

ano 17 - n. 69 | julho/setembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i69
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado*

Fundamentals for the adoption of a preventive model of civil liability of the State

Luzardo Faria**

Universidade Federal do Paraná (Brasil)

farialuzardo@hotmail.com

Recebido/Received: 14.07.2017 / July 14th, 2017

Aprovado/Approved: 18.08.2017 / August 18th, 2017

Resumo: Embora a doutrina tradicional sempre tenha considerado o dano como elemento essencial da responsabilidade civil do Estado, defende-se que, seguindo o que já foi feito no âmbito do direito civil e do direito ambiental, essa matéria deve passar por uma revisão nesse ponto, a fim de que se possam instituir meios de prevenção – e não só de repressão – desses danos, também na seara do direito administrativo. Nesse sentido, defende-se a aplicação, em face da Administração Pública, da tutela contra o ilícito (tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito), prevista no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Exatamente por não levar em consideração o dano, a tutela contra o ilícito pode ser utilizada como instrumento eficiente para fazer com que o Estado, antes de causar o dano, previna-o, através da imposição, ao Poder Público, de uma obrigação de fazer ou de não fazer que corrija a atitude ilícita e/ou antijurídica.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Responsabilidade civil preventiva. Prevenção de danos. Tutela contra o ilícito. Tutela inibitória.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* FARIA, Luzardo. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.833.

* Artigo vencedor do prêmio 1º lugar no Concurso de Artigos Jurídicos promovido pelo XVII Congresso Paranaense de Direito Administrativo (Instituto Paranaense de Direito Administrativo).

** Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Secretário Executivo da Revista de Investigações Constitucionais. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado. *E-mail:* <farialuzardo@hotmail.com>.

Abstract: Although the traditional doctrine has always considered damage as an essential element of civil liability of the State, it is argued that, following what has already been done in Civil Law and Environmental Law, this matter must be revised at that point, in order that measures of prevention – and not just of repression – can be instituted, even in the area of Administrative Law. In this sense, it is defended the application, against Public Administration, of the legal injunctions described in art. 497, sole paragraph, of the Code of Civil Procedure. Exactly because it does not take into account the damage, these injunctions can be used as an efficient instrument to make the State, before causing any harm, able to prevent it, by the imposition of a to do or not to do obligation, in order to correct the illegal or unconstitutional attitude.

Keywords: Civil liability of the State. Preventive civil liability. Damage. Prevention. Legal injunctions.

Sumário: **1** Introdução – **2** A confusão conceitual entre as categorias de responsabilidade civil, antijuridicidade e dano – **3** As bases fundamentais da teoria da responsabilidade civil preventiva – **4** A superação das críticas realizadas à teoria da responsabilidade civil preventiva – **5** Tutela contra o ilícito: breves apontamentos sobre sua natureza jurídica e seu desenvolvimento no direito processual civil – **6** A tutela contra o ilícito e o direito administrativo: instrumento para a responsabilidade civil do Estado preventiva – **7** Conclusão – Referências

1 Introdução

A teoria da responsabilidade civil do Estado foi se estruturando ao longo da história sempre com a premissa de que o dano seria um elemento essencial para esse instituto. Nessa linha, se não houvesse dano, não haveria responsabilização civil.¹ Como consequência, desenvolveu-se todo um aparato jurídico voltado apenas à reparação das lesões sofridas pelas vítimas e ao consequente sancionamento do Poder Público causador do dano. Segundo esse pensamento, a forma por excelência através da qual a responsabilidade civil repara os danos sofridos pela vítima e sanciona o agressor é a condenação em indenização pecuniária, o que faz com que o dever maior dos estudiosos dessa matéria tenha sido, simplesmente, o de buscar meios cada vez mais eficientes de concretizar essa indenização.

Nesse contexto, “o escopo de prevenção da prática de atos ilícitos e dos possíveis danos decorrentes, a partir do sistema de responsabilização, poderia ser considerado, quando muito, mera consequência eventual ou indireta”.² O atual sistema de

¹ Expressamente, nesse sentido, é a lição de Rogério Donnini, que representa a maior parte da doutrina que trata do tema: “não haverá responsabilidade civil se inexistir dano, como dissemos, o que significa dizer que a prevenção de danos não integra o rol dos pressupostos da responsabilidade civil” (DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 490). Na mesma linha, Bruno Leonardo Câmara Carrá, que sustenta ser o dano o “pináculo em torno do qual é cimentada a própria noção de responsabilidade civil, cuja existência destina-se a reprimi-lo” e que o dano se constituiu como “primeiro e principal pressuposto” da responsabilidade civil, uma vez que “sem dano, ninguém é civilmente responsável” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7).

² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 217.

responsabilidade civil já reconhece de certa forma a necessidade de internalização do dever de prevenção de danos através de sua função punitivo-exemplar.³ No entanto, isso ainda é muito pouco – principalmente quando se está a analisar a responsabilidade civil do *Estado*, que, por ser uma abstração jurídica, não sente o impacto das medidas coercitivas do mesmo modo que os particulares.

Além disso, no caso específico das ações de responsabilização civil movidas contra o Poder Público, a vítima deve superar alguns obstáculos especiais para ver concretizado o seu direito à indenização, como a insuficiência financeira do Estado (e a decorrente utilização do argumento da reserva do possível como excludente de responsabilidade nos casos de omissão)⁴ e o regime de precatórios, que dificulta a obtenção dos créditos judiciais reconhecidos contra a Fazenda Pública.⁵

Ainda soma-se a esses dois fatos o fenômeno – esse não específico do direito administrativo, mas, sim, sentido em todas as disciplinas do mundo jurídico – dos novos direitos⁶ e dos novos danos, típicos do modelo de sociedade atualmente vigente. Por possuírem natureza extrapatrimonial, esses direitos não se adequam ao modelo de reparação pecuniária. Os danos causados pela Administração Pública à honra ou à saúde de uma pessoa, por exemplo, não podem ser quantificados *monetariamente*.⁷

³ Ainda com base no pensamento de Rogério Donnini é possível demonstrar também que a doutrina majoritária se satisfaz com a premissa de que a indenização e os meios coativos de cumprimento da decisão judicial são suficientes para a realização da função preventiva da responsabilidade civil: “A real e efetiva prevenção de danos sucede com a fixação do valor de desestímulo quando do arbitramento da indenização [...]. Portanto, previne-se o dano com a fixação de valores indenizatórios que, efetivamente, inibam o agente” (DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 498-499).

⁴ Defendendo essa possibilidade: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 655; FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178; MODESTO, Paulo. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002.

⁵ Em crítica ácida ao atual panorama do sistema de precatórios, Marçal Justen Filho afirma que a própria relevância do instituto da responsabilidade civil do Estado se perdeu diante de um Estado que, na prática, não oferta aos cidadãos lesados todas as ferramentas necessárias para viabilizar a execução das condenações judiciais e, assim, garantir a supremacia da jurisdição (JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 73).

⁶ No âmbito do direito público e, mais especificamente, do próprio direito administrativo, a respeito do conteúdo da noção de “novos direitos”, é imprescindível a leitura do trabalho do administrativista argentino Juan Carlos Cassagne: CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.

⁷ O mesmo ocorre, em regra geral, com todos os direitos fundamentais sociais. A técnica de responsabilização civil reparatória foi desenvolvida em uma época na qual vigia o paradigma liberal no mundo jurídico. No entanto, desde – principalmente – a Constituição Federal de 1988 consolidou-se no Brasil o modelo de Estado Social de Direito, que exige atuações positivas da Administração Pública (não apenas na prestação e no fornecimento desses direitos – como se costuma estudar –, mas também na sua preservação) (BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian’s directive Constitution debate. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014). Sobre o tema, em outros ordenamentos, ver: BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime.

Nesse sentido, sua reparação em dinheiro será sempre inexata (para mais ou para menos), o que faz com que o objetivo central da responsabilidade civil (de reparar integralmente os danos) se torne, nesse campo, uma grande ilusão.⁸

Diante desses fatores, faz-se necessário um estudo acerca da possibilidade de instituição de um modelo de responsabilização civil preventivo no direito administrativo, sendo esse, pois, o principal objetivo deste trabalho.

2 A confusão conceitual entre as categorias de responsabilidade civil, antijuridicidade e dano

O estudo da responsabilidade civil do Estado foi historicamente desenvolvido classificando o dano como um de seus elementos essenciais. Em razão disso, a responsabilização do Estado só é admitida atualmente após a geração desse dano. Ou seja, ainda que se comprove a existência de uma conduta estatal antijurídica (passível de ocasionar um dano futuro), o ordenamento, segundo as lentes da doutrina tradicional, não permite a responsabilização.

Percebe-se, diante disso, que a confusão criada entre os conceitos de *antijuridicidade*⁹ e de *dano* inviabiliza a aceitação e o aprimoramento de um sistema preventivo de responsabilização do Estado. Em razão disso, insta analisar separadamente cada uma dessas categoriais, a fim de que se possa compreendê-las adequadamente, livre das comuns confusões.

No campo do direito, no qual alterações semânticas e axiológicas são constantes, há um grave problema em se apegar a conceitualismos exacerbados. Isso pode impedir a evolução dos institutos jurídicos, que devem se encontrar em ininterrupta adaptação (teórica e prática) aos valores e às necessidades sociais.

Assim, não é porque o tema da responsabilidade civil foi tradicionalmente construído com o objeto de viabilizar o ressarcimento dos danos que a essência desse conceito tenha de estar diretamente ligada à existência de danos.¹⁰

Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

⁸ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 201.

⁹ Nesse tópico, antijuridicidade e ilicitude serão tratados como sinônimos. Isso porque como a regra (principalmente no direito privado) é que a responsabilização derive de atos ilícitos (violadores da lei formal), a doutrina costuma analisar a problemática ora enfrentada tratando da confusão das categorias de *ilicitude*, dano e culpa. No direito administrativo, porém, como já explicado, é possível a responsabilização civil do Estado também por atos lícitos, quando deles decorrer um dano especial e anormal. Com isso, porém, o ato, embora continue sendo legal em sentido estrito, passará a ser antijurídico, por violar um valor maior do direito, que é a equânime distribuição dos ônus e encargos sociais, uma derivação do princípio constitucional da isonomia. Assim, seja quando se fala em antijuridicidade, seja quando se fala em ilicitude, está-se referindo a um ato violador de alguma norma jurídica (seja uma lei formal ou a própria Constituição Federal).

¹⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 194.

Crer que a disciplina da responsabilidade civil deve se limitar à reparação de danos – e, conseqüentemente, que o seu “estado da arte” seja o desenvolvimento de meios eficazes de ressarcimento – demonstra uma falta de preocupação em conferir utilidade ao ordenamento jurídico e, dessa maneira, com o atendimento das necessidades sociais experimentadas atualmente.¹¹

José Cretella Júnior, pautando-se na etimologia desse conceito, lembra que “o termo *responsabilidade* evoca o cognato *resposta*, ambos alicerçados na raiz *spond* do verbo *respondere*, cujo significado é *responder*”.¹² Ser responsável, portanto, é *responder pelas conseqüências de seus atos*.

Assim, aproximando essa questão ao ponto de vista jurídico, percebe-se que a responsabilidade jurídica de um sujeito está ligada à submissão dele a um dever jurídico e as conseqüências decorrentes de seu descumprimento.¹³ É nesse mesmo sentido a preciosa lição de Marçal Justen Filho, para quem a responsabilidade “consiste num aspecto ou conseqüência da existência desse dever [jurídico] e seu conteúdo envolve a submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou a terceiro) como obrigatória”.¹⁴

Dentro do amplo campo da responsabilidade jurídica existem espécies de responsabilização com diferentes naturezas. Tradicionalmente costuma-se dividi-las em responsabilidade civil, penal e administrativa. O que importa salientar, diante disso, é que a natureza de cada espécie de responsabilidade é determinada a partir da natureza da infração cometida, da sanção aplicada ao agente que a cometeu e do sistema que apura a infração e aplica a sanção.

Assim, se se trata de uma infração penal (crime ou contravenção penal), a que são aplicadas sanções penais (como a privação de liberdade ou a restrição de direitos) através de um sistema processual penal, a responsabilidade será de natureza penal. O mesmo acontece quanto às infrações administrativas, normalmente consagradas em atos infralegais e estatutos de servidores públicos. *A responsabilidade civil, por conseqüência, seria aquela resultante de uma infração de natureza civil, que gera uma sanção cível e que é apurada através das normas processuais civis.*

¹¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 194-195.

¹² CRETILLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6-7.

¹³ Em mesmo sentido, é a lição de José dos Santos Carvalho Filho: “quando o Direito trata da responsabilidade, induz de imediato a circunstância de que alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 577).

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1295.

Isso, porém, não quer dizer que a única forma de responsabilização civil de alguém (seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado) seja a indenização monetária pelos danos causados. Tomando-se como referência a essência do conceito de responsabilidade civil, verifica-se não haver qualquer tipo de incoerência em concretizar essa responsabilidade através de obrigações de fazer ou de não fazer, as quais, do mesmo como a obrigação de pagar quantia certa, serão sanções destinadas a reprimir a prática do ilícito civil. A veiculação de uma campanha publicitária com conteúdo vexatório, por exemplo, é uma infração de natureza cível, mas que não necessariamente deve ser combatida (apenas) através da indenização pecuniária.

Essa equivocada identificação entre a responsabilidade civil e o dever de indenização decorre, na realidade, de uma outra confusão, anterior a esta: a unificação dos conceitos de *ilicitude* e *dano*.

Embora a imprecisa aceção dessas categorias seja verificada desde o direito romano, tornou-se muito mais visível com a ascensão do paradigma do Estado Liberal de Direito. Nesse período, o dogma no qual o Estado devia pautar sua atuação era o da *não interferência na esfera de liberdade dos cidadãos*. O direito, nesse sentido, era voltado a restringir a atuação estatal, autorizando-a apenas quando isso se fizesse necessário para salvaguardar os direitos de liberdade (vida, propriedade, ir e vir etc.). É por essa razão, portanto, que, à época do Estado Liberal, a ordem jurídica se importava apenas com os ilícitos que gerassem danos à esfera patrimonial dos cidadãos, o que acabou por gerar uma indevida assimilação entre esses dois conceitos.¹⁵

Dessa forma, pode-se dizer que “a associação do ilícito ao dano deriva do raciocínio de que a violação do Direito exige uma proteção contra o dano, seja de modo específico – isto é, quando for possível a recomposição *in natura* – ou através do equivalente em dinheiro”.¹⁶ Com isso, ao se identificar o ilícito com o dano e, assim, possibilitar a atuação jurisdicional apenas após a ocorrência deste, ignora-se que o ato ilícito é um ato que viola a ordem jurídica, cuja integralidade também requer proteção, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e extrapatrimoniais.

O tema da diferenciação entre ilicitude e dano nunca foi objeto de análises muito profundas por parte da doutrina,¹⁷ que, via de regra, sempre acatou a identificação entre esses conceitos como se fosse algo natural. De modo geral, esses conceitos sempre foram compreendidos como se houvesse uma inevitável relação lógica entre eles. Foi apenas a partir da década de 1960, na Itália, que realmente nasceu uma preocupação doutrinária em diferenciar esses dois institutos. E foi somente a partir

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

¹⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209-210.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 17.

dos estudos de civilistas e processualistas civis italianos que juristas brasileiros passaram, agora mais recentemente, a prestar maior atenção nesse tema.¹⁸

Com efeito, um fato jurídico para ser ilícito deve ter transgredido alguma norma (também jurídica). O ilícito é, logicamente, o não lícito (*non licet*, segundo a origem latina do termo). Ou seja, aquilo que não é permitido pela lei – e, em uma visão mais ampla, pelo ordenamento jurídico (o que, rigorosamente, faz com que seja mais adequado tratar o conceito como *antijuridicidade*). A produção de um dano, nesse sentido, não é requisito essencial para a conceituação do termo ilicitude.

Desse modo, quando se classifica o dano como pressuposto conceitual de ilícito, identifica-se a antijuridicidade com aquela que é, normalmente, a sua principal e mais sensível (no plano fático) consequência. Elencar o dano como prova da ilicitude demonstra a dificuldade – acima de tudo, cronológica – de se distinguir esses dois fenômenos.¹⁹ A característica essencial do ato ilícito, portanto, é – e sempre será – a *violação ou transgressão do direito*, enquanto que o evento danoso e o nexo de causalidade são elementos que devem ser considerados apenas como pressupostos necessários para que do ilícito possa derivar a obrigação de ressarcir o dano.²⁰ Assim, deve-se entender o ilícito como uma figura muito mais abrangente do que as situações de dano.

Essas distinções, em que pese parecerem banais, são as bases para o sistema preventivo de responsabilização civil. É somente aceitando-se que responsabilidade, enquanto categoria jurídica, não está necessariamente ligada à prévia produção de danos e que a ilicitude de um ato também independe dos danos possivelmente dele decorrentes, que se poderá aceitar um modelo de responsabilidade, que, visando combater o ato ilícito em si, possa fazer isso antes da ocorrência de quaisquer danos – prevenindo-os, portanto.

3 As bases fundamentais da teoria da responsabilidade civil preventiva

A natureza dos danos indenizáveis através do instituto da responsabilidade civil sempre variou na história, conforme demandaram as transformações da sociedade. Nesse

¹⁸ É o que reconhece Sérgio Cruz Arenhart em ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 105.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

²⁰ PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998. p. 6-7. O mesmo entendimento é reforçado por Antonella Miletti: “O ilícito é a violação de uma norma e qualquer menção ao dano pode, no máximo, ter a função de qualifica-lo, mas nunca de constituí-lo ou caracterizá-lo”. No original: “L’illecito infatti è la violazione di una norma e qualsiasi riferimento al danno e alla colpa può avere la funzione di qualificarlo ma non di costituirlo o di porlo in essere” (MILETTI, Antonella. *Tutela inibitoria individuale danno ambientale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 221. Tradução livre).

sentido, importantes modificações foram causadas pelas revoluções industriais,²¹ que impactaram consideravelmente o modo como as pessoas se relacionam socialmente entre si e também com o Estado. Com a evolução tecnológica da segunda metade do século XX, os danos passaram a ser ainda mais desastrosos. Além de os agressores muitas vezes serem anônimos, os danos podem ser praticados em escalas inimagináveis para os tempos anteriores, causando lesões que a responsabilidade civil tradicional certamente não é capaz de reparar com eficiência.²²

O primeiro ramo do direito a sentir os impactos desses novos danos (de proporções catastróficas) foi o direito ambiental, uma disciplina também muito recente na história do direito. Aliás, talvez seja exatamente por conhecer a insuficiência do modelo tradicional de reparação de danos que, no Brasil, a primeira disciplina a acatar uma forma de responsabilização preventiva também tenha sido o direito ambiental.

Atualmente, todavia, a questão dos novos danos não é mais exclusiva do direito ambiental. É inconteste que se espalhou por toda a ciência jurídica, exigindo em cada ramo do direito uma evolução interna para possibilitar a adaptação ao novo contexto. Nesse sentido, Bruno Leonardo Câmara Carrá afirma que “hoje há consenso de que em quase todas as áreas do Direito habita o sentimento de que as tradicionais formas jurídicas de reparação ou sanção não são capazes de contê-los de modo adequado”.²³

Não haveria de ser diferente, portanto, com o direito administrativo. Aliás, ao lado do direito ambiental, o direito administrativo é a disciplina jurídica que mais reconhece, no que concerne ao instituto da responsabilidade civil, o fato de que a contemporaneidade gerou uma “sociedade de riscos”.²⁴ Foi, inclusive, o primeiro ramo do direito brasileiro a adotar como regra a responsabilidade civil objetiva, em razão de uma teoria que foi chamada exatamente de “teoria do risco administrativo”. Assim, se hoje o estudo da responsabilidade civil do Estado parte invariavelmente da premissa de que a Administração Pública coloca os cidadãos constantemente sob riscos, esse é um motivo ainda mais forte para se defender a necessidade de desenvolvimento de um instrumento jurídico capaz de viabilizar a prevenção dos danos causados pelo Poder Público.

²¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 248.

²² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26.

²³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

²⁴ O termo é uma referência à teoria do sociólogo alemão Ulrich Beck, para quem os riscos criados pelas sociedades contemporâneas não conseguem mais ser definidos ou limitados em parâmetros temporais e espaciais como antigamente. Isto é, não se pode mais afirmar com certeza quando se está ou não exposto a um dano. Pelo contrário, sempre se está. Nessa nova sociedade os danos se tornaram globais, sendo praticamente impossível controlá-los ou gerenciá-los. Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013.

Diante dessas transformações sociais, tornou-se indiscutível que a lógica preventiva goza, atualmente, de um *status* de *mandamento nuclear do sistema jurídico*,²⁵ sendo um comando normativo que irradia seus valores por todo o ordenamento, exigindo adaptação por onde passa.²⁶ O principal motivo para isso, como já se disse, foi a impossibilidade das ferramentas jurídicas clássicas de tutelarem com satisfação os novos direitos e, nesse sentido, de reprimirem os novos danos.

Nesse sentido, como ensina Adela María Seguí, uma das principais alterações praticadas na natureza jurídica dos danos que são objeto da responsabilidade civil em razão dessas transformações sociais é a adaptação de seu próprio conceito. Atualmente, não se indeniza mais apenas os danos causados a bens patrimoniais. Protege-se, hoje, através da responsabilidade civil, bens jurídicos mais relevantes, que dizem respeito ao direito à dignidade do ser humano ou ao bem-estar de toda a comunidade, por exemplo.²⁷ É em razão disso tudo, portanto, que a responsabilidade civil da contemporaneidade não pode se limitar a “reparar, porque é impossível reparar o irreparável ou refazer o irreversível”, devendo-se, pois, “*impedir, prevenir, agir com discernimento* para que os danos sequer sejam produzidos”.²⁸

De fato, com a constatação de que os tradicionais instrumentos jurídicos de repressão de danos não mais dão conta de tutelar os direitos dos cidadãos com satisfação (uma vez que as recentes transformações da sociedade geraram danos que não se adequam às ferramentas clássicas da responsabilidade civil indenizatória), insta reconhecer a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico a essa nova realidade social, de modo que novos meios de proteção da esfera jurídica dos indivíduos possam ser desenvolvidos (principalmente voltados, a partir de agora, à prevenção dos danos).²⁹

²⁵ Essa, aliás, é a definição usada por Celso Antônio Bandeira de Mello para o termo “princípios”: “Princípio, é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 54).

²⁶ Mesmo quem discorda da possibilidade de existir uma responsabilidade civil preventiva não nega que o direito deva se preocupar com a prevenção de danos. É o caso, por exemplo, de Bruno Carrá, que afirma ser “meridiano constatar que seria preferível não haver o dano a reparar o dano”, que “a não destruição da coisa é preferível à sua reparação”, que “não haver a morte do indivíduo é melhor que a indenização pelo respectivo homicídio” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65).

²⁷ Sobre a tutela da dignidade da pessoa humana no direito administrativo, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013.

²⁸ No original: “No se trata aquí de reparar, porque es imposible reparar lo irreparable ni de volver atrás sobre lo irreversible; se trata de impedir, de prevenir, de tratar con discernimiento para que los daños no se produzcan” (SEGUÍ, Adela María. *Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 267-318, out./dez. 2004. p. 291. Tradução livre).

²⁹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 219.

A civilista francesa Catherine Thibierge foi a primeira autora a propor a existência de uma responsabilidade civil preventiva, em seu multicitado artigo intitulado “Libre propôs sur l'évotouion du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?)”, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil* em 1999.³⁰ Seu estudo foi utilizado como base para praticamente tudo o que se escreveu no Brasil a respeito dessa temática, que, embora ainda incipiente, está cada vez mais se tornando objeto de discussão na doutrina. Assim, entender o que a levou a desenvolver as bases desse novo instituto é compreender o que justificou a necessidade de desenvolvimento de um modelo de responsabilização civil baseado na prevenção de danos.

Através da apurada análise realizada por Bruno Leonardo Câmara Carrá, pode-se afirmar que essas são as principais premissas em que se baseou Thibierge para a construção de sua teoria: (i) a existência dos “novos danos” (mais complexos, mais graves, mais extensos, mais difíceis de serem reparados etc.); (ii) a própria capacidade de evolução do instituto da responsabilidade civil, tendo em vista as superações já ocorridas no tocante à instituição do modelo objetivo, por exemplo; (iii) a necessidade de desenvolvimento de meios de gestão desses novos danos, para além das discussões tradicionais acerca da correlação entre culpa e risco; (iv) a constatação fática de que a doutrina e a jurisprudência já estavam, à época, reconhecendo a necessidade de prevenção de danos.³¹

A essas premissas deve-se somar, ainda, a adequada compreensão dos conceitos de responsabilidade, ilicitude e dano, conforme desenvolvido no tópico anterior. Afinal, é apenas após entender que essas três categoriais são independentes entre si que se pode defender a existência de uma responsabilidade civil (lembre-se: de um *dever jurídico de responder pelas consequências civis de um ilícito civil*) que não pressupõe a geração do dano como seu elemento essencial.

Trata-se, de fato, de uma grande alteração paradigmática no direito da responsabilidade civil; da implementação de uma nova racionalidade, que possibilite o “redimensionamento conceitual, institucional e funcional da responsabilidade civil, agora repensada sob um viés preventivo, que, sem abandonar o paradigma do ressarcimento das vítimas, se revela mais consentâneo com as necessidades de proteção dos direitos”.³²

Uma mudança dessa natureza, porém, *não seria propriamente algo inédito* para a história do desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil do Estado. As

³⁰ THIBIERGE, Catherine. Libre propôs sur l'évotouion du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 89, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

³¹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.

³² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 220.

transformações ocorridas na sociedade já exigiram, em outras épocas, que o regime jurídico da responsabilidade civil do Poder Público fosse sensivelmente alterado. Foi o que aconteceu quando passou a se adotar a modalidade objetiva de responsabilização do Estado, transpondo o fundamento do instituto da culpa para o risco,³³ ou até mesmo quando o foco da responsabilidade civil deixou de ser o agente público causador do dano (como era no período da culpa civilística) para se voltar à pessoa da vítima.³⁴

O que está se defendendo aqui, portanto, é que

a responsabilidade preventiva passe a ser considerada não apenas uma expressão voltada a explicar eventuais reflexos derivados das regras de responsabilidade civil, mas, sim, verdadeiro fundamento, um novo paradigma, por via do qual os próprios instrumentos do direito da responsabilidade civil possam vir a ser repensados.³⁵

4 A superação das críticas realizadas à teoria da responsabilidade civil preventiva

Apesar das bases teóricas expostas no tópico anterior, a utilização do instituto da responsabilidade civil preventiva como forma de concretizar o dever de prevenção de lesões não é aceito pacificamente por toda a doutrina.

Com base no que já foi escrito nesse sentido até aqui, pode-se afirmar que as críticas à teoria da responsabilidade civil preventiva dividem-se basicamente em três principais argumentos:

- (i) como o *dano é uma figura historicamente essencial da responsabilidade civil*, todas as nuances desse instituto foram moldadas para viabilizar a melhor reparação possível das lesões sofridas pelas vítimas, motivo pelo

³³ Vale ressaltar, nesse ponto, que, como lembra Caio Mário da Silva Pereira, no âmbito do direito civil a inserção da modalidade objetiva de responsabilização também sofreu grande resistência da doutrina mais conservadora, que afirmava que “a marcha da responsabilidade no ruma da responsabilidade sem culpa seria um retorno aos primeiros tempos do direito e à rudeza primeva das XII Tábuas” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 17).

³⁴ Como demonstra Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, essas transformações – ressalvadas as respectivas peculiaridades de cada caso – também ocorreram no seio da responsabilidade civil do direito privado. Cf. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 220. No mesmo sentido, Bruno Carrá, ao afirmar que “a nova responsabilidade civil não pensa apenas em castigar o pecador, como se destinava a fazê-lo a responsabilidade oitocentista por meio da culpa. Ao contrário, ela se concentra na outra ponta da equação, no dano” e que ela é *nova* exatamente porque, após a revolução industrial, “promove a incorporação de institutos destinados a priorizar a pessoa da vítima e a reparação dos danos sofridos” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17-18).

³⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 221.

qual uma utilização do instituto da responsabilidade civil antes da ocorrência de um dano não apenas seria contraditório, como também inapropriado;³⁶

- (ii) a *utilização preventiva da responsabilidade civil poderia importar em restrições desproporcionais* a determinadas condutas e atividades humanas, tudo isso em nome da prevenção de um dano que nem se sabe efetivamente se de fato ocorrerá;³⁷
- (iii) é impossível se evitar completamente a ocorrência de todos os danos – principalmente em uma sociedade de riscos, como a ora vivenciada – o que faz com que a *responsabilidade civil preventiva também não seja suficiente* para tutelar integralmente todos os direitos dos cidadãos.³⁸

Apesar de poderem, à primeira vista, parecer convincentes, nenhuma dessas críticas consegue se manter após uma análise mais aprofundada das questões por elas tratadas, como se passa a fazer.

- (i) A questão primeira é, de fato, algo complicado. Do mesmo jeito que não se deve se apegar cegamente às tradições jurídicas do passado para negar as mudanças que são exigidas com base nas inovações do presente, não é prudente desconsiderar toda a história de um instituto jurídico, sob pena de se retirar a consistência do próprio conteúdo dessa categoria.

Apesar disso, entende-se que a falha desse argumento decorre do fato de que ele parte de algumas premissas equivocadas.

A primeira delas é a de que a teoria da responsabilidade civil preventiva desconsidera completamente o elemento do dano como pressuposto da responsabilidade civil. Sobre isso, deve-se deixar claro que *o dano é e continua sendo elemento essencial*

³⁶ “Historicamente a responsabilidade civil se vocacionou para a repreensão do dano não por acaso e sim porque essa dinâmica era a mais condizente com sua gestão jurídica. Voltada para o patrimônio do ofensor e não para sua pessoa, permitiria um equilíbrio flexível, diferentemente da esfera penal, entre a defesa das liberdades individuais e a proteção dos interesses tutelados de forma ampla pelo direito” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 206). Defendendo linha semelhante, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior chama atenção para outro problema que poderia decorrer da existência de uma responsabilidade civil sem dano: “o problema de admitir a responsabilidade sem dano é que todos esses efeitos distintos da reparação ficariam remetidos à responsabilidade civil. Haveria uma expansão extraordinária e pouco controlável da responsabilidade civil, que teria de dar conta de toda uma série de consequências que hoje lhe são estranhas. E isso justamente no momento em que a reparação de dano alcançou o maior grau de sofisticação e complexidade” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 89-103, jan./mar. 2016. p. 96).

³⁷ “Nada obstante seu ideal de garantir um mundo melhor para todos, a responsabilidade civil sem danos, sobretudo aquela baseada em um direito das condutas lesivas, pode vir na prática a tornar a vida civil insuportável” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 193).

³⁸ Para Bruno Carrá, não se pode “ter a ilusão de que ela [a responsabilidade civil preventiva] ou qualquer outro sistema jurídico, por mais que os reinventemos, venha a ser capaz de estabelecer uma sociedade de risco zero. Afinal, nem tudo pode ser prevenido!” (CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12).

do instituto da responsabilidade civil. O que muda, com a teoria preventiva, é apenas o modo de encará-lo. É preciosa, nessa linha, a lição de Thaís Venturi, que defende abertamente que não se está propondo uma “alteração do polo central do direito da responsabilidade civil (o dano)”, mas, sim, uma “inversão fundamental, no sentido de se buscar enxergá-lo antecipadamente pelo retrovisor, intentando-se precaver da melhor forma possível a sua ocorrência”.³⁹

O que se propõe através da teoria da responsabilidade civil preventiva, portanto, é uma *mudança* no “eixo da responsabilidade civil”. De fato “uma responsabilidade civil a priori é uma ideia singular na medida em que existe uma tradição de um mecanismo de responsabilidade que opera a posteriori, para reparar os danos”. No entanto, essa alteração não indica um abandono completo das ferramentas da responsabilização civil. O que se busca é apenas “ampliar o espectro de sua atuação”, para que a responsabilidade civil do Estado também possa passar a focar na prevenção dos danos e não *somente em sua reparação*. Ou seja, “não se trata de evitar esse instituto, mas de adequá-lo à transformação da sociedade e mesmo do dano”.⁴⁰ Nessa linha, reconhece-se que “o vocábulo dano é extremamente importante para o instituto da responsabilidade civil, mas não só a sua ocorrência, também o impedimento que ele ocorra”.⁴¹

(ii) O segundo ponto colocado como empecilho para a concretização prática da teoria da responsabilidade civil preventiva é o fato de que ela pode causar restrições descabidas e exageradas na esfera jurídica do futuro agressor.

A “responsabilidade por mera conduta”, como a ela se refere nesse ponto Bruno Carrá, é típica do direito penal, através do qual as pessoas podem ser responsabilizadas mesmo que não tenham causado dano a ninguém. A cláusula geral da criminalização por mera conduta está prevista no art. 14, II, do Código Penal, que define abstratamente o que é a tentativa de crime.⁴² Como ensina a doutrina especializada no tema, no direito penal a possibilidade de se responsabilizar alguém mesmo

³⁹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 249. Sentido semelhante é trilhado por Teresa Ancona Lopez, segundo quem a aplicação da lógica preventiva à responsabilidade civil não gera uma revolução completa desse instituto, pondo a perder tudo o que até aqui já foi desenvolvido nessa matéria. Até porque a responsabilidade civil preventiva possui, em última análise, o mesmo fundamento da responsabilidade civil ressarcitória, ou seja, os preceitos latinos de *alterum non laedere* e *neminem laedere* (LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 141).

⁴⁰ No original: “Vislumbrar la posibilidad de cambiar el eje de la responsabilidad civil es ampliar su espectro de actuación. Una responsabilidad civil a priori es una idea singular en la medida en que existe una tradición de un mecanismo de la responsabilidad que opera a posteriori, y que llega para reparar el daño. No se trata de tergiversar esta institución sino de adecuarla a la transformación de la sociedad y del mismo daño” (TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, v. 14, n. 18, p. 205-220, jan./jun. 2010. p. 206. Tradução livre).

⁴¹ GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória*. 2015. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 180.

⁴² Código Penal: “Art. 14. Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

sem que essa pessoa tenha causado dano a outrem se justifica pela importância dos bens jurídicos tutelados por esse ramo e que são postos em perigo com a simples conduta do agressor.⁴³

Ainda que a responsabilidade civil do Estado também trate de tutelar bens jurídicos tão importantes quanto os protegidos pelo direito penal – afinal, determinadas ações ou omissões do Poder Público podem causar tantos danos à sociedade quanto um assaltante ou um homicida –, não é nem esse o fundamento principal para se demonstrar o descabimento do argumento ora analisado.

A questão mais relevante de ser compreendida é a de que *uma aplicação da responsabilidade civil preventiva não significa necessariamente uma aplicação exagerada ou descomedida da responsabilidade civil preventiva*. Embora isso possa parecer óbvio, deve ser ressaltado para demonstrar que, assim como qualquer outro instituto jurídico, a responsabilidade civil preventiva exige parcimônia em sua aplicação – e em nenhum momento se pretende fugir desse encargo.⁴⁴ Frise-se que até com a responsabilidade reparatória é assim, tanto que a vedação legal ao enriquecimento sem causa (prevista no art. 884 do Código Civil)⁴⁵ é frequentemente utilizada como meio de coibir possíveis excessos em indenizações decorrentes de ações de responsabilização civil.

Em suma: se a aplicação da teoria da responsabilidade civil preventiva pode causar restrições indevidas na esfera jurídica dos agressores (o que, como explicado acima, é ainda mais grave no caso do Poder Público) não se deve rejeitar o instituto por completo, mas, sim, buscar sempre o controle de sua aplicação, principalmente através da exigência de uma fundamentação robusta das decisões judiciais, as quais devem respeitar, nesses casos, a regra da proporcionalidade.⁴⁶ Assim como em outras tantas situações do mundo jurídico, não se admitirá uma restrição a qualquer bem jurídico com base na responsabilidade civil preventiva que não seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

⁴³ Como ensina Cézar Roberto Bitencourt, “a punibilidade da tentativa fundamenta-se no perigo a que é exposto o bem jurídico, e a repressão se justifica uma vez iniciada a execução do crime. Não se equipara o dano ou o perigo ocorrido na tentativa com o que resultaria do crime consumado. Esta é a teoria adotada pelo nosso CP” (BITENCOURT, Cézar Roberto. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244).

⁴⁴ Como lembra Marinoni, “ainda que se possa demonstrar a probabilidade de um futuro ilícito, não é possível requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito, acabe causando um dano excessivo ao réu. A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela. Ou seja, a inibitória deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do limite” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 75. No mesmo sentido: STONOGA, Andreza Cristina. *Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110-111).

⁴⁵ Código Civil: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

⁴⁶ Apenas como registro, ressalte-se que se refere, aqui, à regra da proporcionalidade conforme teoria desenvolvida por Robert Alexy em: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 91-95.

- (iii) Por fim, o terceiro principal argumento utilizado para obstaculizar a utilização da responsabilidade civil preventiva é o mais fácil de ser contrariado. Ele propõe que, por ser impossível evitar completamente todos os danos, esse instituto também não seria suficiente para tutelar todas as necessidades dos cidadãos inseridos em uma sociedade de riscos.

Todavia, como já dito acima, nem mesmo os autores responsáveis pela estruturação do que hoje se chama de responsabilidade civil preventiva se iludem com o fato de que a utilização dessa ferramenta impediria todos os danos gerados na sociedade. Isso, no entanto, não pode ser argumento para barrar a utilização de uma ferramenta que é desenvolvida com o objetivo de *umentar* as munições das quais os cidadãos dispõem para proteger seus direitos em face do Estado. Se existem danos que *podem* ser evitados, eles *devem* sê-lo. Negar essa possibilidade porque *nem todos os danos podem ser evitados* chega a ser um descompromisso com o dever da efetiva proteção dos direitos.

Esse argumento é tão raso que, na verdade, o que parece estar por trás dele é um receio velado de que uma vez adotada e reconhecida pelo direito (nas legislações e nos tribunais) a responsabilidade civil preventiva, acontecerá um abandono do método mais tradicional de responsabilização civil, que é o da reparação dos danos.

A forma com a qual a referida teoria é construída na obra de Teresa Ancona Lopez, contudo, já é suficiente para superar também esse obstáculo. Conforme expressa a civilista, a responsabilidade preventiva nasce para funcionar *ao lado* da responsabilidade reparatória, naquilo que aquela puder e nos espaços em que esta for insuficiente. Assim, “uma não exclui a outra. *Ambas são necessárias*, pois, caso o dano não consiga ser evitado, deverá ser reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro”.⁴⁷ Com efeito, se a teoria da responsabilidade civil preventiva parte do pressuposto de que a sociedade vive, atualmente, em constante exposição a riscos e reconhece que, em razão disso, nem todos os danos podem ser evitados, seria ilógico imaginar que ela tenha o objetivo de substituir a responsabilidade reparatória. Seu objetivo – ressalte-se novamente – é o de atuar harmonicamente com ela para que a tutela dos direitos por parte do Estado possa ser cada vez mais efetiva.

5 Tutela contra o ilícito: breves apontamentos sobre sua natureza jurídica e seu desenvolvimento no direito processual civil

Quando a jurisdição começou a ser concebida como função autônoma do Estado, o seu objetivo maior no âmbito cível era a reparação de direitos subjetivos

⁴⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 17.

que houvessem sido violados. O Poder Judiciário, nesse contexto, agia sempre apenas em um momento *posterior* à ocorrência do dano, uma vez que a viabilização de uma função essencialmente preventiva da jurisdição necessitaria de uma ampliação dos poderes interventivos do juiz, o que definitivamente não era do interesse das classes dominantes no Estado Liberal.⁴⁸ Em matéria de responsabilidade civil do Estado, esse cenário era acentuado por ainda outro fator: a rígida separação de poderes instituída no florescer dos Estados de Direito, que tinha o objetivo de impedir que o Poder Judiciário interviesse nas atividades do Parlamento e da Administração Pública.⁴⁹ Uma constrição judicial a algum ato do Poder Executivo poderia vir apenas após a realização desse ato e a conseqüente verificação de que ele, de algum modo, infringia o direito, mas jamais uma atuação preventiva, voltada a determinar que o Poder Público agitasse de tal ou qual forma, com o objetivo de impedir ou cessar alguma atitude antijurídica.

Esse panorama só começou a ser alterado após a superação da noção privatística de jurisdição. Com base nas lições de Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda, alterou-se o modo de se enxergar a relação indivíduo-autoridade judicial. Tudo isso, frise-se, quando começavam a ser aplicadas as características fundantes do Estado Social, com o aumento dos poderes de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual e a conseqüente evolução de técnicas jurisdicionais adequadas a essa nova realidade.⁵⁰

Além disso, os riscos iminentes de lesão a direitos, cada vez mais comuns e intensos na contemporaneidade, os eventos danosos irreparáveis ou não quantificáveis monetariamente e as catástrofes praticadas em escala transindividual passaram a exigir, além da tradicional tutela ressarcitória, uma forma de tutela que fosse hábil a operar antes da violação da ordem jurídica e, assim, antes da realização de danos.

Em um ordenamento jurídico-processual que pretenda seguir a célebre máxima de Chiovenda, segundo a qual “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”,⁵¹ não pode admitir que contra violações de bens jurídicos não patrimoniais ou irreparáveis sejam ofertadas apenas tutelas ressarcitórias. Afinal, assim não se estará dando à vítima exatamente tudo aquilo a que ela tem direito (no caso, a não

⁴⁸ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. p. 18.

⁴⁹ Montesquieu, inclusive, na mesma obra que teoriza a separação dos poderes, chegou a dizer que o “o poder de julgar é, de algum modo, nulo”, sendo que os juízes seriam “somente a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. Cf. ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. 7. reimpr. São Paulo: Ática, 2006. p. 177; 180. Para uma visão mais contemporânea da teoria da separação dos poderes, ver: CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015.

⁵⁰ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. p. 51-52.

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 67. v. I.

violação de sua esfera jurídica). Nessas hipóteses, portanto, faz-se necessária a concessão de “uma tutela jurisdicional diferenciada, que garanta uma prevenção efetiva do dano, a cessação imediata do ilícito e o reestabelecimento do *status quo ante*”.⁵²

O ordenamento jurídico já está repleto de instrumentos processuais voltados à repressão de eventos danosos – e talvez a responsabilidade civil ressarcitória seja o mais comum deles. Mas, se o processo civil de fato deve servir como ferramenta para proteção e promoção do direito material e se, como demonstrado anteriormente, dano e antijuridicidade são categoriais independentes, deve-se buscar o desenvolvimento de uma forma de tutela jurisdicional que se volte especificamente contra o ilícito (pretendendo resguardar o direito material em sua origem), sem se importar com o dano.

Atualmente, a cláusula geral⁵³ de uma tutela preventiva no direito brasileiro está disposta no parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, que dispõe que “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Luiz Guilherme Marinoni enxerga nesse dispositivo duas formas de tutela jurisdicional: “(i) a *tutela inibitória*, que pode se voltar contra a prática, repetição ou a continuação de um ilícito; e (ii) a *tutela de remoção do ilícito*, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita”.⁵⁴ Para o processualista, ambas são espécies integrantes de um gênero mais amplo de tutelas processuais preventivas: a *tutela contra o ilícito* (que poderia ser chamada, com mais rigor, de *tutela contra a antijuridicidade*).

O parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil ao deixar claro, como visto, a diferenciação entre ato ilícito, dano, culpa e dolo consagra, sem deixar dúvidas, que essas tutelas não têm como pressuposto nenhum desses três últimos elementos.

⁵² No original: “una tutela giurisdizionale differenziata, che garantisca una prevenzione effettiva del danno, la cessazione immediata dell’illecito, il ripristino dello *status quo ante*” (MILETTI, Antonella. *Tutela inibitoria individuale danno ambientale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 200. Tradução livre).

⁵³ Aqui, deve ser louvada a legislação brasileira que, diferentemente da italiana, previu uma cláusula geral de tutela preventiva. Na Itália, país onde os processualistas civis brasileiros buscaram inspiração para o desenvolvimento da tutela contra o ilícito existente hoje no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, são tipificadas apenas algumas hipóteses determinadas de cabimento de tutela inibitória e/ou de remoção do ilícito, o que é objeto de fortes críticas pela doutrina especializada. Vittorino Pietrobbon, nesse sentido, afirma que “um estudo sobre a ilicitude só faz sentido se, além de delinear uma figura geral de ilícito, trace também as linhas de uma ação geral de defesa contra esse ilícito: uma ação geral, não prevista por hipóteses típicas, utilizável contra qualquer caso qualificável como ilícito”. No original: “uno studio sull’illecito ha senso e significato se, olte a delineare una figura generale di illecito, tracci anche le linee di una azione generale di difesa contro di esso: un’azione generale, non prevista per ipotesi tipiche, ma utilizzabile contro ogni caso qualificabile come illecito” (PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998. p. 115. Tradução livre).

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 15.

O foco, desse modo, tanto da tutela inibitória como da tutela de remoção do ilícito, é a ilicitude/antijuridicidade – e é por esse motivo que, como dito acima, Marinoni congrega essas duas espécies dentro do gênero que intitula “tutela contra o ilícito”. Ambas têm por escopo a imposição de uma obrigação de fazer ou de não fazer, com o objetivo de inibir a prática, reiteração e continuação de uma conduta antijurídica (no caso da inibitória) ou de remover seus efeitos (no caso da tutela de remoção).

Com base na literalidade do art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é possível afirmar a existência de três modalidades de inibitória: (i) uma voltada contra a ameaça de *realização de um ato antijurídico*, utilizada nas situações em que o réu ainda não cometeu nenhuma atitude antijurídica; (ii) uma voltada contra a ameaça de *repetição de um ato antijurídico*, cabível quando o réu já praticou alguma ilicitude e está prestes a repeti-la; (iii) e, por fim, uma voltada contra a *continuidade de realização da antijuridicidade*, também quando o ato já ocorreu, mas com a diferença de que, nesse caso, ele não se esgotou em um instante, continuando a ser praticado no decorrer do tempo, motivo pelo qual a inibitória se faz necessária para cessá-lo.

Enquanto a tutela inibitória se preocupa com um ilícito que *vai* acontecer, *vai* se repetir ou *vai* continuar acontecendo (com vistas ao futuro, portanto), a tutela de remoção do ilícito se dirige ao passado. Seu foco é a remoção de um ilícito já praticado e consumado no tempo.

Nesse ponto é comum que se faça uma confusão em razão do direcionamento pretérito da tutela de remoção, buscando até mesmo negar-lhe função preventiva, ao se considerar que, por se reportar a um evento lesivo passado, seu objetivo seria o de reprimir algum dano.

No entanto, ao contrário do que se poderia imaginar inicialmente, a tutela de remoção do ilícito *também não se preocupa com o dano*. Seu objeto continua a ser um ilícito. Um ilícito já praticado, é verdade – o que, nesse ponto, a diferencia da tutela inibitória – mas, ainda assim, um ilícito puro e simples, não importando o dano que dele *pode* ter sido gerado.⁵⁵

Outro equívoco comum é supor que a tutela contra o ilícito é uma forma de tutela contra a probabilidade futura de dano. Ainda que, como já dito, o dano seja uma causa frequente da violação de uma norma jurídica, o conceito de ilicitude compreende pura e simplesmente um desrespeito ao ordenamento jurídico. Na prática há de ser comum que quem ajuíze ação requerendo uma tutela contra o ilícito esteja, em última análise, buscando se proteger do sofrimento de um dano. Em termos estritamente processuais, porém, os operadores do direito só deverão se preocupar com

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26-27.

averiguar a violação de uma norma jurídica – tarefa que poderá ser facilitada, é verdade, conseguindo-se demonstrar a probabilidade de ocorrência futura de um dano. De outro modo, estar-se-ia tratando de uma tutela de *inibição do dano*, e não do *ilícito*.⁵⁶

6 A tutela contra o ilícito e o direito administrativo: instrumento para a responsabilidade civil do Estado preventiva

A responsabilização civil do Estado difere, em sensíveis pontos, do sistema de responsabilidade civil dos particulares. Uma diferença, frise-se, não apenas *quantitativa*, mas também *qualitativa*. É exatamente porque o Estado, muito mais do que qualquer agente privado, põe em risco os direitos dos cidadãos, que o seu modelo de responsabilização deve ser, também, qualitativamente mais refinado. Em razão disso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “naquelas atividades em que há um emprego de poder coletivo, em que um homem ou grupo de homens dispõem-se, voluntariamente, a decidir pelo grupo, a exigência moral da previsão das consequências, possíveis e prováveis, é inafastável”.⁵⁷

Também defendendo a necessidade de que a Administração Pública reconheça e pratique seu dever de prevenir danos e, especialmente, propondo isso através do instituto da responsabilidade civil do Estado, encontra-se a posição de Juarez Freitas. Para ele, “a Administração Pública precisa agir com precaução e prevenção, de maneira balanceada, se e quando houver motivos idôneas para ensejar a intervenção antecipatória proporcional”. Se isso não ocorrer, o administrativista alerta que a Administração Pública “será partícipe da geração de dano irreversível ou de difícil reparação e conspirará contra o direito fundamental à boa administração pública”.⁵⁸

Ainda, é relevante citar as lições de Hewarton Humenhuk, que, analisando o tema da responsabilidade civil do Estado por omissão e das violações a direitos fundamentais disso decorrentes, afirma que atualmente

emerge a necessidade de um redimensionamento da responsabilidade do Estado voltado à proteção dos direitos fundamentais, a partir da aplicação constante do controle por meio do teste de proporcionalidade e da utilização da prevenção e da precaução, que se traduzem em instrumentos de efetividade dos direitos fundamentais.⁵⁹

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25-26.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: sistema de direito político, estudo juspolítico do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 216-217.

⁵⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 127.

⁵⁹ HUMENHUK, Hewarton. *Responsabilidade civil do Estado Constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 121.

A responsabilidade civil do Estado preventiva, todavia, ainda que teoricamente sustentável, necessita de um instrumento hábil a torná-la factível. Como dito acima, a ferramenta mais adequada para a concretização da responsabilidade civil do Estado preventiva é a utilização da tutela contra o ilícito em face do Poder Público.

A utilização da tutela contra o ilícito como meio de concretizar a responsabilidade civil preventiva poderia por si só gerar alguma estranheza, tendo em vista que uma das principais premissas da natureza jurídica da tutela contra o ilícito é sua absoluta independência em relação ao dano – o qual, como explicado anteriormente, ao contrário do que difundem com preocupação alguns autores, não deixa de ser objeto da responsabilidade civil preventiva, sendo apenas encarado de outra forma (com o objetivo de evitá-lo).

Como se sabe, a responsabilidade civil do Estado tradicional requer a configuração de um dano (além de uma ação ou omissão estatal e do nexo de causalidade entre esses dois fatores). A responsabilidade preventiva, por outro lado, objetiva precaver o dano. Isso, porém, não obsta a utilização da tutela contra o ilícito como ferramenta para sua instrumentalização, já que inibindo ou removendo os efeitos de sua ilicitude estar-se-á minando qualquer possibilidade, antes existente, de geração de um dano a partir dessa conduta estatal antijurídica.

Nesse sentido, em que pese a tutela contra o ilícito não ser o mesmo que uma tutela contra a probabilidade de dano,⁶⁰ não se pode negar que “remover o ilícito é secar a fonte dos danos”.⁶¹ Desse modo, as ações em que se requer uma tutela inibitória ou de remoção terão o objetivo último de prevenir a ocorrência de danos. Embora em teoria o fim pretendido pela tutela inibitória seja a prevenção do *ilícito*, na prática, portanto, essa forma de tutela também pode ser usada como meio de prevenir danos, inclusive porque atitudes antijurídicas frequentemente geram lesões.

Existe uma série de doutrinadores nessa linha que defendem expressamente que o objetivo final das tutelas com função preventiva (grupo dentro do qual se enquadra a tutela contra o ilícito) não é simplesmente a prevenção do cometimento de um ato antijurídico em si, mas, sim, algo maior: evitar um evento lesivo.⁶²

Nada impede que sejam propostas, concomitantemente, duas ações, uma com cunho inibitório ou de remoção (para impedir novas violações ao direito ou remover

⁶⁰ “A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumeiramente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25).

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 59.

⁶² É o caso de Giorgetta Basílico em: BASILICO, Giorgetta. *La tutela civile preventiva*. Milano: Giuffrè, 2013. p. 6. E de Sérgio Cruz Arenhart em: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 155.

os efeitos daquelas já realizadas) e outra ressarcitória (para reparar os danos que eventualmente já tenham sido produzidos). É possível, também, que esses dois pedidos (de inibição/remoção e de ressarcimento) sejam feitos em uma mesma ação. Nessa hipótese, porém, a tutela contra o ilícito perderá boa parte de sua utilidade e relevância, pois o processo poderá ser submetido a complexos procedimentos probatórios necessários para a demonstração e quantificação do dano sobre o qual se requer o ressarcimento.⁶³

No âmbito do direito administrativo, além da cláusula geral disposta no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, alguns outros dispositivos demonstram a viabilidade de utilização da tutela contra o ilícito como forma de instrumentalizar a responsabilidade civil do Estado em casos específicos.

A Lei da Ação Civil Pública, por exemplo, em seu art. 11,⁶⁴ indica uma dessas possibilidades de utilização da tutela contra o ilícito. Ainda que aluda apenas à “cessação da atividade nociva” – o que faz parecer que admitiria apenas a tutela voltada contra a continuação de um ato ilícito –, é claro que essa norma deve ser interpretada de maneira ampla, de modo a abarcar também as tutelas voltadas contra a prática, a repetição e a remoção do ilícito. Mas, além disso, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor não faz qualquer restrição dessa natureza, o que acaba definitivamente com esse problema, sendo incontestável a possibilidade de uma “ação coletiva contra o ilícito”, seja em qual modalidade for.⁶⁵ O mais interessante é perceber que, através disso, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas políticas (União, estados, Distrito Federal e municípios), as pessoas jurídicas da Administração Pública indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) e as associações civis constituídas há mais de um ano estarão legitimadas a ajuizar ações civis públicas com pedido de tutela inibitória ou de remoção de ilícito, com o objetivo final de que violações a direitos difusos e coletivos ou à honra e à dignidade dos cidadãos, por exemplo, sejam prevenidas – e os danos, assim, evitados.

Ainda poderia ser citado o caso do mandado de segurança preventivo, previsto na Lei nº 12.016/09, como instrumento para proteção de direitos líquidos e certos sobre os quais haja justo receio de violação por parte de alguma autoridade pública. Como ensinam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “o mandado de segurança constitui ação idônea para obtenção de tutela inibitória. O

⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111-112.

⁶⁴ Lei nº 7.347/85: “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 96.

mesmo vale para a tutela de remoção do ilícito. O mandado de segurança permite a remoção da causa ou dos efeitos do ato ilícito”.⁶⁶

Além da via judicial, a tutela contra o ilícito pode ser pleiteada e efetivada também na via administrativa.⁶⁷ Em *primeiro lugar* porque o Código de Processo Civil, em seu art. 15, prevê a aplicação subsidiária de suas normas aos processos administrativos.⁶⁸ Assim, por não possuir qualquer vedação contra isso na Lei nº 9.784/99, o art. 497, parágrafo único, do diploma processual civil pode ser facilmente bem aplicado em processos administrativos. Ricardo Marcondes Martins é expresso na defesa da existência de tutelas administrativas contra o ilícito (tanto inibitórias, como de remoção). Em suas palavras, “havendo justificado receio de que o ato [administrativo] inválido seja editado ou de que não seja editado o ato exigido pelo sistema jurídico, o administrado ou o Ministério Público podem pleitear, administrativa ou judicialmente, a tutela preventiva contra a prática do ilícito”.⁶⁹

E, em *segundo lugar*, porque a responsabilidade civil do Estado preventiva, quando bem aplicada, satisfará tanto o interesse primário, como o secundário da Administração Pública. Dessa forma, não há razões para que o Poder Público veja a tutela contra o ilícito como algo prejudicial para ele.⁷⁰ A bem da verdade, a Fazenda Pública de um modo geral precisa abandonar a lógica de contraposição contra os cidadãos que lhe requerem alguma diligência, admitindo que, tantas vezes, o melhor a fazer é conceder o pedido administrativamente, evitando um conflito judicial.⁷¹

Diversas hipóteses concretas de responsabilização civil preventiva do Estado através da tutela contra o ilícito podem ser imaginadas. José Carlos Barbosa Moreira,

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 773-774.

⁶⁷ A hipótese de se requerer tutelas administrativas contra o ilícito se demonstra harmônica, também, com as transformações pelas quais vem passando a Administração Pública brasileira nos últimos anos. Com efeito, cada vez mais a doutrina tem pugnado pela necessidade de procedimentalização da atividade administrativa (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016. p. 55-58), bem como da adoção de práticas consensuais da Administração Pública para com os cidadãos interessados na resolução de determinadas demandas que envolvam o Poder Público (BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 217-219).

⁶⁸ Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15): “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 578.

⁷⁰ Como pontua Marinoni, tratando da utilização da tutela contra o ilícito no direito ambiental, “se o Estado-Administração também tem o dever de zelar pelo meio ambiente, ele deveria ficar agradecido ao cidadão que, exercendo a ação por intermédio das associações legitimadas, aponta a omissão que deve ser suprida para que o meio ambiente não seja degradado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 106-107).

⁷¹ Nesse sentido: HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.

por exemplo, já há muito tempo ressaltava que o papel da jurisdição no tocante à garantia de que os serviços públicos prestados pela Administração ou por suas concessionárias funcionem com regularidade e eficiência é necessariamente o de

prevenir ofensas a tais interesses [públicos], ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição, nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.⁷²

Na Itália, Vittorino Pietrobon chega a comentar um caso real em que o Judiciário acolheu o pedido de pais que haviam decidido por deixar seus filhos sem aulas de instrução religiosa e, assim, determinaram que a escola se abstinhasse de aplicar-lhes os testes através dos quais se cobrava a matéria de ensino religioso. Utilizou-se, para isso, uma tutela inibitória, voltada a impedir a prática de um ato violador ao direito à liberdade religiosa daquela família.⁷³ Caso a tutela preventiva não tivesse sido deferida, as crianças teriam sido obrigadas a participar de aulas e ser examinadas através de testes que, por algum motivo, consideravam que violavam sua consciência religiosa. Assim, inclusive estariam legitimados a ingressar com ações indenizatórias contra o Estado, em razão dos danos de ordem moral e psíquica que certamente teriam sofrido se houvessem sido expostos a essa situação.

Até mesmo nas ações judiciais movidas contra a Administração Pública com requerimento de alguma prestação fática relacionada a um direito fundamental social (que se tornaram tão comuns nos últimos anos), pode-se considerar que o pedido final possui forma de tutela contra o ilícito.⁷⁴

É verdade que nesses casos há quem defenda que o processo se trate de uma simples ação relativa a uma obrigação de fazer e não a uma tutela inibitória.⁷⁵ No entanto, com base nas lições de Marinoni é possível afirmar o contrário. Se um processo, como exemplo, uma ação judicial para obtenção de medicamento previsto na lista do SUS, serve para permitir a obtenção de tutela que resguarde o direito à saúde dos cidadãos e se o Poder Público tem o dever legal ou constitucional de conceder o medicamento pleiteado, “é evidente que a ação processual, ao tomar em consideração este dever, objetiva fazer atuar uma norma de conteúdo preventivo e, assim, visa evitar que uma omissão ilícita se perpetua como fonte de danos”. Nesse

⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 19, p. 117-126, 1979. p. 121.

⁷³ PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito*: inibitoria e risarcimento. Padova: Cedam, 1998. p. 11.

⁷⁴ É essa a tese defendida por Liana Cirne Lins em sua tese de doutoramento: LINS, Liana Cirne. *Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas*. 2007. 303 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. p. 253-280.

⁷⁵ É o caso de Eduardo Talamini: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 232 e ss.

sentido, no caso em que uma decisão judicial determine a concessão de um medicamento essencial para a preservação do bem-estar saudável de uma pessoa – ou seja, para que ela não sofra graves danos à sua saúde ou, até mesmo, à sua vida em decorrência da não utilização desse fármaco – “não há dúvida de que esta tutela jurisdicional determina o adimplemento de um dever, mas isso ocorre para que a norma de proteção ao direito fundamental deixe de ser violada pela omissão continuada da Administração”.⁷⁶

É claro que a excessiva judicialização da saúde se tornou um grave problema do direito administrativo e constitucional brasileiro,⁷⁷ o que inclusive faz com que seja difícil enxergar, hoje, uma lógica preventiva nessas ações. No entanto, a chave para a compreensão desse raciocínio está na aceitação acerca da diferenciação entre as categorias de dano e ilicitude, que foi detalhadamente exposta no tópico 2. A decisão (ou a omissão) administrativa de não conceder um medicamento requerido por um cidadão necessitado é um ato antijurídico (partindo-se de pressuposto, lógico, de que a Administração tinha o dever de conceder aquele fármaco) que não se exaure em um instante. Pelo contrário, ele se perpetua no tempo, fazendo com que, enquanto perdurar essa omissão, o cidadão requerente fique exposto a seus efeitos. Isto é, que tenha a sua saúde violada – ou, ao menos, ameaçada de ser violada. Nesse contexto, a decisão que impusesse ao Estado a obrigação de conceder o medicamento pleiteado estaria concedendo, em última análise, uma tutela contra a continuação da omissão antijurídica da Administração Pública.

E, nesse passo, estaria contribuindo para prevenir uma possível futura responsabilização civil do Estado, já que, como defende Daniel Wunder Hachem, é possível a responsabilidade civil do Estado por omissão quando o silêncio administrativo vilipendia direitos fundamentais sociais.⁷⁸ O problema, porém, é que a condenação nessa hipótese viria na forma de indenização pecuniária. Entretanto, não há dinheiro no mundo capaz de substituir, por exemplo, a dor de uma família que perde um ente querido porque o Estado se negou a lhe conceder o medicamento de que necessitava.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção* – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 108.

⁷⁷ Sobre os efeitos negativos práticos dessa excessiva judicialização da saúde, ver a análise empírica realizada sobre a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em: FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 341-366, jan./jun. 2015. Sobre o tema, é interessante ver também: SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016; MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

⁷⁸ Nesse sentido: HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, ano 12, n. 1, p. 285-328, jan./jun. 2014.

Mais do que nunca, em casos como esses, se faz necessária a constrição judicial para uma atuação preventiva da Administração Pública.

Pode-se pensar também em alguns casos específicos, ocorridos recentemente no Brasil, cujos graves danos que geraram poderiam ter sido evitados através da utilização da tutela contra o ilícito.

Em abril de 2016, uma ciclovia construída em uma ponte na Avenida Niemayer no Rio de Janeiro desabou após sofrer o impacto de uma onda vinda do mar agitado, deixando dois mortos e mais alguns feridos.⁷⁹ Em razão da gravidade do caso, o Ministério Público apresentou denúncia criminal (por homicídio culposo) contra 14 envolvidos no caso, a qual já foi recebida pelo juízo da 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro sob o argumento de que

os denunciados tiveram algum tipo de atuação na referida obra, seja na confecção do projeto básico, seja na confecção do projeto executivo ou na fiscalização da obra, cuja atuação ou omissão representariam a inobservância do cuidado objetivo manifestada através da imprudência, negligência ou imperícia.⁸⁰

Ocorre que seis meses antes da inauguração da referida ponte (que foi construída para os Jogos Olímpicos de 2016) um relatório do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro já havia apontado algumas falhas no projeto de construção e execução da obra, como algumas trincas e depressões na pista da ciclovia.⁸¹ Além disso, após a tragédia alguns outros estudos foram feitos e também comprovaram que houve falhas no projeto básico da ciclovia, que não previu devidamente a força das ondas que impactariam a obra constantemente.⁸²

Nesse caso, além da responsabilização criminal dos responsáveis pela construção da obra, é evidente que o município do Rio de Janeiro também é civilmente responsável pelos danos que causou às famílias das vítimas. O conflito, porém, nem precisou chegar ao Judiciário. Apenas dois dias após o acidente o prefeito municipal já informou que estava negociando extrajudicialmente uma indenização com essas famílias.⁸³

⁷⁹ Para mais informações sobre o caso, ver: VÍDEO mostra momento em que ciclovia desaba na Av. Niemeyer, Rio. *G1*, 21 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/video-mostra-momento-em-que-ciclovias-desaba-no-rio.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁸⁰ JUSTIÇA aceita denúncia contra 14 acusados por queda de ciclovia. *G1*, 13 jul. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/justica-aceita-denuncia-contra-14-acusados-por-queda-de-ciclovias.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁸¹ TCM já havia apontado falhas em ciclovia que teve queda no Rio. *G1*, 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/tcm-ja-havia-apontado-falhas-em-ciclovias-que-teve-queda-no-rio.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁸² ESPECIALISTA diz que projeto básico de ciclovia não previu força das ondas. *G1*, 25 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/especialista-diz-que-projeto-basico-de-ciclovias-nao-previu-forca-das-ondas.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

⁸³ COELHO, Henrique. Prefeitura vai ressarcir famílias de vítimas de queda da ciclovia, diz Paes. *G1*, 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/paes-anuncia-que-vai-ressarcir-familias-de-vitimas-de-queda-da-ciclovias.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

Tudo isso poderia ter sido evitado caso se tivesse buscado impedir a realização da obra com essas falhas no projeto básico – o que poderia ter sido feito através de uma tutela contra o ilícito. Lembre-se de que no direito ambiental já é comum que “havendo descompasso entre a decisão administrativa de conceder o licenciamento [...] a alguém e a finalidade da norma de preservar e conservar o meio ambiente”, seja utilizada a tutela inibitória para que não se permita a concessão da licença pleiteada pelo particular.⁸⁴ De modo semelhante, no caso da ciclovia do Rio de Janeiro uma tutela inibitória poderia ter sido manejada pelo Ministério Público ou pelo próprio Tribunal de Contas (nesse caso, no âmbito administrativo), por exemplo, uma vez que pode ser considerada antijurídica a atitude do município de autorizar e proceder com a construção da obra sendo que havia tantas falhas no projeto básico.

Outro exemplo sintomático em que a utilização de uma tutela contra o ilícito poderia ter prevenido a ocorrência de danos catastróficos é o caso do rompimento da barragem de rejeitos de mineração controlada pela Samarco Mineração S.A., ocorrida em novembro de 2015, próximo ao município de Mariana, em Minas Gerais. Os números da tragédia são impressionantes: 35 milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos de minérios vazaram com o rompimento da barragem, 17 pessoas morreram, 11 toneladas de peixe foram mortas em Minas Gerais e no Espírito Santo em razão da poluição causada pela lama, 82% das edificações do município vizinho, Bento Rodrigues, foram destruídas, 329 famílias ficaram desabrigadas, 1,5 mil hectares de vegetação destruído pela lama etc.⁸⁵

O rompimento da barragem de Mariana foi considerado a maior tragédia ambiental da história do país, fazendo com que 22 pessoas e 4 empresas fossem denunciadas criminalmente pelo Ministério Público Federal.⁸⁶ O inquérito realizado pela Polícia Federal apurou que houve problemas na construção e falhas graves de manutenção e controle da barragem, que deixou de ter seus materiais trocados com a frequência necessária.⁸⁷ Além disso, já em 2014 um dos engenheiros responsáveis pela construção da barragem havia informado à empresa que a obra estava trincando, no que foi absolutamente ignorado.⁸⁸

⁸⁴ STONOGA, Andreza Cristina. *Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. p. 106.

⁸⁵ ROMPIMENTO de barragens da Samarco, em Mariana, completa um mês. *G1*, 5 dez. 2015. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/minas-gerais/2015/desastre-ambiental-em-mariana/1-mes-em-numeros/>>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁸⁶ PIMENTEL, Thaís. MPF denuncia 26 pessoas por rompimento da barragem da Samarco. *G1*, 20 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/10/mpf-denuncia-26-pessoas-por-rompimento-da-barragem-da-samarco.html>>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁸⁷ PEDUZZI, Pedro. Peritos reforçam alerta sobre falhas na fiscalização e manutenção das barragens. *Agência Brasil*, 9 jan. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/para-abrir-sabado-peritos-reforcam-alerta-sobre-falhas-na-fiscalizacao-e>>. Acesso em: 27 out. 2016.

⁸⁸ ENGENHEIRO diz que alertou Samarco sobre trinca na barragem de Fundão. *G1*, 16 jan. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/mp-investiga-obras-nao-autorizadas-na-barragem-de-fundao-em-mariana.html>>. Acesso em: 27 out. 2016.

Embora, ao que parece, o Poder Público não tivesse conhecimento dessas irregularidades, isso não é motivo para desconsiderar o fato de que, se houvesse sido realizado um controle mais efetivo, por parte do poder concedente, sobre a execução da extração daquela jazida de minério ou, ainda, que alguém tivesse reportado isso às autoridades competentes, os danos poderiam ter sido evitados. Com efeito, uma tutela inibitória poderia obrigar a Samarco a realizar a manutenção dos equipamentos que sustentavam a barragem ou a reparar as falhas que já despertavam na construção, por exemplo.

O problema, nessa situação, vai muito além do dinheiro que deverá ser despendido com indenizações. No caso da Samarco, principalmente, os danos causados pelo rompimento da barragem são absolutamente incalculáveis. Não são só as famílias das vítimas mortas que sofreram algum tipo de lesão. Foram cidades inteiras destruídas, rios que se tornaram mortíferos para peixes, sem dizer da fauna e da flora que foram aniquiladas para muito além da região de Mariana.

Com esses exemplos e com as premissas teóricas expostas acima, torna-se clara a possibilidade de utilização da tutela inibitória como meio de instrumentalizar a responsabilidade civil do Estado preventiva, ao passo que, impondo obrigações de fazer ou de não fazer ao Poder Público ou aos seus parceiros privados que lhe façam as vezes, inibe a prática, repetição e continuação de um ilícito ou remove seus feitos, fazendo, em última análise, que danos sejam evitados.

7 Conclusão

O desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado mostrou a *capacidade de evolução* desse instituto. De um início no qual o Estado era considerado irresponsável, em razão das características supremas de seu regente, até a configuração atual, em que sequer a culpa ou o dolo do agente público precisam ser provados para tornar possível a condenação, diversas foram as transformações vivenciadas nessa matéria. Assim, existe espaço para a realização de mais uma evolução, dessa vez relacionada ao modo como o dano deve ser encarado dentro da equação da responsabilidade civil.

Deve-se lembrar, sempre, que *ser juridicamente responsável significa muito mais do que simplesmente indenizar os danos que causa*. Em sua origem, a noção de responsabilidade jurídica está relacionada ao *dever de responder pelas consequências de seus atos*, razão pela qual inexistente incoerência em se defender um instituto como o da responsabilidade preventiva do Estado.

A necessidade de desenvolvimento dessa teoria parte da constatação de que o atual modelo de responsabilização civil do Estado não é capaz de tutelar adequadamente os direitos dos cidadãos. Existem ao menos três grandes motivos para isso: (i) os recursos públicos são escassos e as demandas sociais cada vez mais

complexas, o que gera um cenário de severa limitação financeira por parte do Poder Público no Brasil. Alguns autores, partindo dessa constatação, tentam utilizar a *reserva do financeiramente possível como fator excludente da responsabilidade civil do Estado por omissão*; (ii) o *regime de precatórios*, através do qual as dívidas judiciais da Fazenda Pública são quitadas no Brasil, faz com que os cidadãos, mesmo após terem duramente vencido uma batalha judicial contra o Estado, recebam suas devidas indenizações apenas longos após a ocorrência do evento danoso; (iii) a sociedade contemporânea vive constantemente exposta a intensos riscos, mais graves e complexos do que os enfrentados quando do desenvolvimento da responsabilidade civil tradicional. Além disso, esses riscos estão ligados a direitos mais recentemente incorporados na ordem jurídico-constitucional pátria, os quais, por sua *natureza extra-patrimonial e/ou transindividual*, não conseguem ser contabilizados monetariamente, o que impede uma adequada reparação dos danos a eles causados através da técnica do ressarcimento pecuniário.

Sabe-se que a dogmática da responsabilidade civil já reconheceu a necessidade de prevenção de danos, utilizando, assim, em suas condenações indenizatórias, a técnica dos *punitive damages* para coagir o agressor a não mais realizar aquela conduta lesiva. No entanto, além desse aspecto preventivo das indenizações ser algo *pouco impactante*, vez que secundário, na responsabilidade civil do Estado isso possui ainda menos repercussão, já que *o Poder Público não sente a coação dessas sanções* como os particulares. Desse modo, é urgente a necessidade de instituição de um modelo de responsabilização civil do Estado que seja essencialmente preventivo.

Como ressaltado acima, a teoria da responsabilidade civil do Estado preventiva não abandona por completo a noção de dano. A chave para uma correta compreensão da proposta aqui difundida, portanto, está em perceber que nesse novo paradigma o dano permanece fazendo parte das preocupações do instituto da responsabilização civil, mas *apenas é analisado por um viés diferente*.

Por fim, propôs que a responsabilidade civil do Estado preventiva seja concretizada através da *tutela contra o ilícito*, instrumento previsto no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, posto que ao se impor ao Poder Público obrigações de fazer ou de não fazer que corrijam a antijuridicidade de determinada conduta estatal, está-se evitando que dessa ação ou omissão antijurídica decorram danos às esferas jurídicas dos cidadãos.

Referências

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 89-103, jan./mar. 2016.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. 7. reimpr. São Paulo: Ática, 2006.

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BALBÍN, Carlos F. Un derecho administrativo para la inclusión social. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BASILICO, Giorgetta. *La tutela civile preventiva*. Milano: Giuffrè, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.
- BITENCOURT, César Roberto. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano – Uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Los nuevos derechos y garantías. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 59-108, jan./abr. 2016.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. I.
- CORREIA, José Manuel Sérulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.
- CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015.
- CRETELLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.
- FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 341-366, jan./jun. 2015.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GONDIM, Glenda Gonçalves. *Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória*. 2015. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, ano 12, n. 1, p. 285-328, jan./jun. 2014.
- HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.
- HUMENHUK, Hewerston. *Responsabilidade civil do Estado Constitucional por omissão e a efetividade dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. *Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LINS, Liana Cirne. *Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas*. 2007. 303 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILETTI, Antonella. *Tutela inibitoria individuale danno ambientale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- MODESTO, Paulo. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder: sistema de direito político, estudo juspolítico do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 19, p. 117-126, 1979.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SEGUÍ, Adela María. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Derecho do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 267-318, out./dez. 2004.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

STONOGA, Andreza Cristina. *Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito*. 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THIBIERGE, Catherine. Libre propôs sur l'évotuiou du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 89, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, v. 14, n. 18, p. 205-220, jan./jun. 2010. p. 206.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FARIA, Luzardo. Fundamentos para a adoção de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 211-241, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.833.
