



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA
SEGURANÇA PÚBLICA**

DANIELLE APARECIDA VIANA DOS REIS

BRASÍLIA
2015

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

DANIELLE APARECIDA VIANA DOS REIS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA
SEGURANÇA PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção de título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho

BRASÍLIA
2015

Danielle Aparecida Viana dos Reis

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA.

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta por:

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho (Orientador)

Prof. Dr. Lucas Rocha Furtado (Membro)

Prof. Me. Bruno Rangel Avelino da Silva (Membro)

Prof. Dr. Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira (Membro Suplente)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela proteção e apoio, pois me capacitou em todos os momentos e me encorajou para que chegasse até aqui. A meus pais, por terem sido meu porto seguro e me amarem incondicionalmente. Aos meus amigos, que são os companheiros que estão sempre presentes. Agradeço ainda a meu orientador, Professor Mamede Said, pela dedicação, profissionalismo e atenção. E por fim, agradeço a todos que fizeram parte de alguma maneira da minha vida no decorrer do curso.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo demonstrar a ineficiência da atuação estatal na segurança pública, contrapondo essa ineficiência com natureza da responsabilidade civil (se objetiva ou subjetiva) do Estado nos casos de omissão. Esse tema remete a uma responsabilidade do tipo subjetiva, uma vez que, quando do silêncio estatal ocorrer um dano, deve-se averiguar se houve ou não a culpa do serviço público. Apesar do entendimento majoritário nesse sentido, percebe-se que existe posicionamento contrário. Mostra-se oportuno este trabalho, pois a segurança pública é “dever do Estado” e “direito de todos”, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 144, *caput*). Utilizando-se do método lógico-dedutivo, trabalhou-se com a revisão bibliográfica, permeada por uma análise teórica e uma pesquisa jurisprudencial, sempre organizada de forma a facilitar a compreensão do tema. Exatamente por seu caráter social e fundamental, é válido ressaltar que o Estado deve ser responsabilizado pelas condutas comissivas ou omissivas, já que o administrado não pode ser prejudicado pela atividade danosa que o Estado ocasione. Entretanto, observa-se que a segurança pública só pode ser preservada quando existir condições efetivas para que ocorra a ação estatal.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Omissão. Dever do Estado. Culpa. Segurança Pública.

ABSTRACT

This work aimed to demonstrate the inefficiency of the State acting in the public safety, contrasting this inefficiency with nature of liability (if objective or subjective) of the State in case of omission. This theme refers to the responsibility of subjective type, once that occurs when the State is silent, it should ascertain whether or not public service's fault. Despite the prevailing understanding in this sense, it is noticed that there counter stance. Show is an appropriate this work as public security is "state duty" and "right of all", as the Constitution Stipulates (art144, *caput* CF). Using the logical-deductive method, it worked with the literature review, permeated by the theoretical analysis and case law research, always organized in order to facilitate the understanding of the subject. Precisely because their social and fundamental character, it is worth nothing that the State should be held responsibility for comissive or omissive pipelines, since the run can't be affected by harmful activity that the State occasion. However, public safety is observed that can be preserved only when there are effective conditions for the occurrence of state action.

Keywords: Civil responsibility. Omission. State duty. Fault. Public safety.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	11
1.1. Conceito	11
1.2. Evolução Histórica.....	12
1.2.1. Teoria da irresponsabilidade	14
1.2.2. Responsabilidade com culpa civil comum do Estado	16
1.2.3. Teoria da culpa administrativa	18
1.2.4. Teoria do risco administrativo.....	19
1.2.5. Teoria do Risco Integral	20
1.3. As teorias aplicadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro	21
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO.....	26
2.1. Conceito de Atos Omissivos e tipos de Omissão	26
2.2 A responsabilidade estatal por atos omissivos.....	29
2.3. Danos por omissão	32
2.3.1. Responsabilidade Objetiva	34
2.3.2. Responsabilidade Subjetiva.....	37
3. OMISSÃO ESTATAL NA SEGURANÇA PÚBLICA	41
3.1. Conceito de segurança pública.....	41
3.2. Segurança Pública: Direito do Cidadão, Dever do Estado	44
3.3 A demora na prestação da segurança pública: casos	48

3.4. Posicionamento da Jurisprudência Nacional	53
CONCLUSÃO.....	59

INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil, passa por uma situação de grande insegurança, com elevados índices de criminalidade. Como resultado, as políticas estatais de segurança pública sofrem grandes críticas da sociedade; a maior delas seria a falta de eficiência da polícia frente a crescente onda de infrações e crimes nos grandes centros urbanos. Assim, muitas das ações propostas contra o Estado tratam da sua omissão no dever de assegurar a segurança pública. A responsabilização do Estado é um tema objeto de grandes controvérsias no âmbito da doutrina e da jurisprudência brasileira, o que gera vários debates sobre qual a modalidade de responsabilidade aplicável em determinadas situações concretas.

Inicialmente, será feita uma análise dos aspectos gerais e históricos da responsabilidade civil do Estado, conceituando e depois apresentando sua evolução histórica, expondo quais foram suas principais teorias e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, os aspectos históricos demonstram a evolução do instituto da responsabilidade civil, deixando clara a sua evolução ligada à evolução do próprio Estado que, passando por regimes totalitaristas e ditatoriais, vem se moldando no tempo e no espaço.

No segundo capítulo, após averiguar o atual estágio da responsabilidade civil no direito brasileiro, será examinado qual a responsabilidade civil a ser aplicada nos casos de omissão do Poder Público – se responsabilidade civil subjetiva ou objetiva –, assunto de enorme divergência na doutrina e jurisprudência nacionais. Discute-se o dispositivo constitucional que somente alcança casos ocasionados pela ação dos agentes públicos, ou seja, não estabelece responsabilidade objetiva para todas as condutas omissivas da Administração.

No último capítulo, discorre sobre o dever constitucional atribuído ao Estado de garantir a segurança pública. Será analisado o conceito de segurança pública e a sua função como “direito do cidadão” e “dever do Estado”, explicando a importância de tal dever para a manutenção da ordem pública. Além do mais, o Estado, como aparelho público, detém várias atribuições para manter o seu regular funcionamento e possibilitar a vida em sociedade, ocasião em que assume os encargos que decorrem das atividades de sua competência. E a segurança pública como direito fundamental deve ser exercida para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio através da polícia, que é o órgão responsável pela segurança do cidadão e tem a função de evitar as transgressões da ordem jurídica. Embora todo o empenho efetuado pelo Estado, não é possível evitar que crimes

aconteçam; portanto, quando ficar comprovado que ele não agiu adequadamente, será responsabilizado civilmente.

No fim, serão analisados alguns casos, definindo se é subjetiva ou objetiva a responsabilidade estatal na segurança pública, a fim de averiguar se o Estado responde ou não pelo dano causado. A finalidade da responsabilização estatal é o restabelecimento do equilíbrio provocado pelo dano. A posição da doutrina e da jurisprudência se tornam importantes para demonstrar como o tema é encarado na atualidade.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1. Conceito

A responsabilidade do Estado é aceita na maioria dos Estados modernos, como se constata pela análise da doutrina, da jurisprudência e pelas diversas legislações. De acordo com o dicionário Houaiss, a responsabilidade é “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”, “caráter ou estado do que é responsável¹”. A palavra “responsabilidade” deriva do latim *respondere* e, no âmbito jurídico, quando demonstrada que ocorreu a responsabilidade estatal, o Estado é obrigado a promover a reparação do dano provocado por seus agentes ou simplesmente por sua inércia.

Cabe ressaltar que a responsabilidade é uma obrigação reconhecida na sociedade há muito tempo. Desde os tempos mais remotos, os indivíduos reagem com violência para impelir o dano sofrido. Assim, a vida em sociedade deve ser regulada por normas que objetivem o equilíbrio e a harmonia social, repelindo as violências que ocasionem prejuízos ao grupo social. Logo, o papel principal da responsabilização, quando imposta aos causadores do dano, é estabelecer limites à ação humana. Com relação à responsabilidade estatal não foi diferente: com as várias transformações que aconteceram, tornou-se necessário adaptá-la às necessidades da população.

Ocorre que a aplicação da responsabilidade civil ao Estado é recente no ordenamento jurídico. Sua origem inicialmente ocorreu no Direito Civil. Também é denominada de responsabilidade extracontratual e trata-se da obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral que decorre de um fato humano. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que seria a responsabilidade patrimonial extracontratual a obrigação na qual o Estado tem a obrigação de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem, e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos².

Como assinala Maria Sylvia Zanella di Pietro, a responsabilidade civil do Estado é analisada no âmbito dos três tipos de funções nas quais se divide o poder estatal – administrativa, jurisdicional e a legislativa. Segundo a autora, a responsabilidade em relação

¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.2240.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1001.

aos Poderes Legislativo e Judiciário é aplicada somente em casos excepcionais, ocorrendo mais nos casos em que a responsabilidade resulta de comportamentos da Administração Pública³.

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles, em relação à nomenclatura, prefere chamar de responsabilidade civil da Administração Pública ao invés de responsabilidade civil do Estado, segundo ele “mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos de governo, que emerge a obrigação de indenizar”⁴.

Desta forma, a expressão responsabilidade civil da Administração Pública é utilizada pelo fato de o Poder Público ser chamado a responder pelos danos causados a particular em decorrência do exercício das atividades ou atos relacionados à função administrativa do Estado.⁵ Para Lucas Rocha Furtado, “a expressão responsabilidade civil indica tão somente o dever de ressarcir prejuízos causados a terceiros, e a natureza das normas que definem esse dever pode variar em razão da pessoa que causa o prejuízo ou da natureza da atividade explorada”⁶.

Logo, quanto às situações que ensejam a responsabilização estatal, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta três tipos: a) a primeira se consubstancia na ação, circunstância que exige a aplicação da teoria objetiva; b) a segunda situação baseia-se na omissão, que, segundo a doutrina majoritária é suscetível à teoria subjetiva; e por derradeiro, c) as situações produzidas pelo Estado diretamente propiciatórias de dano, que se equiparam à conduta comissiva⁷. No próximo item, será feita uma análise histórica dessa responsabilidade, mostrando como ocorreu sua evolução.

1.2. Evolução Histórica

No início da civilização, a responsabilidade civil era baseada na vingança coletiva: quando ocorria uma agressão a um membro da comunidade, todos os outros reagiam conjuntamente. Com a evolução social, a reação passou a ser individual e a vingança de

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 686.

⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 813.

⁶ Idem, p. 817.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1018.

coletiva passou para privada. Nesta, a justiça era feita com as próprias mãos, com base na Lei de Talião. Assim, o Poder Público somente intervinha para dizer como e quando a vítima teria o direito de retaliação.

Oportuno salientar que, com o desenvolvimento da sociedade, houve o progresso da responsabilidade do Estado, que passou por algumas fases, apresentou-se perante diversos conceitos que se sucederam lentamente, até atingir o estágio atual. Assim, com a análise histórica percebem-se as inúmeras teorias que foram elaboradas e compreende-se a forma em que se encontra nos dias atuais.

Nesses moldes, Yussef Said Cahali, citando o esquema proposto por Paul Duez, expõe que:

a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo⁸.

Em síntese, essa foi a forma como ocorreu a evolução do instituto. O Estado passou por diversas fases e entendimentos sobre a matéria partiu da total irresponsabilidade, evoluiu para a responsabilidade com culpa, civil ou administrativa, e passou para a responsabilidade sem culpa, na forma de risco administrativo e risco integral.

Ao analisar o futuro da responsabilidade civil do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello realça que o ponto extremo da responsabilidade civil do Estado e para o qual vai a caminho é a teoria do risco social, conforme ditame esta se caracteriza mesmo em relação a prejuízos não causados pela Administração Pública. O que seria o ponto mais alto do Estado Social na proteção daqueles que realmente precisam do Poder Público⁹.

Agora, percorrer-se-á como se deu esse progresso da responsabilidade estatal ao longo dos anos, chegando-se, enfim, à sua vigente situação no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.18 p. 18.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1018. p. 1007.

1.2.1. Teoria da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade do Estado teve seu grande enfoque nos regimes absolutistas, nos quais não era admitido o cometimento de erros por parte do rei, dado que este era dotado de autoridade máxima. Assim, no Estado absoluto a ideia de reparação dos danos causados era inexistente. Prevalencia a visão de que o Estado era o guardião da legislação, personificado na figura do rei, e não poderia atentar contra a mesma ordem jurídica. Visto que o rei não cometia erros, o Estado gozava de uma imunidade total, não poderia ser demandado juridicamente e quando cometesse algum dano estaria no exercício de sua atividade legítima de representar a nação.

Como descrito por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele¹⁰.

Em sua obra, Cavalieri Filho considera que as expressões: “O Rei não erra” (*The king can do no wrong*), “O Estado sou eu” (*L’État c’est moi*), “O que agrada o príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*), retratam bem esse período. Então as justificativas demonstradas para a não responsabilização demonstravam uma ordem suprema, em virtude do “direito divino dos Reis”.¹¹

De acordo com Yussef Said Cahali:

Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças¹².

Assim, os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam ser responsabilizados por seus atos, pois não eram capazes de atentar contra essa mesma ordem jurídica e apenas o representava. Logo, o Estado, como um órgão que tinha o dever de impor o direito, ao exercer a tutela, não atentaria contra a ordem jurídica, uma vez que ele era o próprio direito e não poderia cometer injustiças.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 641.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.18.

Diante disso, a irresponsabilidade do Estado, para Gandini e Salomão, tinha como justificativa que o Estado, por ser pessoa jurídica, não tem vontade própria; ele age por intermédio de seus funcionários. Por isso, quando há ocorrência de algum ato ilícito a responsabilidade recai no funcionário, já que este é o executor do ato; quando os funcionários agem fora dos parâmetros legais presume-se que não agiram como funcionários, desta forma surge a irresponsabilidade do Estado¹³.

Nesses moldes, Cahali leciona que a teoria da irresponsabilidade estava firmada em três fundamentos:

[...] 1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem se considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine proprio*¹⁴.

Todavia, esses entendimentos foram afastados com a justificativa de que o Estado possuía, sim, vontade autônoma, e como pessoa dotada de personalidade incorre em culpa *in eligendo* e *in vigilando* com relação aos seus funcionários. Esse é o motivo pelo qual a doutrina considerou essa teoria injusta, pois negava o próprio direito, bem como não fazia sentido que o Estado causasse dano e ficasse impune. Portanto, por se tratar o Estado de um garantidor da tutela do direito, como sujeito de personalidade e capaz de direitos e obrigações como todos os demais, deveria, sim, responder pelos danos provocados por seus agentes.

Por outro lado, como descrito por Diógenes Gasparini, existiam à época algumas exceções à teoria da irresponsabilidade do Estado:

A vigência dessas máximas, se de um lado indicava a irresponsabilidade do Estado, de outro não significava o desamparo total dos administrados. O rigor da irresponsabilidade civil do Estado era quebrado por leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos, a exemplo da lei francesa que determinava a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas e da que acolhia a responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado¹⁵.

¹³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45692/45070>>.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.18.

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1111.

Assim, o rei era intocável, mas o Estado responderia em certas situações. Em seguida, a oposição a essa teoria levou à defesa da responsabilidade subjetiva decorrente da culpa, sujeitando o Estado à reparação de dano sempre que demonstrada a culpa do agente público em função de negligência, imprudência ou imperícia.

Certamente a teoria foi combatida por ser muito injusta, visto que o Estado era um ente irresponsável que não possuía nenhum dever de ressarcimento com os administrados. Portanto, não perdurou por muito tempo e está hoje superada, somente possuindo valor histórico. O desenvolvimento do Estado como tutor dos direitos não lhe permitiu deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causasse danos a terceiros, mesmo porque, como pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações¹⁶. A Inglaterra e os Estados Unidos foram os últimos países a abandoná-la, por meio do *Federal Tort Claim Act 1946*, e do *Crown Proceeding Act, de 1947*, respectivamente.

1.2.2. Responsabilidade com culpa civil comum do Estado

Posteriormente à teoria da irresponsabilidade estatal surgiu a teoria civilista, que sofreu uma forte influência do individualismo característico do liberalismo, contestando claramente o princípio da irresponsabilidade estatal¹⁷. Pretendeu igualar o Estado ao indivíduo; assim, quando houvesse danos aos particulares o Estado era obrigado a indenizar, nas mesmas situações nas quais tal obrigação existe para os indivíduos. Desta forma, ao admitir a responsabilização estatal, adotava os princípios do Direito Civil apoiados na ideia de culpa, razão pela a teoria recebeu a denominação de “teoria civilista da culpa”.

Indispensável mencionar o primeiro caso no qual foi concedida a indenização a um indivíduo, o “Caso Blanco”, em que o Estado foi responsabilizado pelo prejuízo sofrido pela requerente. Nas lições de José Cretella Júnior, o caso foi o seguinte:

No ano de 1873, a menina AGNÉS BLANCO, ao cruzar os trilhos que cortavam uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida pelo vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício. O pai da menor move, perante os tribunais judiciais, uma ação civil de indenização contra o prefeito do Departamento da Gironda, com o fundamento de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos ocasionados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes¹⁸.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.717.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.20.

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23.

Assim, a ação de indenização por perdas e danos proposta pelos pais da acidentada, calcada em dispositivos do Código Civil francês, suscitou a decisão que confirmou o reconhecimento da natureza especial das regras que envolvem a responsabilidade do Estado¹⁹. Com efeito, a decisão adotada pelo Tribunal de Conflitos admitiu o reconhecimento da responsabilidade estatal, reconhecendo o sistema de contencioso administrativo como competente para analisar a demanda dos indivíduos em ações destes contra o Estado.

Nota-se, portanto, que a responsabilidade aplicada ao Estado se submetia a mesma regra do direito privado. Assim, segundo a teoria da responsabilidade com culpa civil comum do Estado, deveria haver culpa do agente estatal para que fosse configurada a obrigação de indenizar do ente público. Ao passo que o particular prejudicado deveria demonstrar a existência dos elementos subjetivos, dolo ou culpa, para que fossem ressarcidos.

As mudanças promovidas pela Revolução Francesa, no fim do século XVIII, provocaram vários danos aos bens dos particulares. Em decorrência, os atos praticados pelo Estado foram divididos em atos de império e atos de gestão. Nesse contexto, os atos de império representavam um poder vertical do Estado, conforme assinala Di Pietro:

[...] seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum [...]²⁰.

Já nos atos de gestão, inexistia distinção entre a Administração e o particular; logo, o Estado deveria reparar o dano ocasionado pelo seu exercício:

Atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum²¹.

Di Pietro completa, ainda, que:

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei [insuscetível

¹⁹ UNGARO, Gustavo Gonçalves. - *Responsabilidade do Estado e Direitos Humanos, 1ª Edição*. Saraiva: 2011, p.79.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.231

²¹ Idem, p.231.

de errar - the king can do no wrong], que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos²².

Entretanto, apesar dessa dicotomia ter sido um avanço na abertura da responsabilidade estatal, não foi o suficiente, pois era impossível reconhecer e dividir a personalidade do Estado. Existiam, igualmente, grande dificuldade e inviabilidade de se enquadrar como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na gestão de seus serviços.

Desta forma, restou caracterizada a inobservância da aplicação desta teoria. Para José Santos Carvalho Filho, “essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão²³”. Então, a teoria civilista da culpa foi abandonada, servindo, porém, de influência ao artigo 15 do Código Civil brasileiro de 1916.

1.2.3. Teoria da culpa administrativa

Essa teoria, também conhecida como culpa do serviço ou teoria do acidente administrativo²⁴, buscou desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do servidor público. Assim, deixou de lado alguns fundamentos típicos do direito privado, entre os quais o conceito de culpa, já que no direito público a culpa acontecia quando o serviço funcionava mal, não funcionava ou funcionava atrasado.

Como bem frisado por Hely Lopes Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva e a tese objetiva do risco administrativo que a sucede, pois leva em conta a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa²⁵.

Dessa forma, o Estado só seria responsabilizado se o dano decorresse da irregularidade na execução da atividade administrativa e se houvesse uma culpa especial da

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.231.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 494.

²⁴ *Idem*, p.756

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.699.

Administração, ou seja, culpa administrativa, também chamada de culpa anônima. Nesta teoria a culpa não era presumida: aquele que tinha sofrido a lesão deveria provar que a prestação do serviço público foi inexistente ou que houve o mau funcionamento ou demora na prestação. Logo, procurou separar a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário, começando, então, a ser abordada a culpa do serviço público, em que havia diferença entre a culpa individual do funcionário (pela qual ele mesmo respondia) e a culpa anônima do serviço público, caso o funcionário não fosse identificado e fosse observado que o serviço público não funcionou. Mesmo nestas hipóteses o Estado seria responsabilizado civilmente.

Como descrito por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário²⁶.

Portanto, surgiu a teoria *faute du service*, que trouxe a ideia de que a culpa seria do serviço público e não mais do agente estatal, ou seja, o Estado seria responsável mesmo que o servidor que causou a lesão não fosse identificado. Isso se justificaria pelo fato da responsabilidade do servidor ser derivada da falha do serviço, ou porque este não funcionou, funcionou mal ou tarde demais²⁷.

1.2.4. Teoria do risco administrativo

Nessa teoria o Estado deveria indenizar o dano independentemente da culpa do agente ou da falta de serviço. Assim, para que a responsabilidade do Estado existisse bastava o dano, e que para sua ocorrência o particular não houvesse concorrido. Portanto, não se trata mais da culpa do serviço ou do servidor que gerava essa irresponsabilidade, mas sim o risco que toda atividade estatal implicaria para os administrados. Nesses moldes, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 719.

²⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45692/45070>>

pelo risco administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente²⁸.

O Estado seria, então, responsabilizado sempre que sua atividade configurasse um risco para o administrado. Existindo o fato do serviço, a conduta do agente estatal e o nexo de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, a Administração presumidamente teria culpa. Nota-se que, independentemente da existência ou não de culpa e desde que o risco resultasse em um dano, o Estado passava a ter o dever de indenizar.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, a teoria do risco administrativo:

(...) imaginada originalmente por León Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas, teoria, essa, que pode ser assim formulada: a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes²⁹.

Nessa esteira, Alexandre de Moraes afirma que a teoria do risco administrativo ocasionou o surgimento da responsabilidade objetiva:

Essa teoria fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado, segundo a qual o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Para essa teoria, importa a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente³⁰.

Dessa maneira, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, e quem sofria a lesão somente precisava provar a ocorrência dos elementos. Se o Estado provasse que a culpa foi do particular, a indenização seria atenuada ou mesmo excluída. Assim, o particular não precisava comprovar a culpa da Administração, cabendo sempre a esta o ônus de provar que não tinha responsabilidade com o ocorrido.

1.2.5. Teoria do Risco Integral

A maioria da doutrina entendeu a teoria do risco integral como mais uma forma de denominar a teoria fundada no risco administrativo. Ocorre que na teoria do risco administrativo, mesmo o ônus cabendo a Administração, caso ela comprovasse que a culpa foi

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1014.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 252.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 250.

da vítima, poderia atenuar ou excluir a indenização. Na teoria do risco integral, ao contrário, o Estado era obrigado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultasse de culpa ou dolo da própria vítima.

Em síntese, só era necessário que ocorresse o evento danoso e o nexo causal para que a Administração tivesse a obrigação de indenizar. Assim, a distinção entre as duas teorias seria que a teoria do risco administrativo autoriza causas excludentes da responsabilidade; na teoria do risco integral, a seu turno, essas causas nunca poderiam servir como critério para desobrigar o dever jurídico de indenizar pertencente ao Estado.

Analisando a responsabilidade civil do Estado, José dos Santos Carvalho Filho, em repúdio a teoria do risco integral pondera que:

O fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai o extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo o que acontece no meio social. É essa a razão do repúdio à denominada teoria do risco integral, que, como já vimos, é injusta, absurda e inadmissível no direito moderno. Para que se configure a responsabilidade do Estado, é necessário que seja verificado o comportamento do lesado no episódio que lhe provocou o dano. Se o lesado em nada contribuiu para o dano que lhe causou a conduta estatal, é apenas o Estado que deve ser civilmente responsável e obrigado a reparar o dano³¹.

Por fim, percebe-se que este modo de responsabilização não é normalmente aceito pelo fato de ser considerado muito extremo. Exatamente por ser uma teoria radical de responsabilidade estatal, na qual não há qualquer excludente de responsabilização, não teve aplicabilidade no Brasil.

1.3. As teorias aplicadas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro foi acompanhando essa evolução, adotando as teorias predominantes em cada época, com exceção da teoria do risco integral. Portanto, o princípio da responsabilidade civil do Estado nunca foi colocado em dúvida no direito pátrio.

Cabe ressaltar que no período colonial prevalecia a teoria da irresponsabilidade, segundo Gasparini: “Nesse período vigoravam, em nosso território, as leis portuguesas, e estas aceitavam os postulados da teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado, a única compatível com o governo monárquico português da época³²”. Assim, a responsabilidade civil

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 556.

³² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1117.

estatal somente ganhou relevância no Brasil a partir da Constituição outorgada por D. Pedro I, em 1824.

A teoria da irresponsabilidade nunca foi aplicada no ordenamento jurídico brasileiro. Após o processo de independência, e a promulgação da Constituição de 1824, a teoria da irresponsabilidade do Estado não foi acolhida. Apesar de não existirem normas legais expressas, os tribunais e doutrinadores da época sempre a negaram.

De tal modo, a Constituição de 1824 previa a responsabilidade civil dos empregados públicos, mas não a do imperador, já que sua figura era inviolável e isenta de responsabilização por quaisquer de seus atos. Portanto, o avanço da responsabilidade não foi exatamente do Estado como pessoa jurídica, mas sim dos servidores que prestavam serviço a ele, como preceitua os artigos abaixo transcritos:

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma. (...)

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

A Constituição de 1891 preservou o mesmo sentido do artigo 179, inciso XXIX, da Carta anterior, dispondo, em seu artigo 82:

Art. 82: Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Apesar de não existir previsão da responsabilidade civil do Estado, as Constituições de 1824 e 1891 somente continham normas sobre a responsabilidade do funcionário público, caso praticasse abuso ou omissão, quando estivesse no exercício de suas funções. Nessa época, existiam leis ordinárias que possibilitavam responsabilizar o Estado em determinadas situações; assim, a jurisprudência da época responsabilizava o Poder Público solidariamente com a responsabilidade dos funcionários.

Sobre essa responsabilidade solidária, Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que:

Seabra Fagundes anota que João Luiz Alves dá notícia, mesmo antes do Código Civil, da existência do princípio da responsabilidade do Estado e faz a aguda observação de que a Lei federal 221, de 20.11.1894, ao tratar da competência do Judiciário para julgamento das questões oriundas de compensações, reivindicações,

indenizações de prejuízos ou quaisquer outras propostas pela União contra particulares e vice-versa, admitia implicitamente a obrigação estatal de indenizar prejuízos causados aos administrados³³.

Apesar de tal concepção ser aplicada nos tribunais pátrios da época, verdade é que a responsabilidade civil do Estado só foi de fato confirmada com a implantação do artigo 15 do Código Civil de 1916:

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

Pelo disposto no artigo, percebe-se que a promulgação do Código Civil de 1916 tornou explícita essa responsabilidade, afirmando que o Estado seria civilmente responsável pelos atos ilícitos praticados por seus representantes, caso causassem dano a alguém. Embora que numa postura indefinida entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva, esta era a regra para os atos ilícitos em geral.

Argumentava-se que no dispositivo retromencionado era aplicada a teoria da responsabilidade objetiva por conta da expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei”, mas o entendimento consagrado foi o da responsabilidade subjetiva do Estado, em que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado fosse responsabilizado³⁴.

Já em 1934, a Constituição acolheu o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário, nos termos do seu artigo 171:

Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.
 § 1º. Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.
 § 2º. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

O mesmo dispositivo foi repetido na Constituição de 1937, em seu artigo 158. Desta forma, somente a partir da Constituição Federal de 1937, especificamente em seu artigo 158, é que o Estado passou a responder objetivamente pelos atos de seus funcionários, independentemente da existência ou não da culpa do Estado, fundada na teoria do risco.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1042-1043.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 701.

Entretanto, somente com a Constituição de 1946 ficou claro que a teoria adotada era a da responsabilidade objetiva, tal como se observa em seu art. 194:

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

Conseqüentemente, não era mais necessário indagar sobre a culpa do agente quando da produção do evento danoso, mas tão somente demonstrar o nexo causal entre a sua conduta e o prejuízo. A norma foi repetida na Constituição de 1967 e na emenda constitucional nº 1 de 1969, que dispuseram de maneira mais incisiva sobre o tema, acrescentando parágrafos únicos aos artigos 105 e 107, respectivamente:

Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.
Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Afirma Maria Sylvia Di Pietro que “com a Constituição de 1946 é que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva³⁵”. Logo, tendo sido consagrada, originalmente, a responsabilidade civil objetiva do Estado no Texto de 1946, o legislador pátrio optou por mantê-la nas Cartas posteriores, inclusive na atual, conforme preceitua o artigo 37, §6º da Constituição de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...] § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, foi com a Constituição de 1988 que a responsabilidade estatal se expandiu, tendo em vista que o representante do Estado deixou de ser apenas o funcionário público para ser o agente público, vocábulo que compreende um número maior de pessoas. Como salientado, no Brasil a teoria objetiva está positivada desde a Constituição Federal de 1946. Assim, o Estado apenas não será responsabilizado civilmente na ocasião em que existir alguma causa excludente. Em suma, após passar por várias etapas, nosso ordenamento

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 612.

jurídico acolheu a teoria da responsabilidade objetiva, mencionada no texto constitucional em vigor, em que não é preciso provar a culpa do ente público.

Exatamente pela Constituição Federal ter adotado a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, sob a modalidade do risco administrativo, é permitido, desse modo, que a responsabilidade do Estado possa ser atenuada, caso provada a culpa exclusiva da vítima. Desta maneira, não foi aceita a teoria da responsabilidade objetiva perante a forma do risco integral, que sujeitaria sempre o ente estatal à indenização, sem nenhuma causa excludente.

Partindo das informações apresentadas, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro, com a evolução histórica da responsabilidade civil, sofreu influência das legislações estrangeiras em determinadas épocas, em especial o Código Civil de 1916, que teve como inspiração a codificação francesa e os preceitos liberais. Assim, fica mais claro o motivo da aplicação da responsabilidade subjetiva.

Logo, a teoria da responsabilidade objetiva estatal foi adotada e permanece sendo aplicada nos dias de hoje. Antes sequer era discutida a possibilidade de responsabilizar o ente estatal. De fato, grandes foram os avanços que ocorreram no âmbito da responsabilização do Estado, mas ainda hoje na doutrina e jurisprudência existem divergências acerca de qual forma seria aplicável nas hipóteses de danos decorrentes da omissão do Poder Público, se seria a teoria subjetiva ou a objetiva.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

2.1. Conceito de Atos Omissivos e tipos de Omissão

O Estado será responsabilizado civilmente sempre que houver uma conduta ativa ou omissiva da Administração, que ocasione um dano para o administrado. Embora o conceito de ação e omissão possuam significados diversos, tem um ponto em comum: uma e outra derivam de comportamentos humanos. De fato, tal conduta humana se exterioriza de forma omissiva ou comissiva. Partindo dessa classificação, Maria Helena Diniz afirma que:

A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. (...) deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade a qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; [...]³⁶.

Em sua acepção mais simples, a ação pode ser considerada a forma mais habitual de exteriorização da conduta humana. Sérgio Cavalieri Filho explica que “[...] fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer”³⁷. Portanto, a ação, por ser um comportamento positivo, é uma conduta dirigida a um fim que ultrapassa a esfera individual e consiste em uma conduta corpórea comissiva, um comportamento positivo capaz de alterar o mundo exterior.

Compartilhando do mesmo entendimento, José dos Santos Carvalho Filho explica quais são as diferenças entre atos por ação e omissão:

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem os danos ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal. Todavia, quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, ato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.25.

reparar o prejuízo. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. Já culpa origina se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano³⁸.

Por sua vez, a omissão seria um não fazer, ou seja, é um comportamento menos comum vem a ser a não realização de um comportamento finalista. Todavia, para ter relevância jurídica, a omissão deve estar atrelada a um dever jurídico de agir ou de praticar determinado ato para impedir o resultado. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho define omissão como uma “forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo³⁹”.

Logo, a omissão é um trecho do mundo real, embora não tenha a mesma existência física da ação. Pode ser conceituada como uma atitude negativa, pois não consegue produzir, física ou materialmente, dano ao lesado. No entanto, a omissão ganha relevância jurídica quando tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado⁴⁰.

Do ponto de vista de Guilherme de Souza Nucci:

A legislação impõe a várias pessoas o dever de cuidar, proteger e vigiar outras, tal como o faz com os pais em relação aos filhos, com os tutores em relação aos tutelados, com os curadores em relação aos curatelados e até mesmo com o administrador de um presídio em relação aos presos. Assim, se um detento está gravemente enfermo e o administrador da cadeia, dolosa ou culposamente, deixa de lhe conferir tratamento adequado, pode responder por homicídio⁴¹.

Dessa maneira, só responderá por omissão aquele que tiver o dever jurídico de agir, aquele que se encontra numa condição jurídica que lhe impõe o dever de evitar o resultado. E o Estado, como responsável pelos cidadãos, caso seja omissor e, em consequência, cause danos, somente será responsabilizado civilmente se tinha o dever jurídico de agir e não o fez. Cavalieri Filho ainda pondera que caso não fosse dessa forma, toda e qualquer omissão seria pertinente e, desse modo, todos teriam contas a prestar à Justiça⁴².

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.560.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.24.

⁴⁰ *Idem*, p.25.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 10ª ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 42.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.25.

Convém ressaltar que a omissão estatal ainda pode ser diferenciada em omissão específica e omissão genérica. Essa distinção foi inspirada, segundo parte da doutrina, nos conceitos de crimes omissivos próprios e impróprios do Direito Penal. Como bem observado por Cavalieri:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. São exemplos de omissão específica: morte de detento em rebelião em presídio (Ap.Civ. 58.957/2008, TJRJ). A omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda.⁴³

Partindo dessa classificação, tem-se que a omissão específica está ligada a falta de serviço. Nesse caso o Estado tinha uma obrigação e não a prestou ou, se a efetuou, o fez de forma inacabada ou com demora. Por outro lado, na omissão genérica não se verifica uma obrigação decorrente de um dever específico: ela ocorre quando indiretamente a omissão estatal gera a ocorrência do fato causador do dano. Assim, a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão de seu poder de polícia, e se, em decorrência de sua omissão, concorre para o resultado, deverá prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva⁴⁴.

De acordo com alguns doutrinadores, a Administração não será responsabilizada quando ocorrer omissão genérica, devido à indisponibilidade ou porque o acontecimento é inesperado, ou porque o Estado não tem os recursos disponíveis para realizar o ato. Neste mesmo sentido, o STF estabeleceu que a omissão genérica não é passível de indenização⁴⁵.

Portanto, quem sofreu a lesão deve provar que a falta de serviço concorreu para o dano e que, havendo uma conduta positiva praticada pelo Poder Público, o dano poderia ser evitado. É certo que no caso de omissão é preciso distinguir se o Estado é obrigado a praticar

⁴³ Idem, p. 268.

⁴⁴ Idem, p. 268.

⁴⁵ Conforme AI 350074 AgR/SP “Agravamento regimental. - Sendo certo que não se pode admitir responsabilidade objetiva genérica do Estado, por omissão, quanto a todos os crimes ocorridos na sociedade, no caso, para se chegar a conclusão contrária à que chegou o acórdão recorrido, seria mister reexaminar os fatos da causa para se verificar se existiu, ou não, na hipótese sob julgamento, o nexo de causalidade negado pelo acórdão recorrido, por não ter havido falha específica da Administração, mas, sim, dolo de terceiros, não sendo cabível para isso o recurso extraordinário. Agravamento a que se nega provimento. (STF - AI-AgR: 350074 SP, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 09/04/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 03-05-2002 PP-00015 EMENT VOL-02067-05 PP-01101).

uma ação, em razão de específico dever de agir, ou se apenas tinha o dever de evitar o resultado.

2.2 A responsabilidade estatal por atos omissivos

A responsabilidade civil por ação ou omissão do ente estatal é uma responsabilidade extracontratual, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamento unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos⁴⁶.

No mesmo sentido Di Pietro:

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.⁴⁷

Conforme já ressaltado, quando algum agente público pratica determinada conduta que acaba por lesar o bem jurídico de outrem, não há dúvidas de que incide na espécie a responsabilidade objetiva do Estado, alicerçada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. A responsabilidade surgirá na medida em que lhe seja imposto o dever de reparar os danos causados a terceiros por causa de seus atos. De acordo Edmir Netto de Araújo:

[...] o Estado também, em suas relações com a comunidade que o institui, executa serviços e atividades por meio de agentes e por meio de órgãos públicos. Esses agentes, geralmente servidores públicos, são pessoas humanas que, como representantes do Estado, desenvolverão intensa atividade com esse objetivo. A ação ou omissão humana, contrariamente aos assim chamados 'fatos do mundo: estarão sujeitas a regimes de responsabilidade, caso venham a ser causadoras de prejuízos ou lesões a pessoas, bens ou direitos, na forma disciplinada pela coletividade, através das normas legais editadas por seus representantes⁴⁸.

Logo, o Estado deve agir por imposição legal, e se não o fizer causará danos aos indivíduos por ação ou omissão. Acontece que a doutrina e jurisprudência entendem que nem sempre ocorrerá a responsabilidade civil do Estado nas condutas omissivas, já que nem toda conduta omissiva retrata uma ociosidade do ente estatal em cumprir seu dever legal. Com o intuito de demonstrar a divergência existente sobre qual a responsabilidade estatal nos casos

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1001.

⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.716.

⁴⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

de comportamento omissivos, a seguir será analisada se a responsabilidade por omissão estatal será subjetiva ou objetiva.

Nessa perspectiva, quando o Estado se omite ele coopera no evento danoso com uma condição negativa, pois deixa de agir ou não impede que o resultado se concretize. Desta forma, se o resultado não for impedido, significa que houve permissão para o que dano ocorresse. Afirma Carlos Roberto Gonçalves que a configuração da responsabilidade por omissão depende de um dever jurídico preexistente de praticar determinado fato e da demonstração de que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado⁴⁹.

Em síntese, o Estado só responde civilmente quando a omissão for sobre um dever legal de evitar a ocorrência do dano, ou seja, quando sua atuação ficar abaixo do padrão normal que se demanda. Na verdade, a responsabilidade estatal por ato omissivo é reconhecida quando ocorrer um ato ilícito e, em decorrência, exista um dever de agir colocado pela lei que, em consequência da sua omissão, foi desobedecido.

Desta forma, resta claro que ao averiguar a responsabilidade do Estado por conduta omissiva é necessário questionar quais foram os fatos decisivos para formar o evento danoso, ou seja, qual foi o fato gerador do dano e quem tinha a obrigação de evitá-lo. Assim, o Estado responderá não somente pelo acontecimento que gerou o dano, mas também por não ter praticado uma conduta eficiente para que ele fosse evitado.

Exatamente por isso, a responsabilidade estatal nos casos de inação estatal seria subjetiva e a teoria aplicável seria a da culpa anônima do serviço. Ou seja, a culpa não pode ser individualizada na pessoa de determinado agente público, pois nessa situação o serviço público funcionou mal, funcionou atrasado ou simplesmente não funcionou. Como bem observado por Celso Antônio Bandeira de Mello, em casos típicos de *faute du service*, seria inviável a incidência da responsabilidade objetiva, porquanto necessária a demonstração de ter havido culpa em casos tais⁵⁰.

Na opinião do mencionado autor:

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em Francês é o de

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.29.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1020.

culpa. Todavia, no Brasil, como de resto de alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como “falta” [ausência], o que traz ao espírito a ideia de algo objetivo. Outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano é a circunstância de que em inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida uma “presunção de culpa”, pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponíveis) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente. Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade⁵¹.

A omissão do Estado, oriunda da culpa anônima, somente ocorre quando o serviço não funcionar ou funcionar tardiamente, posto que o mau funcionamento implique em ação lesiva do Poder Público. Neste sentido, pondera Di Pietro:

[...] a responsabilidade, no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa⁵².

Partindo das informações apresentadas e das definições acerca da responsabilidade estatal por omissão, há algumas particularidades que devem ser observadas. Assim, quando o dever jurídico não for cumprido na prestação do serviço devido, entendido esse dever como uma causa fundamental da responsabilidade estatal, há que se examinar cada caso concreto.

Como bem observado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso. Como indício destas possibilidades há que se levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da Sociedade [não o nível de aspirações], bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissão, insuficiente ou inadequado. Este último nível de expectativa é sugerido, entre outros fatos, pelos parâmetros da lei que o institui e regula, pelas normas internas que o disciplinam e até mesmo por outras normas das quais se possa deduzir que o Poder Público por força delas, obrigou-se, indiretamente, a um padrão mínimo de aptidão.⁵³

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, 709.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1022.

Destarte, somente na averiguação de situações concretas é possível identificar se a atuação estatal era exigível na prestação de serviços e se sua omissão foi a causa do dano sofrido, uma vez que a causalidade na omissão é entendida como um juízo hipotético, não de eliminação, mas de colocação de ação. Yussef Said Cahali completa que “a omissão será causal quando, posta mentalmente a ação não executada, desaparece o resultado⁵⁴”.

Na visão de Maria Zanella Di Pietro, no caso de omissão do Poder Público:

[...] os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável⁵⁵.

Portanto, em casos de omissão estatal, não é esta a causa do dano, mas mera permissão para que aconteça. Portanto, se o dano não derivar diretamente da omissão estatal, só há responsabilidade se ela for reprovável pelo Direito; do contrário, o agente causador do prejuízo é quem por ele responde⁵⁶.

Deve-se ressaltar que para o Estado ser responsabilizado é necessário questionar sobre o porquê daquela conduta não ter sido exercida pela Administração. Logo, a omissão só será considerada juridicamente pertinente e suscetível de responsabilização se aquele que nada fez deveria e poderia ter agido, ou seja, se lhe era exigível o acolhimento de uma conduta que impedisse a ocorrência da lesão ao indivíduo.

2.3. Danos por omissão

A responsabilidade civil se embasa na ideia de reparação; assim, caso não exista dano, esta não existe. Desta forma, leva em conta o prejuízo sofrido pela vítima que ocasiona o desequilíbrio patrimonial. Na definição doutrinária de Venosa, temos que “é básico que, se

⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.223.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.710

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1032.

não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos porque falar em responsabilidade civil: simplesmente não há porque responder⁵⁷”.

Na verdade, o dano é o elemento essencial da responsabilidade civil. Nos casos de dano sofrido pelo particular em razão de dolo ou culpa do agente estatal, de deficiência ou falha do serviço público, de culpa anônima da administração, a *faute de service*, surge então a pretensão ressarcitória, qual seja, a indenização.

Acontece que nem todo dano precisa ser reparado. Como caracteriza Maria Helena Diniz, o dano será indenizável somente quando presentes os seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano; c) causalidade; d) subsistência do dano; e) legitimidade; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade⁵⁸.

Entretanto, para que exista a responsabilidade civil por atos comissivos e omissivos também não é necessário que sejam condutas sempre antijurídicas, pois existe responsabilidade civil que decorre da prática de atos lícitos. Afirma Yussef Said Cahali que:

O dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposo do agente público como, também, de ato que, embora não culposo ou revelador de falha do serviço, tenha-se caracterizado como *injusto* para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo⁵⁹.

Assim, mesmo que a Administração atue dentro dos limites da legalidade, ela pode vir a ser responsabilizada se da sua conduta provier dano a terceiro e este revestir-se de anormalidade e especificidade. Em linhas gerais, o dano deve ser injusto para ser reparado; sendo assim, será cabível indenização devida ao lesado, demonstrada a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, e se caracterizado que o dano é anormal e específico.

O dano anormal seria o que ultrapassa por sua natureza a expressividade os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade⁶⁰. Por outro lado, a especificidade está ligada ao fato de que o prejuízo precisa ser individualizado em determinado sujeito para que possa se falar em sua reparação. Deste modo, embora o Estado atue dentro dos limites da legalidade, pode vir a ser responsabilizado

⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p.21.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81-83.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.

66.

⁶⁰ Idem, p. 67

se de sua conduta provier dano a terceiro e ficar demonstrado que o dano foi anormal e específico.

Deve-se destacar que a divergência existente acerca de qual responsabilidade seria aplicável nos casos de omissão estatal decorre da visão de alguns doutrinadores de que o artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988, consagrou a responsabilidade objetiva tanto para atos comissivos quanto omissivos. Por outro lado, outros acreditam que a responsabilidade objetiva somente acontece nos casos em que a lesão emanar de uma ação estatal, pelo fato de a ideia de omissão estar ligada à culpa, seja por negligência, imprudência ou imperícia⁶¹, aplicando nestas situações a responsabilidade subjetiva.

Por outro lado, alguns entendem que a intenção do legislador, na medida em que o dispositivo constitucional utiliza o verbo “causar”, seria que o Estado só respondesse por danos causados diretamente por seus agentes, não havendo que lhe imputar a obrigação de reparar nos casos de prejuízos derivados de atos estranhos à atividade administrativa, isto é, provocados por terceiros. Então, caso o dano seja ocasionado por ato não vinculado diretamente à atividade estatal, seria hipótese de responsabilidade civil subjetiva⁶².

Portanto, apreciar a forma de responsabilização do Estado, se objetiva ou subjetiva, aos danos sofridos pelos cidadãos é imprescindível, traz consequências jurídicas consideráveis. A propósito, doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto ao assunto.

2.3.1. Responsabilidade Objetiva

Na responsabilidade civil objetiva é desnecessário provar ter o agente causador do dano agido de forma culposa; assim, não é essencial que sua conduta seja reprovável, só é indispensável que dela suceda o dano, demonstrando o nexo causal. Como já analisado anteriormente, sua explicação encontra-se na teoria do risco: conforme esta, qualquer ação pode acabar gerando riscos para terceiros, e, quando de seu desempenho ocorrer danos, o causador será responsabilizado por eles.

Na opinião de Cavalieri Filho:

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1029.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 705.

O suporte doutrinário dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem⁶³.

Exatamente para dar segurança à vítima que sofre o dano surgiu essa teoria, que busca, de uma forma diferente da responsabilidade subjetiva, solucionar o problema sem ser necessário comprovar conduta culposa do agente. Afirma Rui Stoco que:

A insatisfação com a teoria subjetiva, tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. As multiplicações de oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação⁶⁴.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro atual o conceito de responsabilidade objetiva está longe de ter uma definição que seja precisa e uniforme. Há que se atentar, primeiramente, ao que exatamente propõe o art.37, § 6º, da Constituição Federal:

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

Em linhas gerais, esse dispositivo indica a responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade risco administrativo, em razão dos danos que são causados pela ação de seus agentes. Conforme parcela da doutrina assinala, não atinge os prejuízos causados pela omissão estatal, do qual a indenização, quando cabível, será regulada pela teoria da culpa administrativa.

Entretanto, no entender de Hely Lopes Meirelles a responsabilidade civil estatal por omissão é *objetiva*, em razão da simples *falta anônima do serviço*, pois esta se concentra justamente nas áreas de risco assumidas pelo Estado para a consecução de seus fins." Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância".⁶⁵

Contudo, o Estado não pode ser responsabilizado por danos decorrentes de atos predatórios de terceiros ou por fenômenos da natureza, pois a responsabilidade objetiva

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137.

⁶⁴ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.687.

contida no art. 37, §6º, da Constituição Federal refere-se apenas aos danos que os agentes públicos, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Yussef Said Cahali também sustenta a tese de que a responsabilidade por omissão é objetiva, sob o argumento de que a Constituição Federal, no art. 37, §6, exigiu a culpa apenas na hipótese de ação regressiva contra o agente público. Então, a responsabilidade do Estado será sempre objetiva, exigindo-se a reparação em qualquer caso, independentemente de culpa, desde que exista relação causal entre o dano e a conduta omissiva ou comissiva do agente público, ressalvada as hipóteses de exclusão da responsabilidade⁶⁶.

Dessa forma, a responsabilidade objetiva é aplicada somente nas hipóteses de danos que forem causados pelo Poder Público por meio da ação de seus agentes. Assim, será determinante para demonstrar a responsabilidade do Estado que o agente público se utiliza de sua condição para o cometimento do dano.

Outro aspecto seria quanto ao fato do dano ser antijurídico, pois alguns doutrinadores consideram que o Estado só responderá objetivamente desta forma. Ocorre que o ato antijurídico não pode ser entendido somente como ato ilícito. Isso é irrelevante, porém, no caso de obra pública, se houver danos decorrentes da mesma, mesmo que licitamente cometidas, o Estado deverá indenizar o indivíduo que sofreu o dano. Como bem observado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Somente se pode aceitar como pressuposto da responsabilidade objetiva a prática de ato antijurídico se este, mesmo sendo lícito, for entendido como ato causador de dano anormal e específico a determinadas pessoas, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais. Por outras palavras, ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato ilícito e o ato lícito que cause dano anormal e específico⁶⁷.

Por outro lado, importante ressaltar que o nexo de causalidade é o motivo da existência da responsabilidade civil estatal; assim, quando a prestação de serviço público não for causa do dano ou quando estiver ligada a outras situações o nexo de causalidade deixará de existir. Para tanto, são identificadas como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros.

⁶⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.32-43.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 724.

Porventura, quando for caso de força maior, o Estado somente será responsabilizado se, juntamente com a força maior, ocorrer a omissão do Poder Público na realização do serviço. Nessa situação, a responsabilidade não será objetiva, uma vez que não decorre do mau funcionamento do serviço público, ao passo que, na omissão da prestação de serviços, o dano não ocorreu da atuação do agente público, mas da omissão do Poder Público, aplicando assim a teoria da culpa do serviço público.

No entanto, merece atenção que a responsabilidade estatal será atenuada quando a culpa da vítima e a do Poder Público forem concorrentes. Entretanto, se houver culpa exclusiva da vítima o ônus será da Administração, que deverá demonstrar que a culpa foi do particular, caso em que a responsabilidade estatal será excluída.

Por fim, é oportuno lembrar que nos casos em que o indivíduo estiver sob a vigilância do Estado, a responsabilidade será objetiva, independentemente de o dano ocorrer de uma ação ou omissão estatal. O Estado tem o dever legal de garantir a integridade de pessoas ou coisa sob sua custódia, guarda ou proteção; caso seja desleixado, responderá pelos danos causados a essas pessoas ou coisas, mesmo que não o dano não se dê pela atuação de seus agentes⁶⁸.

2.3.2. Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela que tem como base a culpa. Logo, além da comprovação de que houve o dano da conduta e o nexo causal, o indivíduo também precisa demonstrar ter o agente atuado de forma culposa, seja por dolo ou por negligência, imprudência ou imperícia. Todavia, uma vez que não consiga demonstrar, não fará jus ao ressarcimento do prejuízo.

Nesse sentido, há grande divergência na doutrina acerca da responsabilidade do Estado, conforme já lembrado, nos casos em que o dano decorre de uma inação estatal. Embora a Constituição de 1988 não traga qualquer regra expressa relativa à responsabilidade

⁶⁸ Vejamos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. RE 573595 AgR I RS - RIO GRANDE DO SUL Julgamento: 24/06/2008

civil por danos ocasionados por omissão do Poder Público, a jurisprudência tem entendido que é possível resultar configurada a responsabilidade estatal nos casos de danos ensejados por omissão. Partindo das informações apresentadas até o momento neste capítulo, muito equivocado seria afirmar que a responsabilidade do Estado sempre será objetiva.

Conforme orienta Jacintho de Arruda Câmara, existem circunstâncias nas quais a forma objetiva de averiguar a responsabilidade não se aplica. É o caso de comportamentos omissivos, para os quais a aplicação da responsabilidade objetiva implicaria elevar o Estado à condição de um segurador universal, o que não está previsto na legislação⁶⁹.

Assim, a responsabilidade somente será subjetiva quando o dano for decorrente de omissão do Estado. Consequentemente, se o Estado não agiu, logo, não é o causador do dano. Dessa maneira, o direito de indenizar somente acontecerá quando for comprovado que a sua inércia gerou o dano. Assim, na responsabilidade civil subjetiva a culpa assume papel determinante, como um elemento indispensável para imputar ao agente causador do dano o seu dever de reparar o prejuízo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] quadra advertir que a responsabilidade por comportamentos omissivos não se transmuda em responsabilidade objetiva nos casos de “culpa presumida”, pois, se o Poder Público provar que não houve omissão culposa ou dolosa, descaberá responsabilizá-lo; diversamente do que ocorre na responsabilidade objetiva, em que nada importa se teve, ou não, culpa: responderá do mesmo modo⁷⁰.

Nesse caso, o Estado irá responder com base na teoria da culpa administrativa. Em outra oportunidade, o autor explica seu entendimento mais detidamente:

[...] dita responsabilidade objetiva, entretanto, *só esta consagrada constitucionalmente para atos comissivos do Estado*, ou seja, para os comportamentos *positivos* dele. Isto porque o texto menciona “danos que seus agentes *causarem*”. A omissão, rigorosamente falando, não é causa de dano, conquanto seja certo que *condiciona e irresistivelmente* sua ocorrência nos casos em que, se houvesse a ação, o dano seria evitado. Assim, parece-nos – e também nisto acatamos reverentemente os ensinamentos doutrinários sempre luminosos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – que a regra em nosso Direito Constitucional é a da responsabilidade objetiva para os comportamentos comissivos do Estado e, salvo nos casos excepcionais, responsabilidade *subjetiva* (por culpa do serviço) para os comportamentos omissivos: a saber, quando o Estado, *devendo* legalmente agir

⁶⁹ CÂMARA, Jacintho de Arruda. *A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado*. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.86.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1023.

para evitar um dano e, *podendo fazê-lo*, não o fez ou não o fez tempestivamente ou eficientemente⁷¹. (Grifos do autor)

Resta claro que, caso a responsabilidade estatal em atos omissivos fosse objetiva, como é defendido por uma parcela da doutrina, isto acarretaria em uma preocupante quantidade de ações contra o Estado, todas estabelecidas nos mais variados deveres de atuação em que o Estado foi omissivo. Todavia, acabaria modificando o real propósito do instituto da responsabilidade civil, já que o Estado, responsabilizado objetivamente para ressarcir pelo simples motivo de estar vinculado ao evento danoso, sem, contudo, apresentar meios de negar, o transformaria em um verdadeiro segurador universal⁷².

Logo, o acolhimento da responsabilidade objetiva nos casos de omissão mostra-se um tanto quanto inapropriada. O emprego dela em alguns casos, além de ser inviável pelo fato da exigência de determinada conduta por parte do Estado, não levaria em conta sua culpa, sendo necessário somente demonstrar o nexo causal entre a omissão e o dano sofrido, e isso poderia acarretar condenações absurdas.

Pelo dito, conclui-se que não há como evitar a aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão, uma vez que não só é o mais correto, como também deve se averiguar no caso concreto a causa da omissão estatal, analisando se houve culpa de sua parte. Porventura, não seria justo responsabilizar o Estado tão somente pelo indício do liame causal, desobrigando a apresentação da culpa.

Na verdade, mesmo que o Estado seja inerte em algumas situações, convém salientar que é impossível que a Administração esteja atenta a qualquer falha que surja em determinado local a qualquer tempo. Por sua vez, estranho seria se houvesse solicitação dos administrados e o Estado nada fizesse. Neste caso sim, surge a responsabilidade estatal, já que, consciente da situação, nada fez para evitá-la.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, é muito complicado demonstrar que o serviço público agiu abaixo do padrão normal nos casos de omissão. Em alguns casos, Poder Público como na “falta de serviço”, é imprescindível que a culpa do Poder Público seja presumida⁷³. Por conseguinte, compete ao Estado provar sua ausência de culpa para se afastar

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.120

⁷² Idem, p.1031.

⁷³ Idem, p. 1023.

da obrigação, isto é, demonstrar que agiu dentro da normalidade, não desrespeitando qualquer dever legal que lhe foi imposto.

Por sua vez, essa hipótese nem mesmo é analisada quando se trata de responsabilidade objetiva, já que esta permanece ainda que o administrador tenha agido com diligência e cuidado, desde que demonstrado dano e nexa causal. Dessa forma, autorizar que o Estado comprove que agiu de forma zelosa, com o fim de evitar a responsabilização estatal, refere-se à responsabilidade subjetiva e não à objetiva, não cabendo nesta tal possibilidade.

Por fim, nessa perspectiva, não restam dúvidas quanto ao acolhimento da teoria objetiva na responsabilidade estatal nos casos de condutas comissivas; contudo, o mesmo não ocorre com relação às condutas omissivas, onde doutrina e jurisprudência são divergentes sobre qual teoria seria cabível. Em síntese, alguns defendem a aplicação da teoria subjetiva para esses casos, enquanto outros adotam a teoria objetiva da responsabilidade estatal quando se estiver diante da inação do Estado.

No próximo capítulo será analisada a omissão estatal na segurança pública e depois averiguar-se-á, em casos concretos, como vem sendo aplicada essas teorias na jurisprudência brasileira.

3. OMISSÃO ESTATAL NA SEGURANÇA PÚBLICA

3.1. Conceito de segurança pública

O surgimento da segurança pública está relacionado à manutenção do Estado de ordem e repressão a tudo que coloque em perigo a paz social. A palavra segurança pode ser conceituada como “estado, qualidade ou condição de quem ou de que está livre de perigos, incertezas, assegurado de danos e riscos eventuais; situação em que nada há temer⁷⁴”. Portanto, como um direito fundamental, ter segurança é não estar vulnerável em relação aos demais membros da comunidade. Por conseguinte, a polícia, representando o Estado, é o único agente competente para combater a violência e por assegurar a segurança pública⁷⁵.

A segurança pública é um serviço público que tem como destinatário o cidadão. Antes de aprofundarmos o estudo desse instituto, é necessário conceituar o que seria o serviço público. Em síntese, no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina não é unânime na conceituação de serviço público. Conforme observam alguns autores, não consiste em uma tarefa fácil conceituar o que vem a ser efetivamente um serviço público.

Desse modo, e seguindo o sentido amplo do conceito, Hely Lopes Meirelles afirma que "serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, através de normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado⁷⁶". No que tange ao conceito de serviço público em sentido amplo, Maria Sylvia Zanella di Pietro salienta que:

Amplamente também é o conceito de José Cretella Junior [1980:55-60], para quem serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público⁷⁷.

Apesar de o sentido amplo ser defendido por vários doutrinadores, a adoção desse conceito não é precisa, visto que não abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública. Na opinião da autora, o serviço público pode ser conceituado como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio

⁷⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

⁷⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas*. Atualidades Jurídicas (Revista eletrônica da OAB), n. 1, mar./abr. 2008. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 320.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86.

de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público⁷⁸”.

Assim, não é a atividade em si que tipifica o serviço público, já que eles podem ser prestados pelo ente estatal diretamente, pelos cidadãos e, alguns casos, pela iniciativa privada. Posto isto, o que prevalece é a vontade soberana do Estado no conceito de serviço público, que pode ser qualificado como público ou de utilidade pública, de prestação direta ou indireta, ou seja, existem serviços que são privativos do ente estatal, e há os que são comuns ao Estado e aos particulares⁷⁹.

Ocorre que alguns serviços, como o de segurança pública, por serem prestados diretamente à sociedade, por sua necessidade e essencialidade, são serviços privativos do poder público, que não podem ser concedidos a terceiros. Logo, sua função administrativa compreende o processo de prevenção e repressão aos acontecimentos motivadores de intranquilidade e insegurança.

De acordo com De Plácido e Silva, *apud* Carlos Fernando Priolli Apiccirella, a segurança pública pode ser conceituada como:

Segurança: derivado de segurar, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido de seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. E Segurança Pública? É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. A segurança pública, assim, limita a liberdade individual, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a⁸⁰.

Dessa forma, todos são responsáveis pela segurança pública e precisam agir para garantir a ordem pública. Todavia, se houver falhas no sistema, elas devem ser prevenidas e reprimidas pelas entidades de segurança pública, e a polícia, como aparelho administrativo, tem o papel de atribuir limites à liberdade de grupos ou indivíduos, ou seja, a polícia é o meio indispensável para manutenção da ordem pública.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 321

⁸⁰ APICCIRELLA, Carlos Fernando Priolli. Segurança Pública. *Revista Eletrônica de Ciências*. São Carlos, n. 20, outubro de 2003. Disponível em: <http://cdcc.usp.br/ciencia/artigos/art_20/seguranca.html>

Na opinião de Clóvis Henrique Leite de Souza, a segurança pública também pode ser definida como:

O conjunto de processos destinados a garantir o respeito às leis e a manutenção da paz social e ordem pública. Inclui ações para prevenir e controlar manifestações de criminalidade e de violência, visando à garantia do exercício de direitos fundamentais. Abrange instrumentos de prevenção, vigilância, repressão, reparação, garantia de liberdades individuais e defesa de direitos sociais. Deve estar articulada com ações sociais priorizando a prevenção e buscando atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social⁸¹.

Nesse entendimento, nota-se a relevância da segurança pública para a conservação da ordem pública e da paz social, sendo necessário averiguar quais são as intenções do ordenamento jurídico brasileiro, fixados na Constituição Federal. A propósito, o seu principal objetivo é garantir o exercício dos direitos fundamentais, na forma do no art. 5º, *caput*, pois a segurança pública é “dever do Estado” e “direito de todos”, que deve ser assegurado por meio das forças policiais, atendendo o previsto no art. 144 da Constituição.

Ademais, a segurança pública propicia a organização do Estado, está a serviço deste para que outros institutos desempenhem as funções às quais se destinam, garantindo a ordem social, a estruturação econômica e a política da sociedade. Desta forma, tem o dever de assegurar a incolumidade das pessoas, do patrimônio e a manutenção da ordem pública, isto é, a ordem juridicamente estabelecida. Na visão de José Afonso da Silva, consiste a segurança pública em uma situação de preservação ou restabelecimento da convivência social, permitindo que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem⁸².

Logo, a segurança é exercida na maioria das vezes pelo Poder Executivo, por intermédio de órgãos policiais, mas o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também contribuem para a segurança pública, além da própria sociedade, do mesmo modo que prestam auxílio às políticas de segurança pública. Então, a função estatal da polícia é feita através de instituições que buscam impor limitações legais à liberdade dos indivíduos e dos grupos, com intenção de manter a ordem pública, em suas diversas manifestações, como

⁸¹ SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. *A segurança pública nas conferências brasileiras*. Ministério da Justiça, 2008.

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 778.

segurança da propriedade e proteção a qualquer outro bem jurídico protegido pelo direito penal⁸³.

3.2. Segurança Pública: Direito do Cidadão, Dever do Estado

O Estado, como aparelho público, detém várias atribuições para manter o seu regular funcionamento e possibilitar a vida em sociedade, ocasião em que assume os encargos que decorrem das atividades de sua competência. O direito deve priorizar a visão de que o ser humano constitui a razão mesma de existência do Estado. Assim, este tem o significativo papel de efetivar os direitos fundamentais, com o ônus de empenhar todos os seus recursos possíveis a fim de garantir a sua efetivação. Segundo Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais podem ser definidos como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁸⁴.

Logo, no exercício de sua atividade o Estado tem o dever de garantir a segurança pública, dever assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. [...]

Nesse sentido, há que se ter um Estado zeloso, atencioso e diligente. Diante do artigo constitucional, constata-se que a segurança pública é ambígua⁸⁵, pois, em que pese ser dever do Estado, é também direito e responsabilidade de todos. Desta forma, compete ao particular comunicar aos órgãos responsáveis pela preservação da ordem pública qualquer conduta individual ou coletiva de terceiros que se mostrem dispostos a ofender o patrimônio privado e a integridade física dos indivíduos. Nesse sentido, José Afonso da Silva ressalta que hoje é necessário fazer uma nova concepção de ordem pública, onde a colaboração da sociedade seja vista como importante referencial⁸⁶.

Além disso, conforme acórdão do Supremo Tribunal Federal:

⁸³ BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmem C. Varialle. 11ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 852.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002, p.24.

⁸⁵ STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.124.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 636.

(...) O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. (RE nº 559.646/PR-AgR, Segunda Turma, Relatora Ellen Gracie, DJe de 24/6/11).

De fato, sendo um direito fundamental, deve ser universalizado de modo igual e não pode deixar de ser prestado à parcela mais pobre da população, ou ser prestado de modo seletivo, uma vez que o principal elemento para sua legitimação em um Estado moderno é a distribuição igualitária da segurança pública.

Por conseguinte, é indispensável fazer uma abordagem prévia sobre os termos “polícia” e “segurança”. Preleciona José Afonso da Silva que a segurança:

[...] assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. “Segurança jurídica” consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. “Segurança social” significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais. A Constituição, nesse sentido, preferiu o espanholismo *seguridade social*, como vimos antes. “Segurança nacional” refere-se às condições básicas de defesa do Estado. “Segurança pública” é a manutenção da ordem pública interna⁸⁷.

Dessa forma, o Estado tem o dever de assegurar a ordem pública, que é o estado de pacífica convivência social, isento de ameaça de violência. Porém, a convivência pacífica não quer dizer ausência de divergências, debates ou controvérsias, uma vez essas existem, mas a pacificidade será perdida quando os desacordos deflagrarem situações de violência e crime.

Assim, a segurança pública seria uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem preocupação. É uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas, realizada pela polícia⁸⁸.

Por conseguinte, o termo “polícia” tem uma relação direta com a segurança, vem do grego “polis”, que significava o ordenamento político do Estado. Trata-se de atividade administrativa que possui a função de assegurar a ordem, a paz interna e a harmonia social. Convém destacar, segundo José Hélio Torghani, *apud* Afonso da Silva, que é o “órgão

⁸⁷ *idem*, p.777.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.778.

responsável pela segurança dos cidadãos ao qual se atribui, exclusivamente, a função negativa, a função de evitar a alteração da ordem jurídica⁸⁹”.

Guido Zanobini completa que a polícia pode ser descrita como:

[...] a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais⁹⁰.

Partindo das informações apresentadas, observa-se que a segurança pública tem instrumentos de prevenção, vigilância, repressão, reparação, garantia de liberdades individuais e defesas dos direitos sociais. Ainda segundo o autor, a segurança pública “deve estar articulada com ações sociais priorizando a prevenção e buscando atingir as causas que levam a violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social⁹¹”.

Nesse sentido, o poder de polícia deve obedecer três limites que lhe são impostos pelo Estado, que seriam os direitos dos cidadãos, as liberdades públicas e os privilégios individuais assegurados pela Constituição e demais normas legais.

Apesar de guardar semelhança com os órgãos policiais responsáveis pela segurança pública, o poder de polícia com eles não se confunde. Ele está disperso em vários órgãos da Administração Pública e obedece a normas administrativas que limitam o exercício dos direitos individuais. Segundo o clássico conceito de Hely Lopes Meirelles, poder de polícia:

[...] é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade. [...] É o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração para conter os abusos do direito individual⁹².

Por outro lado, a segurança pública é protegida apenas pelos órgãos enumerados no art. 144 da Constituição Federal, os quais devem obedecer a normas penais e processuais penais; logo, sua atribuição é restrita à prevenção e à repressão de crimes.

Dessa maneira, a atividade de polícia administrativa é regida pelo Direito Administrativo, relacionada aos ilícitos administrativos, com a função de proteger bens jurídicos individuais, como a liberdade e a propriedade. Em contrapartida, a polícia de segurança se subdivide em polícia de segurança e polícia judiciária, a primeira constituindo a

⁸⁹ Idem, citando Hélio Torghani, p. 778.

⁹⁰ Zanobini, Guido. *Curso di diritto amministrativo* apud MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. Atlas: São Paulo, 2007, p.834.

⁹¹ Idem, p.834.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.123.

polícia ostensiva, com a função relativa de preservar a ordem pública e implementar medidas de prevenção; a segunda com a função de investigar e apurar os delitos penais.

Dessa forma, compreende-se que a polícia desenvolve o sistema criminal e a segurança pública. Assim, pode ser dividida em polícia civil e militar, cada uma exercendo atividades específicas. Logo, compete à polícia civil auxiliar o Poder Judiciário na coleta de provas que instruem o processo criminal⁹³. A polícia militar, a seu turno, possui atribuição de policiamento ostensivo e de preservação da ordem e segurança pública, conforme as atribuições definidas em lei⁹⁴.

Cabe salientar que, conforme taxativa previsão constitucional, é proibida a criação de novos órgãos policiais para o exercício da segurança pública. Ao atribuir aos órgãos policiais a competência para o exercício da segurança pública, a Constituição Federal, conforme já ressaltado, definiu as funções específicas de cada um, da mesma forma que fixou competência aos entes federativos que os organizam e mantêm. Importante mencionar que a segurança pública não pode ser definida somente como repressiva, pois esta não é a única função da polícia.

Pelo exposto até o momento, percebe-se que ocorreu um grande avanço no sistema da responsabilidade civil do Estado, uma vez que na época do Império, apesar de violações das garantias individuais, não existia indenização por parte do Poder Público, entendimento esse que prevaleceu durante algum tempo. Posteriormente, se as medidas adotadas pelo Estado gerassem um dano direto à propriedade privada, a reparação seria admitida como um dever de justiça, mas se o dano fosse decorrente de uma omissão do funcionário que poderia evitá-lo, a indenização não era cabível.

Na medida em que tal pensamento não é mais admitido, hoje, o Estado tem o dever de garantir a segurança pública, dever assegurado pela Constituição Federal. Dessa forma, será responsabilizado por omissão, ainda que não tenha sido ele o causador direto do dano.

⁹³ Artigos 4º, do Código de Processo Penal: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)” e 144, §4º da Constituição Federal “As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares”.

⁹⁴ Artigo 144, §5º, da Constituição Federal: “As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

Ocorre que atualmente o Brasil passa por uma situação de grande insegurança, com elevados índices de criminalidade. Como resultado, as políticas estatais de segurança pública sofrem grandes críticas da sociedade - a maior delas a falta de eficiência da polícia frente a crescente onda de infrações e crimes nos grandes centros urbanos. Assim, muitas das ações propostas contra o Estado tratam da sua omissão no dever de assegurar a segurança pública.

De fato, o Estado, como garantidor da segurança pública, deve sempre buscar preservar a ordem social. Apesar de todo empenho, porém, é impossível ao Estado evitar todas as possíveis ameaças à ordem pública. Entretanto, quando for comprovado que ele não agiu de forma adequada, ou seja, que, apesar de existirem condições eficazes para a sua ação, ele permaneceu inerte, será responsabilizado civilmente. A seguir, serão analisados alguns casos em que os indivíduos pleiteiam a responsabilidade estatal por omissão na prestação do serviço de segurança pública.

3.3 A demora na prestação da segurança pública: casos

Nos capítulos anteriores explicitamos os argumentos que são contra e a favor da responsabilização do Estado nos casos de omissão, por meio de uma abordagem histórica e da confrontação de dispositivos normativos pertinentes à matéria. Agora, serão analisadas algumas jurisprudências que tratam do assunto, especificamente da inação estatal na segurança pública.

Resta claro que, desde antigamente, a jurisprudência brasileira aceita que o Estado seja responsabilizado por danos causados a particulares. Existem muitos casos sobre o tema, e a conclusão é que o Judiciário brasileiro sempre esteve vigilante em assegurar a obrigação estatal e ressarcir danos aos particulares.

As jurisprudências escolhidas tratam da responsabilidade do Estado por danos decorrentes de sua omissão em razão da demora na prestação do serviço de segurança pública. Logo, percebe-se que essa omissão causa consequências graves para os indivíduos, demonstrando ser um grave defeito do serviço público, que deve ser prestado com mais cautela quando for requerido pelo cidadão.

Todavia, a jurisprudência brasileira é oscilante no que tange à responsabilidade civil do Estado por omissão. Nesse sentido, há julgados fazendo menção tanto a uma quanto a outra corrente, embora seja possível verificar uma tendência majoritária na jurisprudência em

favor da responsabilidade subjetiva. No âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, conforme as ementas transcritas a seguir:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. JULGAMENTO CITRA/INFRA PETITA. REJEIÇÃO. VEÍCULO ROUBADO E LOCALIZADO 16 DIAS DEPOIS. REALIZAÇÃO DE TELEFONEMA À CENTRAL DA POLÍCIA. SERVIÇO "190". RECUSA EM PROCEDER ÀS BUSCAS VISANDO À LOCALIZAÇÃO DO BEM. MOTIVAÇÃO ILEGÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO PELA "FALTA DE SERVIÇO". INVIABILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS DANOS MATERIAIS, CONSISTENTES NO VALOR DOS EQUIPAMENTOS DE SOM LEVADOS COM O ROUBO DO CARRO E DOS SHOWS NÃO REALIZADOS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL COM A OMISSÃO ESTATAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. INAPLICABILIDADE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ADSTRIÇÃO À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO. SENTENÇA, EM PARTE, REFORMADA.

(...)

2. Nos casos em que o dano decorre de uma omissão administrativa, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, fundada na teoria da "falta de serviço", impondo à parte ofendida a demonstração de que o dano é consequência direta da culpa no mau funcionamento ou inexistência de um serviço afeto à Administração Pública.

3. A segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo essencial para o desenvolvimento da sociedade. Por mandamento constitucional [CF, arts. 5º e 144], constitui prerrogativa indisponível, cujo direito fundamental é garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço [BULOS, Uadi Lammêgo, in Constituição federal anotada, p. 1.248].

(...)

6. Caracterizada a omissão do Estado quanto à prestação do serviço de segurança pública, com a demonstração do elemento subjetivo [culpa], diante do atendimento defeituoso em proceder às buscas visando à localização do veículo do autor, deve responder por eventuais prejuízos causados, desde que presente o nexo causal.

(...)

10. Preliminar de julgamento citra/infra petita rejeitada. Recurso parcialmente provido para deferir o pedido de danos morais, no montante de R\$ 5.000,00 [cinco mil reais]. Ônus sucumbencial redistribuído.

[Acórdão n.783029, 20120111792945APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 30/04/2014, publicado no DJE: 05/05/2014. Pág.128] (grifo nosso).

O julgado acima denota, primeiramente, que foi negada a prestação de serviço de segurança pública. O requerente alegou que teve seu veículo roubado, em 29/05/2011, e que poucos dias depois do ocorrido seu automóvel foi visto em circulação. No mesmo dia ligou para o serviço de atendimento da polícia, via 190, mas a mesma se recusou a ajudar, argumentando que, com o carro em movimento, nada poderia ser feito.

Nesta causa restou evidente a ausência do serviço de segurança por parte do Estado. Logo, houve relação entre a omissão, fruto da atuação de seus agentes, e o dano sofrido pela

parte ofendida. Assim, o evento danoso foi decorrente de uma atividade faltosa do Poder Público, decorrente de falta ou falha anônima do serviço. Desta forma, restou caracterizada a responsabilidade subjetiva do Estado, uma vez que foi provada a sua culpa.

Nesse caso houve demonstração da denominada “culpa do serviço”, “falta de serviço”, “culpa anônima” ou, segundo os franceses, “*faute du service*”, isto é, quando o Estado deveria agir, não agiu, agiu mal ou tardiamente, em atitude de inércia que acarreta prejuízo ao administrado, dando lugar à reparação dos prejuízos sofridos. Assim, quando ocorrer ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil será subjetiva, pelo que se exige a demonstração de dolo ou culpa em sentido estrito, não sendo necessário, portanto, individualizá-la, dada que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica.

Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que:

(...) a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados. (...).

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

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

Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o ato lesivo⁹⁵.

Dessa forma, através da omissão a responsabilidade estatal é de cunho estritamente privado, não sendo necessário demonstrar a culpa individual do funcionário, mas que não houve um funcionamento adequado do serviço, e a consequência deste mau funcionamento foi o dano ao administrado. Conforme já ressaltado, cabe ao Estado o poder de coerção por meio das forças policiais, com a função importante de preservar, manter e restabelecer a convivência harmoniosa e pacífica da sociedade, o que não aconteceu no caso.

Na segunda ementa analisada não houve demonstração da culpa do Estado, razão pela qual ele não foi responsabilizado civilmente:

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.993-995.

CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS. CRIME NAS PROXIMIDADES DE UNIVERSIDADE [ROUBO E ESTUPRO]. INQUÉRITO POLICIAL. DEMORA JUSTIFICADA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. PRESSUPOSTOS AUSENTES. OMISSÃO ESPECÍFICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo essencial para o desenvolvimento da sociedade. Por mandamento constitucional [CF, arts. 5º e 144], constitui prerrogativa indisponível, cujo direito fundamental é garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço [BULOS, Uadi Lammêgo, in Constituição federal anotada, p. 1.248].

2. **Nos casos em que o dano decorre de uma omissão administrativa, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, fundada na teoria da "falta de serviço", impondo à parte ofendida a demonstração de que o dano é consequência direta da culpa no mau funcionamento ou inexistência de um serviço afeto à Administração Pública [omissão específica].**

3. Para fins de caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil e reparação de eventuais danos decorrentes da prática de crimes por terceiros em via pública, tanto a jurisprudência como a doutrina tem entendido que a omissão do serviço estatal deve ser específica, concreta, exteriorizada pela inação prévia ou atuação deficiente ou mesmo negligente. **Apesar de titular do dever jurídico de prestar segurança pública, não é possível exigir a atuação efetiva do Estado em todos os casos de crimes ocorridos em via pública, sob pena de se impelir a ele o título de segurador universal de todos os prejuízos causados aos administrados pela atuação de criminosos, o que não é admissível.**

4. **No particular, não há falar em omissão específica por parte do Estado, pois os delitos de roubo e estupro foram praticados por terceiros em via pública, sem notícia de que os agentes públicos tenham sido acionados e se omitido concretamente, muito menos que tenham concorrido para a prática dos crimes a que foi vítima a autora nas proximidades da Faculdade de Saúde da Universidade de Brasília/UNB, após sua saída da instituição de ensino.** Em caso tais, não obstante a gravidade e as consequências dos delitos, não é possível exigir que o aparato policial se ponha em vigília diuturnamente, porquanto o dever de segurança pública se faz em relação à coletividade, e não de modo específico em relação a cada cidadão.

5. Em razão da dificuldade na apuração da autoria delitiva, a qual não contou com a presença de testemunhas, após longos anos de tramitação e de diversas diligências realizadas [retrato falado, quebra de dados telefônicos dos aparelhos subtraídos, perícia no material encontrado no veículo, análise dos cadastros da polícia acerca de autores de crimes sexuais etc.], o inquérito policial foi arquivado, não havendo falar em omissão da autoridade capaz de respaldar a responsabilidade civil estatal em função da demora do procedimento administrativo, ainda que se leve em consideração a teoria da perda de uma chance.

6. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.

[Acórdão n.860811, 20130111734783APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 15/04/2015, publicado no DJE: 20/04/2015. Pág. 243]

A situação retratada nestes autos foi que a requerente ajuizou uma ação compensatória por danos morais em desfavor do Distrito Federal, baseada na ausência de policiamento ostensivo, no fato de ter sido vítima de crime de assalto e estupro nas proximidades da UnB e na demora da conclusão de inquérito policial.

Conforme já enfatizado, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo indispensável para o desenvolvimento da sociedade. No

caso, apesar de se tratar de estabelecimento educacional, para fins de caracterização dos requisitos da responsabilidade civil e indenização de eventuais danos decorrentes da prática de crimes por terceiros em via pública, a jurisprudência e a doutrina entendem que a omissão estatal deve ser específica, concreta, ocorrendo em razão de omissão prévia, atuação deficiente ou negligente.

No caso narrado não ocorreu omissão específica, os crimes foram praticados por terceiros em via pública, sem notícia de que os agentes públicos tenham sido acionados e se omitido concretamente. Conforme o voto do Desembargador Alfeu Machado, “o Estado, apesar de ser o titular no dever jurídico de prestar segurança pública, não é possível que se ponha em vigília diuturnamente, porquanto o dever de segurança pública se faz em relação à coletividade, e não de modo específico em relação a cada cidadão”.

Pois bem, não é possível requisitar da atuação do Poder Público uma vigilância específica que seja capaz de evitar na situação concreta a prática de delito de que se queixa o particular. Como bem assevera Yussef Said Cahali, *apud* acórdão proferido pela 3.^a Câmara Civil do TJMG, na Ap. 84.904:

É de todo impossível reconhecer-se obrigação ressarcitória do Estado pela prática de crime. Se assim não for, o Estado responderá civilmente por todos os delitos praticados. Ao Estado impõe-se o dever de vigilância, mas nunca de vigilância sobre cada cidadão em particular⁹⁶.

Logo, não restou demonstrada na ação em comento a falta de serviço ou a omissão do agente público, e o argumento de segurança pública ostensiva não é suficiente para fins de responsabilização. Além disso, não houve indícios de dolo ou culpa por parte dos agentes públicos, não caracterizando a responsabilidade civil subjetiva.

É nesse sentido a posição majoritária adotada pelos tribunais brasileiros, como se extraiu da análise dos julgados. Nas duas jurisprudências analisadas percebe-se que além do nexo de causalidade, para ocorrer o dever indenizatório do Estado, em casos de omissão, a parte ofendida deve demonstrar que a conduta, culposa ou dolosa, motivadora do dano, tem como causa o não atendimento dos padrões de empenho de serviço legalmente exigível daquele. Ou seja, a responsabilidade civil do Estado em matéria de segurança pública se configura sempre que resulta de uma omissão juridicamente relevante.

⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.444, cita TJMG, 3.^a Câmara, Ap. 84.904, Resp. IOB Jurispr. 3/6.540

3.4. Posicionamento da Jurisprudência Nacional

Outro aspecto que gera divergências é que no Brasil não há uma lei que expressamente reconheça indenização às vítimas de danos causados por multidões. Segundo Sônia Sterman, os movimentos multitudinários são aquelas manifestações coletivas nas quais uma multidão causa danos físicos a pessoas ou a seus bens móveis ou imóveis, como, por exemplo, nos casos de saques e depredações⁹⁷.

Assim, os movimentos multitudinários ocorrem quando o Estado não presta o serviço de policiamento competente para evitar e coibir os movimentos, faltando, assim, com seu dever de garantir a segurança pública com os instrumentos de que dispõe a polícia militar, órgão responsável pelo policiamento ostensivo. Logo, a responsabilidade estatal por omissão é válida.

Nessa situação, também há divergência sobre qual responsabilidade civil seria aplicável. Primeiramente, cabe ao particular informar aos órgãos responsáveis pela manutenção da ordem pública quaisquer comportamentos individuais ou coletivos de terceiros que possam atentar contra o patrimônio privado. De fato, se ficar demonstrada a específica e deliberada omissão do Estado em garantir a preservação da ordem pública, ele será responsabilizado pelos danos provocados por atos de multidão.

Conforme orienta Yussef Said Cahali, a jurisprudência mais recente tem se inclinado no sentido da responsabilização do Estado em razão da conduta omissiva de seus agentes que deixam de prestar a segurança e garantia à propriedade privada, quando possuíam o dever e a obrigação de fazê-lo, diante da ameaça ou agressão iminente a que aquela se encontrava exposta⁹⁸.

Dessa forma, com os movimentos multitudinários não é diferente, e a responsabilidade extracontratual do Estado é estudada sob o enfoque de sua omissão, sendo, portanto, necessária a atribuição de culpa ou dolo na omissão da Administração Pública. Nesses moldes, Sonia Sterman afirma que:

⁹⁷ STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

⁹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 398.

[...] os danos produzidos aos particulares por quem não seja agente público (no caso a multidão – atos de terceiros) são determinados pela omissão da autoridade em não conter a multidão, o que é condição do dano, e não causa. Desse modo, o Estado só responde por omissão nos casos em que devia agir e não agiu⁹⁹.

Assim, nos atos de multidão no Brasil, sustenta-se que a culpa, nestas hipóteses, não é presumida e deve ser comprovada em juízo. Ou seja, a omissão ou a falta da prestação do serviço de segurança pelo Estado não seria causa de dano, mas sim sua condição, sendo necessário, pois, comprovar a culpa.

Dessa forma, nesses movimentos os fatos são provocados por terceiros, mas mesmo assim o Estado será responsabilizado subjetivamente. Assim, não é hipótese de responsabilidade objetiva, já que em seu âmbito a Administração só responde pelos danos que “seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” (CF, art. 37, § 6º).

Celso Antônio Bandeira de Mello completa que os movimentos multitudinários constituem atos de terceiros, assim como os assaltos perante policiais desidiosos, rebeliões e greves. Equipara esses casos às hipóteses de fatos naturais, pugnano pela responsabilidade subjetiva do Estado se o dano for evitável e, mesmo assim, o Estado se omite no seu dever legal de agir com diligência, prudência e perícia que seja capaz de evitar a ocorrência. Uma vez configurada essa omissão, o Estado é obrigado a ressarcir os danos decorrentes dos atos multitudinários¹⁰⁰.

De acordo com Hely Lopes Meirelles o § 6º do art. 37 da Constituição Federal “não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares¹⁰¹”. Nessa esteira, fica demonstrada mais uma hipótese em que o Estado será responsabilizado civilmente em atos omissivos na segurança pública. Apesar de serem poucos e antigos os julgados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁰², em atos multitudinários, entende que a responsabilidade aplicável é a subjetiva, cabendo ao Estado demonstrar que foram tomadas as providências necessárias, adequadas e possíveis para evitar os danos.

⁹⁹ STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1014.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 664.

¹⁰² RE 36.018; RE 28.191; RE 20.372; RE 17.746; RE 18.633 e RE 17.803.

No mesmo sentido, em recente decisão o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a hipótese de responsabilidade subjetiva em ato multitudinário:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DESTRUIÇÃO DE VEÍCULO PARTICULAR DECORRENTE DE ATO MULTITUDINÁRIO. Veículo privado incendiado em manifestação popular. **Omissão estatal.** Responsabilidade do ente público por não garantir a segurança do cidadão. Noticiário em jornal local informando tentativa de bloqueio da pista pela proprietária do veículo inverídica. Ofensa à honra e imagem. Direito de resposta. A Decisão a quo julgou improcedente o pedido. A apelante alega que houve omissão do Estado, por não proteger o patrimônio público, que o noticiário no jornal do Grande ABC foi inverídico ao divulgar que a apelante tentou furar o bloqueio dos manifestantes; que foi configurado dano moral e direito de resposta. Inadmissibilidade. **Hipótese de responsabilidade subjetiva. Omissão do Estado não caracterizada.** Ausência de nexos causal. Dever de segurança pública e de preservar a ordem assegurada apenas em padrão de normalidade, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes desta E. Corte. Direito de resposta e dano moral em face do jornal o Grande ABC não configurado. Reportagem não violou a honra ou imagem da apelante. Noticiário não identifica o dono do veículo. Recurso não provido. Negado provimento ao recurso de apelação.
(TJ-SP - APL: 00500463320128260564 SP 0050046-33.2012.8.26.0564, Relator: Ronaldo Andrade, Data de Julgamento: 25/03/2014, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 15/04/2014) (grifo nosso)

No caso, o carro da autora foi incendiado em meio à manifestação popular. Logo, ocorreu dano em patrimônio particular decorrente de movimento multitudinário, o que ensejou a análise da hipótese sob o prisma da responsabilidade subjetiva.

É nesse sentido a posição de forma geral adotada pela jurisprudência nos tribunais brasileiros e também no Supremo Tribunal Federal: afirmar que a responsabilidade estatal por atos omissivos é subjetiva, como se extrai do julgado do STF acerca da responsabilidade civil do Estado por falha na segurança pública:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL POR RICOCHETE. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. ENUNCIADO 279 DA SÚMULA/STF. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão: *Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição Federal) contra acórdão, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu não estar configurada a responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro, tanto analisando a questão sob a ótica da responsabilidade objetiva, quanto pelo lado da **omissão no exercício de poder de polícia.***

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos seus atos, bastando para isso que esteja estabelecido um nexo causal entre o ato e o dano causado (cf. AI 383.872-AgR, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 08.11.2002; RE 217.389, rel. min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 24.05.2002; AI 209.782-AgR, rel. min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 18.06.1999; RE 206.711, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 25.06.1999; RE 163.203, rel. min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ

15.09.1995, e RE 113.587, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 03.04.1992).

3. **Contudo, a mesma jurisprudência, por ter consagrado a teoria do risco administrativo, ressalva algumas hipóteses em que é possível perquirir a culpa lato sensu: (i) quando a vítima tiver concorrido para o acontecimento danoso e (ii) quando se tratar de ato omissivo.** Os pontos a seguir, extraídos da ementa do acórdão proferido no RE 179.147 (rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 27.02.1998), sintetizam bem a questão:

‘(...) I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses. (...)**’ (Grifos nossos)

Acrescentem-se os seguintes julgados, que também elucidam o assunto: RE 178.806 (rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 30.06.1995), RE 140.270 (rel. min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 18.10.1996) e RE 130.764 (rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 07.08.1992)

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

4. **Ademais, sustenta o agravante que seu irmão somente foi assassinado por ausência de policiamento ostensivo na região em que se encontrava (fls. 26), devendo assim ser o Estado responsabilizado por omissão no serviço de dar segurança aos cidadãos e preservar a incolumidade das pessoas (art. 144 da Constituição). Impossível chegar à conclusão contrária sem o reexame de prova, o que dá margem ao descabimento do recurso extraordinário (Súmula 279).**

5. *Do exposto, nego seguimento ao presente agravo”*

(AI 400336 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-01 PP-00071)

Observa-se, portanto, no caso concreto uma ação civil exigindo indenização do Estado pelo homicídio de um morador de rua sob a alegação de que o Estado do Rio de Janeiro não havia fornecido a segurança pública devida. Ocorre que STF entendeu que a simples alegação de omissão do Estado não basta, sendo necessária a comprovação de sua culpa uma vez que na hipótese de omissão há a responsabilidade subjetiva do Estado. Há que se provar, portanto, que o Estado falhou de forma reiterada, ou que poderia se antecipar ao fato para que não tivesse ocorrido o massacre, o que não foi comprovado pelo autor da ação.

Por outro lado, há julgado do Supremo Tribunal Federal em que se reconheceu a responsabilidade do Estado de Pernambuco, por omissão permanente e reiterada ao deixar de ofertar policiamento ostensivo em local notoriamente foco de práticas criminosas violentas. O Estado foi, então, condenado a arcar com despesas médicas de vítima de assalto em via

pública, precedente do STF no sentido da responsabilidade objetiva do Estado por omissão, conforme noticiado no Inf. 502 (14 a 18 de abril/2008):

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade. Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.

(STF, Tribunal Pleno, STA 223 AgR/PE, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, j. em 14.4.2008, DJ de 9.4.2014, Informativo nº 502.

É possível observar, a partir das situações analisadas, que apesar de muitas decisões aparentarem ser injustas para os indivíduos frente ao Estado que se queda inerte perante as mais diversas causas sociais, sua responsabilidade civil somente pode ser reconhecida quando for juridicamente possível. Afinal, não é possível que o Estado se ponha em condição de evitar a todo momento qualquer perturbação a ordem pública.

Cabe ressaltar que a segurança pública só pode ser preservada quando existirem condições efetivas para que ocorra a ação estatal. Segundo o artigo 144 da Constituição Federal, o Estado possui um dever e a população também é responsável. Desta forma, os particulares devem comunicar ao Estado a iminência de ocorrência do dano; se eles se omitirem, não podem imputar ao Estado a obrigação de arcar com os danos causados.

Como bem assevera José dos Santos Carvalho Filho:

Parece-nos adequado e pertinente tecer um último comentário sobre a matéria. Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais à medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omissor no cumprimento de

vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º, da CF). Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla¹⁰³.

Dessa forma, não é porque o indivíduo almeje sempre ser ressarcido por eventuais danos que o Estado estará obrigado a fazê-lo. Apenas se deve admitir a responsabilidade civil do Poder Público quando legalmente for admissível, pois, se assim não fosse, o Poder Judiciário estaria repleto de demandas de indivíduos insatisfeitos com o Estado.

A responsabilização estatal deve ser realizada conforme o Direito; se a segurança pública foi prestada de forma eficiente e atendeu aos padrões normais, mas ainda assim, o indivíduo sofreu um dano, o Estado não deve ser responsabilizado. No entanto, há casos que apresentam um maior grau de complexidade, e os direitos individuais não devem ser menosprezados pelo simples fato de ser mais proveitoso para a Administração.

¹⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 540.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo apresentamos inicialmente a conceituação da responsabilidade civil do Estado, verificando-se, em seguida, sua evolução histórica e a análise das principais teorias que surgiram fundamentando o dever de reparar o dano ao Poder Público, e como foi a sua evolução no direito brasileiro.

Primeiramente, foi verificado a total ausência de responsabilidade do Estado: o rei não poderia cometer erros, vigia o absolutismo. Logo, o marco que revolucionou a responsabilidade da Administração foi o caso Blanco, em que se identificou ser a responsabilidade própria do direito público, área distinta do direito privado, o que ocasionou o aparecimento de diversas teorias para esclarecer a responsabilidade estatal.

Ultrapassada esta fase, sob a influência do direito privado, teve lugar na responsabilização estatal a culpa. Analisou-se os seus elementos integrantes, tal como aqueles que afastam a sua configuração, além da sua classificação em subjetiva ou objetiva. Estabelecida a percepção de que não seria mais possível aplicar a noção de culpa do direito privado à esfera pública, ocorreu uma evolução no seu conceito, e a culpa administrativa passou a ser admitida quando o serviço público funcionasse mal, não funcionasse ou funcionasse atrasado. Outras teorias foram elaboradas, como a teoria do risco integral e do risco administrativo, sendo esta última a adotada no direito brasileiro.

Dessa forma, a modificação sofrida ao longo dos séculos pelo instituto da responsabilidade civil, começou com a vingança coletiva e caminhou para a forma de reparação do dano. Também foi examinada a recepção da responsabilidade civil administrativa ao longo de sua construção jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando analisar a influência das teorias e o seu desenvolvimento ao longo dos anos. Em sua trajetória, caminhou até culminar na atual Constituição, que positivou a responsabilidade civil objetiva no art. 37, § 6º.

No segundo capítulo, foi observada a grande controvérsia existente no que diz respeito à responsabilidade estatal por dano causado por omissão estatal, posto que o legislador somente previu a responsabilidade para prejuízos causados por meio de seus agentes. Abordou-se sobre a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de sua omissão, se objetiva ou subjetiva, ponto de alta importância, que gera grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Por fim, discorreu-se sobre o tema e se conduziu pela aplicação da

modalidade subjetiva, utilizando a doutrina para explicar o porquê dessa escolha em detrimento da responsabilidade objetiva.

No último capítulo, discutiu, se existe responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão na segurança pública, valendo-se, para tanto, de ensinamentos doutrinários e da análise de casos da jurisprudência nacional.

Podemos, assim, concluir que, nos casos de omissão na segurança pública, deve ser aplicada a responsabilidade civil subjetiva. Enquanto a responsabilidade objetiva é utilizada para os casos de dano causado por agente público, a responsabilidade subjetiva é aplicada nas hipóteses de omissão estatal. E isso porque, apesar dos danos sofridos pelos cidadãos, não é plausível que o Estado indenize toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita.

Portanto, entendemos que o Estado em algumas situações será inerte, pois é impossível que a administração esteja atenta a qualquer falha que surja em determinado local a qualquer tempo. Estranho seria se houvesse solicitação dos administrados e o Estado nada fizesse. Neste caso sim, surge a responsabilidade estatal por omissão, já que consciente da situação nada fez para evitá-la.

Porém a responsabilização estatal deve ser feita com cautela e observando cada caso em concreto, pois o problema de conceder indenizações irrestritas aos prejudicados por tais eventos, provocaria um grande dispêndio aos cofres públicos, se muitos forem os atingidos. Por isso, tal risco, somente poderá ser evitado com a elaboração de esquemas mais eficientes na garantia da segurança pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APICCIRELLA, Carlos Fernando Priolli. **Segurança Pública**. *Revista Eletrônica de Ciências*. São Carlos, n. 20, outubro de 2003. Disponível em: <http://cdcc.usp.br/ciencia/artigos/art_20/seguranca.html>. Acesso em: 26 out. 2015

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmem C. Varialle. 11ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. **A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado**. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45692/45070>>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. Atlas: São Paulo, 2007.

_____. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral.** 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 10ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 778.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.** Atualidades Jurídicas (Revista eletrônica da OAB), n. 1, mar./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **A segurança pública nas conferências brasileiras.** Ministério da Justiça, 2008. Disponível em:<www.conseg.gov.br>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

STERMAN, Sonia. **Responsabilidade do Estado.** 2º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TAVARES, Flávia Oliveira. **Responsabilidade do Estado por Omissão no Âmbito Administrativo.** Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, Ano 11, Edição Especial, p. 111-149, set. 2003.

UNGARO, Gustavo Gonçalves. **Responsabilidade do Estado e Direitos Humanos,** 1ª Edição. Saraiva: 2011, p.79.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12^a ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.