma lacuna nesse sentido eis que não delimita as matérias passíveis de serem tratadas no âmbito administrativo.

## CAPÍTULO III – A ATUAÇÃO DO ESTADO ANTE AS LACUNAS

### 3.1. Lacunas no Ordenamento Jurídico

Um dos temas que mais merece considerações acerca da Teoria Geral do Direito é aquele pertinente à completude do ordenamento jurídico. Nesse contexto é questionado a possibilidade de o ordenamento jurídico prever, através das normas legais, todos os casos concretos ocorridos no cotidiano, ou, se ao contrário, existem situações as quais não há previsão expressa. É, nesse último contexto, que se verifica a existência das chamadas lacunas no ordenamento jurídico.

Maria Helena Diniz define lacunas como “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”.<sup>86</sup>

Outro autor que também define o termo lacunas no âmbito do Direito é Lemke, que estabelece que lacuna é ausência da norma legal. O mesmo autor traz as palavras Larenz e manifesta que lacuna “significa a ausência de uma regra determinada, que seria de se esperar no contexto global daquele sistema jurídico”.<sup>87</sup>

Nesse contexto, pode-se facilmente definir lacunas como os espaços em branco presentes no ordenamento jurídico.

Há que se destacar que referidos espaços em branco se tornam normais em nosso ordenamento jurídico, eis que é praticamente impossível que a lei trate de todos os aspectos da vida cotidiana em face do dinamismo e complexidade que a vida em sociedade possui como característica inerente.

Noutro plano, deve-se destacar que o próprio ordenamento jurídico traz a previsão da existência de possíveis lacunas e estabelece um tratamento específico nos casos em que haja sua aparição.

Deve-se destacar, nesse ponto, o que estabelece a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro, ou simplesmente LINDB, que confere em seu artigo 4º um tratamento específico caso o juiz se depare com uma lacuna, assim está escrito

---

<sup>86</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 70.

<sup>87</sup>LARENZ apud LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**. Revista Jurídica: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, Ano 9, n. 18, p. 9-40, jul./dez. 2005, p. 10-11.

na norma “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>88</sup>

Portanto, pode-se destacar que ainda que existente uma lacuna, essa não se torna impedimento para que se chegue a decisão em um caso concreto, eis que a LINDB trata das formas de sua supressão.

Todavia, para a compreensão do presente trabalho, deve-se ter em mente como se operam as lacunas no Direito Administrativo e como pode agir o Estado diante da existência de uma delas, eis que esse constitui tema bem controverso na doutrina.

### 3.2. Lacunas no Direito Administrativo

A diferenciação acerca do princípio da legalidade aduzida no capítulo anterior assume um papel de divisor de águas no Direito, para o Direito privado referido princípio possui o significado de liberdade e transmite uma ideia apenas de não-contrariedade ao ordenamento jurídico. Lado outro, para o Direito público, o mesmo princípio tem o significado de subordinação.

Trata-se do ensinamento clássico de Hely Lopes Meireles, mais uma vez manifestado no presente trabalho, sendo que, “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.<sup>89</sup>

Pode-se perceber que o mesmo princípio possui um papel e uma interpretação dúplice a depender sobre qual seara do Direito se manifesta.

Isso porque, para a Administração Pública permanece a ideia de função, que nos remete ao dever da própria Administração. A adoção de referidas considerações causa, na visão de estudiosos do Direito, uma visão mais peculiar sobre o fenômeno das lacunas no Direito Administrativo, sendo entendida como impedimentos à ação da Administração Pública.

---

<sup>88</sup> BRASIL. **Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro**. Vade Mecum Policial. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019, p. 99.

<sup>89</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 87.

Defendendo tal tese, pode-se citar Régis Fernandes de Oliveira, que estabelece,

[...] não se terá, nunca, lacuna em tal ramo do Direito, uma vez que se a Administração é serviente à lei e apenas pode realizar aquilo que a lei lhe traça como âmbito de sua possível ação, qualquer atividade estranha à lei ou por ela não amparada estará fadada ao anulamento.<sup>90</sup>

Entretanto, referido pensamento merece uma análise dotada de mais cautela ante às transformações que a sociedade e o Direito sofreram ao longo dos tempos.

### 3.3. Evolução do Direito: da Legalidade à Juridicidade

Durante o século XIX a sociedade viveu a época do ápice do liberalismo período caracterizado pela supremacia do direito individual e sobreposição do direito privado sobre o direito público. Nesse contexto, ganharam força os movimentos constitucionais, marcados pela regulamentação do Estado notadamente no que se refere à não intervenção na vida privada e vetando a quebra da autonomia da vontade.

Entretanto, no século XX houve uma reviravolta em tal sistema, eis que com a evolução da tecnologia, do capital em si, das relações de trabalho, entre outros aspectos, a necessidade de intervenção do Estado fez-se necessária com a finalidade de se assegurar direitos individuais e coletivos no âmbito material.

Nesse sentido, nas palavras de Barroso, “o pêndulo sai do âmbito do espaço privado para dar maior ênfase ao espaço público”.<sup>91</sup>

A consequência de tal alteração se dá no fato de que a Constituição, a partir de então, começa a assumir seu papel de protagonista no ordenamento jurídico, com sua escalada rumo ao topo da ordem jurídica posta nos Estados. As palavras de Luís Roberto Barroso nos fazem perceber que foi o que ocorreu de fato:

Na primeira parte do século, afirmava-se que o Código Civil era a Constituição do direito privado. De fato, a divisão era clara: de um lado, o direito privado, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, e a questão central, a autonomia da vontade; de outro, o direito público, em

<sup>90</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Lacuna e Sistema Normativo**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, pp. 47-8, 1998.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 82.

que os atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central, o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais. Ao longo do século, todavia, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado. No curso desse movimento, opera-se a despatrimonialização do direito civil, ao qual se incorporam fenômenos como o dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade.<sup>92</sup>

E ainda complementa que,

No quarto final do século, o Código Civil perde definitivamente o seu papel central no âmbito do próprio setor privado, cedendo passo para a crescente influência da Constituição. No caso brasileiro específico, a Carta de 1988 contém normas acerca da família, da criança e adolescente, da proteção do consumidor, da função social da propriedade. Além disso, os princípios constitucionais passam a condicionar a própria leitura e interpretação dos institutos de direito privado. A dignidade da pessoa humana assume sua dimensão transcendental e normativa. A Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.<sup>93</sup>

Dito isso, pode-se concluir que o Estado Social passa a buscar uma pacificação social através de um Estado forte, atuante, que possui o propósito de regulamentar aspectos formais e materiais sem tirar totalmente a liberdade dos indivíduos.

É nesse contexto, que o princípio da legalidade recebeu uma nova roupagem, sendo abordado sob uma ótica mais expansiva e não somente restritiva ao texto de lei, ou seja, passou-se a ampliar sua perspectiva e dar-lhe uma interpretação bem mais abrangente do que possuía em outros tempos. A justificativa para isso se dá no aumento de atribuições do Estado, que passou a ter mais funções e obrigações, o que deixou insustentável a ideia de submissão ao Poder Legislativo, fazendo, portanto que haja a necessidade de se ampliar a interpretação do princípio da legalidade a fim de que se possa buscar a pacificação social.

Segue essa linha de pensamento a Ministra do STF, Cármen Lúcia Antunes Rocha, que afirma:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei forma, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 82.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 82.

<sup>94</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 79.

Tal entendimento também encontra sustento nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo:

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.<sup>95</sup>

Pode-se concluir que com a evolução histórica da sociedade houve a necessidade de intervenção do Estado para regulamentar determinadas condutas a fim de se buscar a pacificação social.

Portanto, a ideia de um princípio da legalidade estático deu lugar ao princípio da juridicidade, que nada mais é, em apertada síntese, que um dinamismo atribuído ao princípio da legalidade para que o mesmo abarque a ideia de ser interpretado à luz de todo o ordenamento jurídico e não somente as leis.

Todavia, isso não significa que a Administração Pública poderá menosprezar a lei, priorizando os princípios e outras leis como sua fonte primeira de atuação. O que está sendo defendido aqui é que diante uma lacuna legislativa, ou seja, a ausência de diploma prevendo expressamente a atuação estatal, que a Administração não rejeite ou se utilize de referida lacuna para criar impedimentos para o pleito de seus administrados, mas que recorra a outros mecanismos juridicamente aceitos para concretizar os direitos previstos na Constituição.

### **3.4. O Processo Administrativo como Fonte de Reparação Civil do Estado**

Tendo em vista a abordagem trazida nos capítulos anteriores, já elucidamos o que venha ser a responsabilidade civil do Estado e processo administrativo. Contudo, calha, nesse momento, estabelecer uma breve abordagem sobre os dois temas.

A responsabilidade civil do Estado é definida pela própria Constituição da República:

---

<sup>95</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Rocha Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

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.<sup>96</sup>

Em suma, pode-se definir a responsabilidade civil do Estado como a responsabilização estatal que nasce com um dano causado, seja por seus agentes, seja pela própria Administração.

Dito isso, cabem considerações breves acerca do tema processo administrativos. Podem-se adotar como definição as palavras de Benigno Núñez Novo,

Processo administrativo é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei. Trata-se do modo como a Administração Pública toma suas decisões, seja por iniciativa de um particular, seja por iniciativa própria.<sup>97</sup>

Nesse ponto, pode-se dar início ao que seria o processo administrativo tratando dos casos de responsabilidade civil do Estado.

Antes de mais nada, cabe o questionamento se seria possível, mesmo em caso de o ordenamento jurídico não prever tal situação, se a Administração Pública, poderia indenizar as vítimas através de um processo administrativo por eventuais danos causados pela Administração, sem, com isso, ferir o princípio da legalidade administrativa, uma vez que não há previsão expressa sobre tal situação.

Há que se destacar que lei que regulamenta os processos administrativos no Brasil possui uma lacuna, uma falha em seu conteúdo, simplesmente pelo fato de não delimitar, em nenhum de seus artigos, quais os possíveis temas a serem abordados nessa forma processual.

Portanto, ante à lacuna existente, caberia uma interpretação do princípio da legalidade de uma forma mais ampla a fim de garantir às pessoas que sofreram determinado dano de serem indenizadas nos moldes do Código Civil e da Constituição Federal?

Crê-se, que em face de todo o exposto no presente trabalho, a resposta para tal pergunta deve ser afirmativa.

---

<sup>96</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

<sup>97</sup> NOVO, Benigno Núñez. **Processo administrativo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5730, 10 mar. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70086>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

Isto porque, conforme dito exaustivamente no tópico anterior, com a evolução da sociedade e propriamente a evolução do Direito em si, houve a necessidade do princípio da legalidade receber uma nova roupagem a fim de adaptar às necessidades da população, sendo admitida, nos dias atuais uma interpretação mais ampla a fim de se expandir o conceito de legalidade para juridicidade e, com isso, possibilitar que a interpretação do referido princípio se dê tendo em vista o ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, com o nascimento da Lei 9.784/99, ela trouxe uma previsão expressa acerca dessa possibilidade de análise. Vale destacar que no inciso I do artigo 2º, a lei descreve que a atuação nos processos administrativos se dará de acordo com a lei e o Direito,

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito.<sup>98</sup>

Pode-se perceber que o texto legal se manifesta no sentido de permitir a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, inclusive determinando que a atuação nos processos administrativos pode-se dar conforme o ordenamento jurídico como um todo e não sendo restrito somente às leis.

Nesse ponto, é pertinente destacar que há norma expressa no Código Civil acerca do dever de indenizar, o artigo 927 prevê que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.<sup>99</sup>

Não há uma diferenciação entre pessoas no artigo de lei trazido, sendo que, na interpretação da norma, deve-se levar em consideração que o legislador atribuiu a toda e qualquer pessoa (seja ela particular ou pública) o dever de indenizar por eventuais danos causados.

Ademais, a jurisprudência é pacífica no sentido de aplicar referida norma à Administração Pública e condená-la a indenizar por eventuais danos causados a terceiros nos casos que são levados para a apreciação do Poder Judiciário.

---

<sup>98</sup> BRASIL. **Lei 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1807.

<sup>99</sup> BRASIL. **Código Civil – Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 212.

Deve-se notar, também, que o artigo 5º da Constituição assegura o direito de indenização caso haja violação dos direitos da personalidade, assim é a redação do inciso X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.<sup>100</sup>

Portanto, pode-se concluir que há previsão acerca do dever de indenizar por eventuais danos morais e materiais no Código Civil, bem como na Constituição Federal de 1988, sendo que, no caso da previsão constitucional, esta possui patamar de direito de garantia individual do ser humano, não podendo ser violada, suprimida ou negada.

O dever de indenizar está previsto na Constituição e no Código Civil. A possibilidade acerca de uma interpretação maior do princípio da legalidade está prevista na própria lei 9.784/99, portanto não há que se falar em violação ao princípio da legalidade caso seja instaurado um processo administrativo para apurar eventual responsabilidade do Estado e garantir indenizações às vítimas.

Destaca-se que o processo administrativo é uma ferramenta hábil para tanto, eis que bem mais célere que o processo judicial, sendo que é aplicável a ele todos os princípios garantidos nas ações judiciais, notadamente a ampla defesa e o contraditório, publicidade e princípio do devido processo legal.

Ademais, caso os interessados não estejam satisfeitos com a decisão na via administrativa, é assegurado aos mesmos o direito de recorrerem à via judicial, nos termos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, portanto não há que se falar em eventuais prejuízos causados em um processo administrativo, haja vista que a decisão pode ser reavaliada pelo Poder Judiciário.

Portanto, pode-se concluir dizendo que no ordenamento jurídico brasileiro existe a regulamentação de um processo eficaz e capaz de decidir os casos que envolvam responsabilidade civil do Estado e conceder-lhes um tratamento mais célere a fim de buscar a reparação de eventuais danos causados às vítimas que tiveram seus direitos violados por parte da atuação Estatal.

---

<sup>100</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 6.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de todo o exposto, percebe-se que o presente trabalho trouxe considerações acerca do que venha a ser responsabilidade civil, bem como abordou seus aspectos objetivo e subjetivo. Além de elencar os requisitos para que haja o nascimento do dever de indenizar, bem como abordou a responsabilidade civil do Estado com suas particularidades.

Após referidas considerações, abordou-se o modo que se dá a atuação do Estado, bem como os poderes que a legislação o confere e o modo pelo qual ele age, através da instauração de processos administrativos.

Com isso, passou-se a abordar como seria a atuação do Estado em face de lacunas e acerca da possibilidade de o processo administrativo ser instaurado a fim de se apurar e indenizar eventuais vítimas nos casos de responsabilidade civil do Estado.

Em face de toda a pesquisa feita, chega-se à conclusão de que há, embora inexista previsão expressa nesse sentido, a possibilidade de o Estado indenizar as vítimas nos casos em que envolvam sua responsabilidade civil através de processos administrativos, sem que isso acarrete em violação do princípio da legalidade administrativa.

Portanto, caso haja a vontade do ente federativo indenizar as vítimas de eventual dano, este poderia instaurar um processo administrativo a fim de ver assegurado o direito das vítimas de receber sua devida indenização, sendo que referido meio se mostra extremamente eficaz pelo fato do processo administrativo sofrer dos princípios aplicáveis aos processos judiciais, garantir as partes tratamento igualitário e ser mais célere a fim de se buscar o que realmente almejam as vítimas de eventual dano, além, é claro, de desafogar o já saturado Poder Judiciário.

Vale destacar que, caso um dos interessados se sinta prejudicado, este ainda pode recorrer à via judicial, pelo fato da decisão administrativa não acarretar impedimento à análise da matéria pelo Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. São Paulo. Saraiva, 2017.

BRASIL. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **CÓDIGO PENAL**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro**. Vade Mecum Policial. Indaiatuba/ SP: Editora Foco, 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784/99 de 29 de janeiro de 1999**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva. 2017.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT. 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Editora GEN, 2018.

FIGUEIREDO, Lúcia Rocha Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo – SP: Editora Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

GOMES. Orlando. **Responsabilidade Civil**. Revisado e atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil** - vol. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LARENZ apud LEMKE, Nardim Darcy. **Lacunas no sistema jurídico e as concepções não positivistas da norma**. Revista Jurídica: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina, Ano 9, n. 18, p. 9-40, jul./dez. 2005, p. 10-11.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 9 ed. São Paulo: Método, 2006.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder Regulamentar**. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20110118231013562](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562)>. Acesso em: 29/05/2019.

NOVO, Benigno Núñez. **Processo administrativo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5730, 10 mar. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70086>>. Acesso em: 7 jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal Parte Geral**. Vol. 1 esquemas&sistemas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Lacuna e Sistema Normativo**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, pp. 47-8, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III: Contratos. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RALDI, Udelson Josue. **Responsabilidade civil objetiva**: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Ed. 52. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. 57ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.