



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DIEGO DE ALENCAR SALAZAR PRIMO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DEVER DE  
GARANTIR A SEGURANÇA PÚBLICA**

**FORTALEZA**

**2013**

**DIEGO DE ALENCAR SALAZAR PRIMO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DEVER DE  
GARANTIR A SEGURANÇA PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Me<sup>a</sup>. Janaína Soares Noleto  
Castelo Branco

**FORTALEZA**

**2013**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

---

S159r Salazar Primo, Diego de Alencar.

Responsabilidade civil do estado por omissão no dever de garantir a segurança pública / Diego de Alencar Salazar Primo. – 2013.

83 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

Área de Concentração: Direito Administrativo.

Orientação: Profa. Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco.

1. Responsabilidade do Estado - Brasil. 2. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 3. Segurança pública - Brasil. I. Castelo Branco, Janaína Soares Noleto (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

**DIEGO DE ALENCAR SALAZAR PRIMO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DEVER DE  
GARANTIR A SEGURANÇA PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Administrativo.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Me<sup>a</sup>. Janaína Soares Noleto Castelo Branco (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Alex Feitosa de Oliveira  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

### **AGRADECIMENTO**

Aos meus pais, Luana e Lúcio, pelo amor incondicional, por sempre me apoiarem, pelo exemplo de seres humanos e de profissionais que são, pela dedicação à minha vida acadêmica e pelo incentivo constante e antigo aos estudos. Por simplesmente tudo.

À minha avó Ielda Araripe, *in memoriam*, pelas raízes, pela ternura, pelo caráter inspirador, pelo modo otimista, simples e altruísta de viver, no qual sempre me inspirarei.

Aos meus irmãos, Pedro, Guilherme e Luca, pelo companheirismo, pela sinceridade, pelo aprendizado constante, pelo amparo nos momentos de tristeza e necessidade, pela amizade pura e desinteressada, pelas melhores lembranças de minha infância.

À minha amada tia Leda Andrade, por ser como uma mãe para mim, pela filosofia de vida que ajudou e ainda ajuda a formar a minha própria, pelo senso de humor fino e divertido, pela pilastra de força e ajuda irrestrita que representa para mim.

À minha “tia” Elisa Penaforte, pelo amparo, pela sensatez, pela bondade, pela ajuda imensurável que sempre me deu.

Ao meu tio Antônio Carlos Martins e à minha tia Fernanda Salazar, pelo referencial de operadores do Direito que são, pela inspiração, pela determinação, disciplina e fibra, em que sempre procuro me espelhar.

Aos demais familiares queridos, pelo suporte, pelos momentos divertidos em família, pela torcida, pelo carinho.

Aos meus amigos, a quem agradeço na pessoa de Leonardo Menezes, Pedro de Castro Neto e Renan Cavalcante, pela parceria diária, pelos momentos tristes e felizes que partilhamos, pelo apoio, pelas palavras necessárias nas horas certas, por toda a diversão e pelas memórias inesquecíveis proporcionadas, pelos muitos bons anos que com certeza virão.

A Carleane Rodrigues, Leonardo Menezes, Pedro de Castro Neto e Fernando Elias pela companhia, incentivo e estímulo nas longas horas dedicadas à elaboração deste trabalho.

Aos verdadeiros Mestres desta Casa, a quem agradeço na pessoa de minha estimada orientadora, Prof<sup>a</sup>. Me<sup>a</sup>. Janaína Soares Noleto Castelo Branco, pelos ensinamentos

valiosos que vão muito além da cátedra, pela didática, pela humildade, pela solicitude, pela enorme contribuição acadêmica e profissional.

Aos demais membros da Banca Examinadora, Prof. Me. William Paiva Marques Júnior e Dr. Alex Feitosa de Oliveira, pela presteza e disponibilidade.

Por fim, aos amigos da 6ª Vara da Justiça Federal no Ceará, a quem agradeço na pessoa do Dr. Ricardo Arruda e da amiga Poliana Cabral, pelos ensinamentos, pela paciência e pela confiança ao longo dos quase dois anos em que tive o prazer de com eles estagiar.

A todos, minha sincera e imensa gratidão.

“Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos.”  
Celso Antônio Bandeira de Mello

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar se é possível que o Estado venha a responder por danos causados por omissões suas no dever constitucional de garantir a segurança pública e, em caso afirmativo, em que circunstâncias isso seria possível. Para tanto, inicia-se com breves esclarecimentos de noções e conceitos básicos da responsabilidade civil, notadamente quanto a seus pressupostos essenciais, adentrando-se, posteriormente, na questão da origem e desenvolvimento do Estado e na evolução de sua responsabilização no plano cível. Aí, investigam-se as teorias que fundamentam a responsabilidade civil do Poder Público e qual a adotada pelo Brasil. Estuda-se, ademais, acerca da possibilidade de atos omissivos estatais causadores de danos a particulares gerarem a responsabilidade objetiva da Administração, bem como sobre a validade da excludente de responsabilidade conhecida por “fato de terceiro” em casos de danos causados por omissão do Estado. Por fim, traça-se um panorama do dever estatal de garantir eficientemente a segurança pública, tal como disposto na Constituição Federal de 1988, verificando-se em que medida a má prestação desse serviço público pode ser considerada suficiente a gerar nexo de causalidade entre a inação estatal e eventuais prejuízos sofridos por particulares, apto a fazer surgir para o Estado o dever de indenizar.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Segurança pública.

## ABSTRACT

This study aims to analyze whether it is possible for the State to be held liable for damages caused by omissions in its constitutional duty to ensure public safety and, if so, under what circumstances this would be possible. To accomplish this goal, it begins with brief explanations of basic notions and concepts of civil duties, focusing on its key assumptions, exploring later the origin and development of the State and the evolution of its civil accountability. Then, we investigate the theories that form the foundation of the State's civil duties and which of those theories has been adopted in Brazil. Moreover, this study examines the possibility that the State's failure to act - causing damage to individuals – creates an objective duty, as well as the validity of the relief from liability known as the "intervening act by a third party" in cases of damage caused by State omission. Finally, we draw an overview of the State's duty to effectively ensure public safety, as stipulated in the 1988 Federal Constitution, verifying to what extent the poor performance of that public service can be considered sufficient to generate a causal link between State inaction and any losses suffered by individuals, giving rise to the State's duty to indemnify.

**Keywords:** State's civil liability. Omission. Public safety.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>ANÁLISE DOS ASPECTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – PRINCIPAIS CONCEITOS, CLASSIFICAÇÕES E TEORIAS.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>Responsabilidade Civil.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.1</b>	<b><i>Conceito e individualização.....</i></b>	<b>14</b>
<b>2.1.2</b>	<b><i>Elementos essenciais da responsabilidade civil extracontratual.....</i></b>	<b>15</b>
<b>2.1.2.1</b>	<b><i>Ação ou omissão do agente.....</i></b>	<b>16</b>
<b>2.1.2.2</b>	<b><i>Culpa ou dolo do agente.....</i></b>	<b>16</b>
<b>2.1.2.2.1</b>	<b>Culpa.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.2.2.2</b>	<b>Dolo.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1.2.3</b>	<b><i>Relação de causalidade.....</i></b>	<b>21</b>
<b>2.1.2.3.1</b>	<b>Nexo causal na responsabilidade civil por omissão.....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.2.4</b>	<b><i>Dano.....</i></b>	<b>22</b>
<b>2.1.2.4.1</b>	<b>Conceito: dano material e moral.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1.2.4.2</b>	<b>Dano emergente e lucro cessante.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1.2.4.3</b>	<b>A prova do dano moral.....</b>	<b>24</b>
<b>2.1.2.4.4</b>	<b>Liquidação e quantificação do dano moral.....</b>	<b>25</b>
<b>2.1.2.4.5</b>	<b>Liquidação do dano em caso de culpa exclusiva da vítima ou de culpa concorrente.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1.2.4.6</b>	<b>Indenização por dano estético e a cumulabilidade de sua indenização com a reparação por danos morais.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1.3</b>	<b><i>Responsabilidade subjetiva e objetiva.....</i></b>	<b>28</b>
<b>2.1.4</b>	<b><i>Funções da responsabilidade civil.....</i></b>	<b>30</b>
<b>2.1.5</b>	<b><i>Excludentes da responsabilidade civil.....</i></b>	<b>31</b>
<b>3</b>	<b>O ESTADO E EVOLUÇÃO DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO NO PLANO CÍVEL.....</b>	<b>33</b>
<b>3.1</b>	<b>O Estado: conceito e evolução histórica.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2</b>	<b>Teorias acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2.1</b>	<b><i>Fase da irresponsabilidade estatal.....</i></b>	<b>38</b>
<b>3.2.2</b>	<b><i>Fase civilística (responsabilidade com culpa comum do Estado).....</i></b>	<b>39</b>

3.2.3	<i>Teoria da culpa administrativa e a “falta do serviço”</i> .....	40
3.2.4	<i>Teoria do risco administrativo e o início da responsabilização objetiva do Estado</i> .....	41
3.2.5	<i>Teoria do risco integral</i> .....	44
3.2.6	<i>Estado como garantidor de direitos fundamentais</i> .....	44
3.3	<b>Responsabilidade civil do Estado no Brasil</b> .....	45
3.3.1	<i>Introdução e breve análise da evolução legislativa</i> .....	45
3.3.2	<i>Responsabilidade civil do Estado após o advento da Constituição Federal de 1988</i> .....	47
3.3.3	<i>Responsabilidade civil do Estado e a Teoria do Órgão</i> .....	48
3.3.4	<i>Conceito de agente público para fins de imputação de responsabilidade ao Poder Público</i> .....	49
3.3.5	<i>Responsabilidade civil do Estado por omissão</i> .....	50
3.3.6	<i>Excludentes de responsabilidade civil válidas à luz da Teoria do risco administrativo</i> .....	51
4	<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DEVER DE GARANTIR A SEGURANÇA PÚBLICA</b> .....	52
4.1	<i>Conceito de segurança pública</i> .....	52
4.2	<i>Segurança pública como dever constitucional do Estado e direito de todos</i> .....	54
4.3	<i>Repartição constitucional do dever de garantir a segurança pública</i> .....	55
4.3.1	<i>Competências legislativas</i> .....	55
4.3.2	<i>Competências administrativas</i> .....	56
4.4	<i>Segurança pública deficiente: desordem e criminalidade</i> .....	58
4.5	<i>Ilícitos penais e suas consequências cíveis</i> .....	59
4.6	<i>Modos de se garantir eficientemente a segurança pública</i> .....	60
4.7	<b>Responsabilidade civil do Estado por omissão no dever de garantir a segurança pública</b> .....	62
4.7.1	<i>Responsabilidade civil do Estado por omissão: subjetiva ou objetiva?</i> .....	62
4.7.2	<i>Pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão</i> .....	65
4.7.3	<i>Omissão estatal e fato de terceiro</i> .....	74
5	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	79

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	81
--------------------------	----

## 1. INTRODUÇÃO

Apesar de ser tratada pela Constituição da República como direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a segurança pública – é fato público e notório - não é, hodiernamente, assegurada com a qualidade idealizada pelo constituinte e desejada pelo cidadão, o que é ainda mais grave se considerarmos o fato de que a Carta Magna a elenca como dever do Estado, a ser, portanto, positivamente garantido.

As constantes violações à integridade física e moral, à incolumidade pública e ao patrimônio alheio têm sido, com frequência, suportadas pelos próprios particulares, que se veem forçados a arcar com os prejuízos decorrentes de uma má administração pública, especificamente no que concerne às estratégias e ações administrativas de garantia da segurança pública.

Ocorre que o Estado, além de, muitas vezes, concorrer para o acontecimento de eventos danosos, por leniência e omissão no cumprimento de seu mister constitucional, mostra-se relutante em arcar com os prejuízos decorrentes de sua inação, ao argumento principal de que a Administração não responde por danos causados por terceiros, já que o nexo causal entre a conduta estatal e o dano seria rompido, fazendo desaparecer o dever de indenizar.

Os tribunais pátrios, de forma majoritária, têm acatado a tese da irresponsabilidade estatal por atos praticados por terceiros, baseando-se no entendimento de que, por romper o nexo causal, o fato de terceiro desresponsabiliza o ente estatal, mas a questão, ousamos afirmar, não nos parece de tão simples solução.

Seria possível, à luz do ordenamento jurídico vigente, que, demonstrada à saciedade a culpa do Estado em não evitar o evento danoso provocado diretamente por terceiro, aquele também viesse a responder pelos prejuízos sofridos pela vítima?

Mais que isso: admitindo-se que a resposta a essa indagação viesse a ser positiva, em que medida deveria se dar a indenização estatal, motivada pelo descumprimento de seu dever constitucional de garantir a segurança pública?

A hipótese a ser confirmada com o presente trabalho é a de que, em certos casos, nos quais a culpa do Estado seja sobejamente comprovada, ficando extrema de dúvidas que sua inação foi negligente, a responsabilidade civil da Administração Pública restaria configurada, ainda que, direta e imediatamente o prejuízo fosse decorrente do chamado “fato

de terceiro”, havendo, talvez, que se cogitar de concorrência de culpa entre o Estado e o causador direto do dano, repartindo-se equanimemente o ônus indenizatório entre ambos.

É preciso investigar-se com mais afinco a correta definição do “fato de terceiro” e sua caracterização como excludente de responsabilidade civil para que se possa aferir com segurança se, na hipótese de concorrência de culpas entre o terceiro infrator e o Estado, o dever de indenizar deste último seria afastado tão-somente pelo fato de sua participação ter sido culposa, por omissão.

O tema tem grande relevância prática, pois a busca pelos objetivos aqui traçados pode acarretar, seguindo-se um raciocínio lógico-jurídico, a conclusão pela configuração da responsabilidade civil do Estado na hipótese de que se trata, o que certamente traria maior segurança jurídica, pois o particular, que abdicou de parcela de sua liberdade e do exercício das próprias razões em nome do Estado, não se veria completamente desamparado quando a omissão estatal fosse fator determinante para a ocorrência do dano, já que, sendo a Fazenda detentora de vultosos recursos financeiros, a reparação pecuniária, satisfeita pela via executiva, embora demorada, seria praticamente certa.

Em busca de respostas para os questionamentos e teses acima suscitados, procedeu-se à divisão deste trabalho em três capítulos. No primeiro, traçou-se um panorama da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, abordando-se seus principais conceitos e teorias. Falou-se da ação e omissão do agente, do dano e de suas espécies, do nexo de causalidade e das teorias que procuram explicá-lo, do dolo, da culpa e de suas modalidades. Fez-se ainda uma distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, bem como se abordou a questão das funções da responsabilidade civil.

No segundo capítulo, foi feita uma breve análise acerca do Estado, suas origens e seu desenvolvimento. Em seguida, explorou-se a temática da responsabilidade civil do Estado e suas teorias, primeiro no mundo e depois no Brasil, abordando-se o tratamento dispensado ao tema por cada Constituição Federal. Investigou-se acerca de qual teoria foi adotada em nosso país e quais as chamadas excludentes de responsabilidade civil do Estado admitidas em nosso ordenamento.

Por fim, no terceiro capítulo, analisou-se a questão da segurança pública, buscando chegar a uma definição condizente com as normas constitucionais que tratam desse assunto. Estudou-se acerca da repartição constitucional de competências referentes à garantia desse dever; da relação entre desordem e aumento da criminalidade; das consequências cíveis dos ilícitos penais e dos modos de se garantir com eficiência a segurança pública. Enfrentou-

se o tema central do trabalho, qual seja a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, relacionando-o com o “fato de terceiro” e explorou-se a possibilidade de repartição equânime dos prejuízos causados pelo Estado, por omissão, e do causador direto do dano, por ação.

## 2 ANÁLISE DOS ASPECTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – PRINCIPAIS CONCEITOS, CLASSIFICAÇÕES E TEORIAS

### 2.1 Responsabilidade civil

Antes de adentrar nas peculiaridades da responsabilidade civil extracontratual do Estado, relacionando-a com a temática da segurança pública, faz-se necessário analisar alguns conceitos básicos da responsabilidade civil “comum”, a começar pela sua conceituação.

#### 2.1.1 *Delimitação conceitual*

A definição mais corrente de responsabilidade é a de “consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional” (GONÇALVES, 2011, p. 21).

A obrigação pré-existente à responsabilidade pode ser de natureza contratual, criada por norma privada livremente pactuada pelas partes, ou legal e abstrata, a exemplo do dever geral de não causar danos ao próximo (*neminem laedere*), consagrado na legislação pátria no art. 186 do Código Civil de 2002.

Em qualquer dos casos, preceitua Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade assumirá a forma de um “dever jurídico sucessivo, que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 2).

No que concerne especificamente à responsabilidade civil, tem-se que esta, no hodierno ordenamento jurídico brasileiro, difere da penal, adquirindo autonomia, por uma série de motivos, dentre os quais podem ser citados: a) o seu caráter patrimonial, eis que o infrator responde pelo dano causado com seus bens, e não com a privação de sua liberdade, salvo em situação excepcional, constitucionalmente prevista; b) o fato de que, na responsabilidade civil, o agente viola interesse eminentemente privado, ao contrário do que ocorre na responsabilidade penal, que surge para reprimir a violação de interesses públicos, titularizados por toda a sociedade; c) o fato de que a responsabilidade civil é transferível, diferentemente da penal, que é estritamente pessoal; d) a desnecessidade de previsão específica e coincidente da conduta com um tipo legal, bastando qualquer ação ou omissão que viole dever contratual ou, de qualquer outra maneira, transgrida o direito e cause prejuízo a outrem.

Ensina Maria Helena Diniz (2008, p. 6) que “a nomenclatura responsabilidade civil possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado”.

E, mais adiante, complementa: “a expressão responsabilidade civil é empregada também em sentido objetivo e para significar o conjunto de normas jurídicas reguladoras do direito de reparação de danos. (DINIZ, 2008, pp. 8-9).

Conforme mencionado acima, a responsabilidade pode exsurgir da violação de dois tipos de deveres jurídicos primários: contratuais ou legais, tendo o Brasil, portanto, acolhido a tese dualista, segundo a qual, devido à diferença dos efeitos provocados por cada uma das espécies de responsabilidade civil, há relevância prática em distingui-las.

Quando deriva de contrato, diz-se contratual a responsabilidade, regulada pelos arts. 389 e seguintes e 395 e seguintes do Código Civil, ao passo que, nas demais hipóteses, é acunhada de extracontratual.

Não obstante, o inadimplemento de obrigações oriundas de negócios jurídicos unilaterais (como o testamento) ou de dispositivos legais específicos (a exemplo da obrigação de prestar alimentos), enquanto não se cogite, nestes casos, de normas contratuais, também é regido pelos dispositivos legais que disciplinam a responsabilidade contratual.

No que tange aos aspectos práticos que diferenciam cada tipo de responsabilidade civil, importa destacar que: a) enquanto na responsabilidade contratual o ônus da prova recai majoritariamente sobre o devedor, o qual deve provar que, ao contrário do que foi demonstrado pelo credor, a prestação foi efetivamente cumprida; na responsabilidade extracontratual incumbe ao autor da ação provar cabalmente que dano houve e, a depender do caso, que este se deu por culpa do réu; b) a capacidade exigida do agente causador do dano é distinta em cada hipótese: para que haja responsabilidade contratual, é preciso, como afirma Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 47), que o contrato tenha sido celebrado por agentes capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e de não produção de efeitos indenizatórios, enquanto que a responsabilidade extracontratual pode ser gerada por atos praticados por incapazes, cabendo a reparação aos seus responsáveis legais.

Salienta ainda Maria Helena Diniz (2008, p. 18) que “responde penalmente apenas quem age com dolo ou culpa *stricto sensu*, enquanto na esfera civil é possível, para determinadas relações jurídicas, o agente responder objetivamente, sem culpa”.

Para os fins do presente trabalho, importa debruçar-se com maior afinco sobre a responsabilidade civil aquiliana, eis que o dever estatal de garantir a segurança de seu povo decerto não deriva de prévia normal contratual, mas de imposição constitucional abstrata, sem a existência de nenhum vínculo específico jurídico pré-existente entre a Administração Pública e os particulares lesados.

### **2.1.2 Elementos essenciais da responsabilidade civil extracontratual**

A responsabilidade extracontratual no ordenamento jurídico pátrio é disciplinada, basicamente, pelo art. 186 do Código Civil, segundo o qual, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Infere-se, da leitura acurada deste dispositivo legal, que são quatro os elementos essenciais ou pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade e dano.

#### **2.1.2.1 Ação ou omissão do agente**

Segundo Cesar Roberto Bitencourt (2009, p. 228), “ação é o comportamento humano voluntário conscientemente dirigido a um fim”, já omissão, nos dizeres de Armin Kaufmann (1959 *apud* BITENCOURT, 2009, p. 228), “é a não-ação com possibilidade concreta de ação; isto é, a não-realização de uma ação finalista que o autor podia realizar na situação concreta”.

A ação, portanto, equivale ao descumprimento ativo de uma obrigação ou dever, enquanto a omissão consiste na inobservância de conduta que deveria ser adotada.

Embora os conceitos acima explanados tenham sido formulados com vistas à explicação da Teoria do Crime, podem ser perfeitamente aproveitados ao estudo da responsabilidade civil, eis que, a rigor, referem-se ao mesmo tema: o comportamento humano.

Tem-se, assim, que, para que surja a responsabilidade civil, é necessário que alguém aja ou se omita, vindo a causar dano a outrem. Lembre-se, porém, que, como ressalta Gonçalves (2011, p. 53), “a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam”.

Ademais, a lei faz referência à voluntariedade da ação ou omissão, o que significa dizer que não geram responsabilidade civil os danos causados em estado de inconsciência e os provocados exclusivamente por forças implacáveis da natureza. Exige-se que “a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem” (GONÇALVES, 2011, p. 58).

#### **2.1.2.2 Culpa ou dolo do agente**

Apesar de tal elemento nem sempre ser essencial à configuração da responsabilidade civil, o certo é que a regra geral é a da necessidade de demonstração da culpa ou do dolo do infrator para que este possa ser responsabilizado, o que deflui da redação

do supracitado art. 186 do CC/2002, que trata de “ação ou omissão voluntária”, aludindo ao dolo, e de “negligência ou imprudência”, abordando a culpa.

#### 2.1.2.2.1 Culpa

O conceito de culpa, tradicionalmente, está ligado à noção de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente (DINIZ, 2008, p. 39). Em seu sentido lato, abrange o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de violar um dever jurídico, e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência do infrator, sem que haja deliberadamente a intenção de violar um dever.

Segundo Paulo Nader (2008, p. 91, 92) “diz-se que a conduta é dolosa ou voluntária, quando o agente pratica o fato determinadamente, visando a causar dano a alguém. A conduta dolosa é chamada por alguns culpa delitual”.

Já a culpa *stricto sensu*, para Maria Helena Diniz (2008, p. 41), é

Caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não se ter apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.” [...] “A imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

O parâmetro para verificação da existência ou não de culpa *stricto sensu*, no caso concreto, é a comparação da diligência tida pelo agente com o comportamento do chamado “*homo medius*”, ou seja, do homem comum, padrão, que ordinariamente age com precaução e observância ao dever geral de cautela.

Não há, porém, que se falar de culpa se o evento danoso for imprevisível. Esclareça-se: não basta, para que o agente seja isento de culpa, que este não tenha previsto o acontecimento, desde que este fosse previsível para o homem comum. Consoante afirma Nader (2008, p. 92):

A essência da culpa é a previsibilidade e a inevitabilidade do fato lesivo a outrem. Quanto à previsibilidade exigida, esta é a comum às pessoas, não a que está ao alcance apenas de profissionais ou de quem possui uma extraordinária vivência nos fatos em questão.

Não obstante, é preciso assinalar que, a rigor, de acordo com a teoria da responsabilidade civil, a culpa não é um elemento essencial à configuração do dever jurídico de reparar o dano causado, uma vez que, conforme se demonstrará adiante, há hipóteses de responsabilidade dita objetiva, em que a existência ou não de culpa por parte do infrator não

interessa à verificação da responsabilidade civil, que surge em razão de um mero risco criado pelo agente.

Há ainda casos em que a culpa, embora necessária à caracterização da responsabilidade civil, é presumida no caso concreto (presunção *juris tantum*), transferindo-se, por determinação legal ou por força de jurisprudência consolidada, ao infrator/reu o ônus de provar a inexistência de culpa.

A depender do grau de contribuição da vítima para a ocorrência do evento danoso, a culpa do agente infrator pode ser mitigada, o que influenciará na fixação do *quantum* indenizatório, ou mesmo completamente excluída, o que o isentará do dever de reparar, por absoluta ausência de nexo de causalidade entre qualquer ação ou omissão sua e o prejuízo experimentado pelo ofendido.

Desse modo, tem-se a chamada culpa exclusiva quando o real culpado pela ocorrência do dano é a vítima, servindo o agente como “mero instrumento do acidente” (GONÇALVES, 2011, p. 323).

Haverá, por outro lado, culpa concorrente da vítima quando esta tiver contribuído parcialmente para a produção do evento danoso. Ambos, agente e vítima, são responsáveis pelo acontecimento do fato, de modo que não haveria sentido em impor ao infrator o ônus de arcar com a reparação integral do prejuízo sofrido pelo ofendido.

Cada um arcará, pois, com os danos sofridos na proporção da gravidade de sua culpa, a ser aferida pelo juiz no caso concreto. Apregoa, com efeito, o art. 945 do Código Civil, que trata da concausa: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Sobre o assunto, ensina Paulo Nader (2008, p. 96):

Como as culpas não podem ser aferidas matematicamente, a proporção dependerá, em cada caso, da avaliação do juiz tendo em vista a prova constante nos autos. Mais uma vez caberá ao julgador decidir por equidade, considerada esta a justiça do caso concreto. Ao fixar a proporção o juiz haverá de justificá-la, reportando-se aos elementos probatórios e esclarecendo o critério adotado.

Quanto à intensidade da culpa em sentido estrito, esta pode ser classificada em grave, leve ou levíssima. Diz-se grave a culpa quando a falta cometida pelo agente é extremamente censurável, porque elementar, básica, previsível por qualquer homem comum. Leve é a culpa de intensidade mediana, que surge quando o dano poderia ter sido evitado com atenção ou cuidado ordinários, típicos de um bom pai de família. Levíssima é a culpa

decorrente de descuido somente evitável por uma “atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular” (DINIZ, 2008, p. 43).

O atual panorama legislativo brasileiro permite inferir, à primeira análise, que a indenização mede-se pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa do agente, de modo que, aparentemente, a classificação ora referida seria inútil e, como tal, despicienda. É o que se extrai do caput do art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Ocorre que o parágrafo único do dispositivo legal supracitado faz uma ressalva ao critério geral da mensuração do *quantum* indenizatório: “Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente (*sic*), a indenização”.

Tem-se, assim, que, por razões de equidade, a intensidade da culpa do agente pode vir a ser levada em consideração pelo magistrado quando da fixação do montante indenizatório, de modo que agentes que agiram com culpa leve ou levíssima não se vejam injustamente condenados a pagar cifras exorbitantes, ante a grande dimensão dos danos causados.

Sintetiza Paulo Nader (2008, p. 95):

Em princípio, portanto, tratando-se de responsabilidade subjetiva, é irrelevante a intensidade da culpa na fixação do *quantum debeatur*, pois a medida de indenização deve ser a expressão do prejuízo. É a avaliação dos danos sofridos pela vítima que determina o valor da condenação. Ao juiz não cabe amenizar o montante da indenização, porque este é elevado. O que é relevante, aos olhos do julgador, é a eventual desproporção entre a gravidade da culpa do agente e os danos verificados.

#### 2.1.2.2.2 Dolo

Para fins de composição dos elementos essenciais da responsabilidade civil, o dolo equipara-se à culpa, figurando, na realidade, como espécie de culpa *lato sensu*. “Dolo é sinônimo de intenção, deliberação consciente do espírito” (NADER, 2008, p. 91).

Em regra, portanto, é indiferente, para fins de responsabilização civil do infrator, que este tenha agido com dolo ou culpa, pois, havendo qualquer desses elementos, bem como ação ou omissão de sua parte que tenha causado um dano, este será obrigado a repará-lo.

#### 2.1.2.2.3 Hipóteses de objetivação da responsabilidade civil

Existem, todavia, hipóteses em que o ordenamento jurídico dispensa o elemento subjetivo – culpa *lato sensu* – para a verificação da responsabilidade civil. Trata-se de casos

em que o dever de indenizar surge em decorrência de um dano que, embora não necessariamente tenha sido desejado pelo agente ou por ele não evitado, ainda assim deve ser reparado.

Tais hipóteses são produto de adaptações legislativas que surgiram para evitar a ocorrência de injustiças, constatadas em casos específicos nos quais se tornava demasiado difícil para a vítima conseguir responsabilizar civilmente o infrator em juízo, pois a imposição legal de provar a culpa do agente equivalia à impossibilidade de, na prática, obter a reparação, ante a extrema dificuldade de produção probatória.

Nos dizeres de Paulo Nader (2008, p. 30):

A responsabilidade subjetiva não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Há atividades no mundo dos negócios que implicam riscos para a incolumidade física e patrimonial das pessoas. Com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para a salvaguarda das vítimas. Para certos tipos de lesões, em que há manifesta dificuldade de se provar a culpa, o legislador estabelece presunções a favor do ofendido.

Apesar da extrema lucidez com que sintetiza os fatores que contribuíram para o desprestígio da culpa como pressuposto da responsabilidade civil em determinados casos, crê-se não ser tecnicamente correta a equiparação semântica das expressões “teoria do risco” e “responsabilidade objetiva”, por ele feita na passagem acima colacionada.

Diz-se objetiva a responsabilidade civil quando sua verificação prescinde do fator culpa. O dever resarcitório, nestes casos, surge pela demonstração, por parte da vítima, do tripé ação (ou omissão)/nexo de causalidade/dano. Subjetiva, ao contrário, é a responsabilidade civil que somente se configura com a demonstração da culpa *lato sensu* (abrangendo dolo e culpa *stricto sensu*) do agente.

Via de regra, a responsabilidade civil, em nosso ordenamento jurídico, é subjetiva, prevalecendo, pois, a Teoria Clássica ou Teoria da Culpa, também denominada Teoria Subjetiva. É o que se nota da redação do art. 186 do CC/2002, já analisado acima. Em determinadas situações, porém, conforme salientado no início deste sub-tópico, a lei dispensa a prova da culpa para responsabilizar o agente.

Este tipo diferenciado de tratamento legislativo encontra fundamento em teorias desenvolvidas por juristas para acompanhar as evoluções nas relações sociais e garantir a máxima efetivação da equidade e do bem-estar social. A principal teoria que dá suporte à objetivação da responsabilidade civil é a chamada Teoria do Risco:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja

isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia (*sic*) de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência (*sic*) de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2011, p. 49).

Tem-se, pois, que “Teoria do Risco” e “Responsabilidade objetiva” não são expressões equivalentes, sendo a segunda decorrente da primeira. Há várias subespécies de teorias derivadas da Teoria do Risco, bem como existem outras correntes que dão suporte à responsabilidade civil objetiva, as quais, porém, não têm maior relevância prática para os fins deste trabalho.

Diversas são as hipóteses de responsabilidade civil objetiva previstas no Código Civil de 2002, a exemplo da responsabilidade civil por danos causados por animal, por acidentes resultantes do exercício de atividades perigosas, por culpa do empregado etc. Há ainda casos outros, disciplinados por leis específicas, como o de danos causados ao meio ambiente (Lei n. 6.938/81), certos danos causados ao consumidor (Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor), danos nucleares causados pelo operador de instalação nuclear (Lei n. 6.453/77), entre outros.

No que toca especificamente à responsabilidade civil extracontratual do Estado, objeto do presente estudo, esta, por força de expressa disposição constitucional é, em regra, objetiva, conforme será melhor explicado adiante.

#### *2.1.2.3 Relação de causalidade*

A relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano por ele causado é outro elemento essencial à configuração da responsabilidade civil. É preciso que haja um laime causal entre esses dois elementos, sem o que não há que se falar em dever indenizatório. Em outras palavras, “tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa” (DINIZ, 2008, p. 108).

Trata-se de tema intrincado no estudo da responsabilidade civil, pois

em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. [...] A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como a responsável pelos danos. (GONÇALVES, 2011, p. 349).

Buscando melhor conceituar esse elemento, três principais teorias foram formuladas pelos estudiosos do assunto, distinguindo-se pela importância que atribuem às concausas sucessivas.

De acordo com a Teoria da equivalência das condições,

toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada como causa. A sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria. O ato do autor do dano era condição *sine qua non* para que este se verificasse. (GONÇALVES, 2011, p. 349).

A Teoria da causalidade adequada prega que só deve ser considerada causa do evento danoso a circunstância por si só capaz de produzi-lo. Se, no caso concreto, a conduta do agente só acarretou prejuízo por força de circunstância accidental, excepcional, conclui-se que a causa (conduta do agente) não era suficiente – ou adequada – para a produção do dano.

Por fim, conforme a Teoria do dano direto e imediato, também denominada “Teoria da causa próxima”, só haverá que se falar em nexo causal se entre a conduta e o fato danoso existir, como afirma Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 350), uma relação de causa e efeito direta e imediata.

As ações remotas, distantes do dano, que só indiretamente contribuíram para sua ocorrência, não são, assim, segundo essa teoria, capazes de gerar o dever de indenizar.

Anota Paulo Nader (2008, p. 112) que

Com apoio no citado art. 403 [do Código Civil de 2002], vários autores apontam a teoria do dano direto e imediato como a aplicável em nosso país [...] A jurisprudência não oferece um critério uniforme, geral, aplicável à generalidade dos casos. A tendência é a decisão conforme as peculiaridades do caso concreto, ou seja, o julgamento por eqüidade (*sic*).

#### 2.1.2.3.1 Nexo causal na responsabilidade civil por omissão

No contexto da responsabilidade civil por omissão, o exame do nexo causal se torna mais delicado, pois a individualização da conduta omissiva é assaz mais complexa que a da comissiva.

O que importa esclarecer de antemão é que a Teoria do dano direto e imediato, majoritariamente aceita como a adotada pelo Código Civil vigente, aplica-se tanto à responsabilidade por ação quanto à por omissão, embora em relação a essa última sofra algumas mitigações.

Desse modo, haverá nexo causal entre a omissão do agente e o dano se restar demonstrado que, embora não tenha sido o causador direto do dano, o agente tinha a

obrigação de agir e, tivesse ele agido, o dano não teria ocorrido. O assunto será abordado com mais detalhes no último capítulo desta monografia.

#### 2.1.2.4 *Dano*

##### 2.1.2.4.1 Conceito - Dano material e dano moral

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 73), conceitua-se o dano

como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão a bem jurídico, tanto patrimonial como moral

Dano é, portanto, prejuízo, lesão a bem jurídico. E é a partir da espécie do bem jurídico lesado que se estabelece a tradicional classificação do dano em material ou moral. Material é o dano meramente patrimonial, isto é, o prejuízo aos bens e direitos (patrimônio) economicamente apreciáveis do titular.

O dano moral, por sua vez, caracteriza-se por agressões a direitos personalíssimos do indivíduo, à sua dignidade enquanto pessoa humana, sendo, pois, insuscetível de apreciação econômica.

Integram a órbita do dano moral todas as violações a direitos da personalidade, como a honra, a imagem, a privacidade e o nome da vítima. Como bem lembra Arnaldo Rizzardo (2005, p. 18-19):

Além do prejuízo patrimonial ou econômico, há o sofrimento psíquico ou moral, isto é, as dores, os sentimentos, a tristeza, a frustração. [...] Dano moral, ou não-patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, reclama dois elementos, em síntese, para configurar-se: o dano e a não diminuição do patrimônio. Apresenta-se como aquele mal ou dano – que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade (*sic*) de espírito, a reputação, a beleza etc.

É indiferente, para fins de responsabilização civil do agente, que o dano causado à vítima seja patrimonial ou moral, uma vez que este último teve sua existência, reparabilidade e cumulabilidade com o dano material completamente referendadas pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V).

Ademais, o próprio art. 186 do CC/2002, já anteriormente reproduzido, deixa expresso que o ato ilícito pode derivar de dano exclusivamente moral. O que importa, para o

surgimento do dever indenizatório, é que haja dano, seja de que espécie for. Sem dano, não há que se falar de indenização, pois, obviamente, nada haverá a ser resarcido.

#### 2.1.2.4.2 Dano emergente e lucro cessante

Foi dito que o dano material corresponde às diminuições sofridas pela vítima em seu patrimônio, em razão da ação ou omissão do agente. Ocorre que, como salienta Cavalieri Filho (2010, p. 74),

O dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como, também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante.

Tem-se, desse modo, que o dano patrimonial abrange duas subcategorias de danos, que diferem quanto à instantaneidade do prejuízo sofrido. É sabido que a indenização deve ser a mais completa possível, pois “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do delito.” (GONÇALVES, 2011, p. 356).

Daí porque o Código Civil prescreve, em seu art. 402: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Danos emergentes são, pois, os prejuízos imediatos, presentes, efetivamente sofridos pela vítima. Já os lucros cessantes compreendem tudo aquilo que a vítima legítima e razoavelmente viria a ganhar no futuro e não mais ganhará por conta da ação ou omissão do agente. Representam a privação do lucro, a ser igualmente indenizada. A respeito, observa Maria Helena Diniz (2008, p. 68), em opinião com a qual inteiramente concordamos, que:

Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugado às circunstâncias peculiares do caso concreto.

#### 2.1.2.4.3 A prova do dano moral

No que concerne ao dano moral ou extrapatrimonial, é mister que se aborde a questão de sua prova em juízo, eis que, por não produzir, em regra, resultados naturalísticos, já que comprehende agressões a direitos personalíssimos, íntimos e imateriais, a aplicação pelo

Judiciário das normas probatórias comuns importaria na verdadeira impossibilidade de sua demonstração pela vítima, a qual restaria desamparada.

Construiu-se, dessa feita, o entendimento – hoje amplamente acatado pelos tribunais pátrios – segundo o qual, embora, em regra, o dano não se presuma, devendo ser cabalmente comprovado, o dano moral, pelas particularidades acima mencionadas, não carece de prova, bastando a só demonstração da ofensa que se alega tê-lo gerado.

Em outras palavras, o dano é presumido pelo julgador a partir da prova da ocorrência do fato. É um dano *in re ipsa*, ou seja, ínsito ao fato. Nas lições de Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 9):

Quanto à prova, a lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

#### 2.1.2.4.4 Liquidação e quantificação do dano moral

A partir do que se explanou no sub-tópico anterior, fica evidente que, provado o fato lesivo e o nexo causal entre a sua produção e uma ação ou omissão do agente, não há que se demonstrar a ocorrência do dano em si, que se presume.

Chega-se então à delicada fase da liquidação ou quantificação do dano moral. Por se tratarem de danos não patrimoniais, as lesões de ordem moral não são suscetíveis de apreciação econômica. Como então restabelecer o *status quo ante*?

Sílvio Rodrigues (2008, p. 191) atenta para esta questão:

O mais sério argumento contra a reparação de dano moral é, a meu ver, o que diz respeito à impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro. Como compensar a dor com pecúnia, uma vez que são duas coisas heterogêneas?

Ao que ousamos afirmar: tal reparação é impossível de ser realizada. Não há como se desfazer a violação à privacidade, a exposição ao ridículo, a morte de um ente querido. Tampouco é possível ao juiz mensurar o preço da dor sofrida pela vítima ou por seus familiares. Daí porque se diz que a indenização pecuniária por dano moral representa, na realidade, uma espécie de compensação ou satisfação pelo sofrimento experimentado.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2008, p. 93-94):

O direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenue, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o *déficit* acarretado pelo dano. Não se pergunta: Quanto vale a dor dos pais que perdem o filho? Quanto valem os desgostos sofridos pela pessoa injustamente caluniada? porque não se pode avaliar economicamente valores dessa natureza. Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores, a fim de que ele possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu. Assim, com o dinheiro, o lesado poderia abrandar sua dor, propiciando-se alguma distração ou bem-estar.

Quais, porém, seriam os critérios em que o julgador deve se basear para estipular o montante indenizatório devido em cada caso? Como estipular matematicamente o preço de algo economicamente imensurável?

A doutrina e a jurisprudência buscam, incessantemente, fixar parâmetros para que a quantificação, isto é, a estipulação monetária do *quantum* indenizatório suficiente para compensar o abalo moral sofrido, seja justa, ou seja, nem excessiva nem irrigária.

Já se encontra pacificado o entendimento segundo o qual “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (Súmula 281 do STJ). A estipulação do valor a ser pago à vítima fica sujeita, portanto, ao prudente arbítrio do juiz.

Maria Helena Diniz (2008, p. 100 e 101), perspicazmente, propõe que o julgador se valha, por analogia, do disposto no

a) art. 84 do Código de Telecomunicações, revogado parcialmente pelo Dec.-Lei n. 236/67, ao estatuir que, na estimação do dano moral, deve-se levar em conta, notadamente, a posição social ou política do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa; e b) art. 53 da Lei n. 5250/67 (Lei de Imprensa), ao prescrever que se deve considerar, no arbitramento da indenização por dano moral: a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; a retratação espontânea e cabal, antes da proposição da ação, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtido pelo ofendido.

Afora isso, é ainda importante que se levem em consideração as particularidades e circunstâncias específicas do caso concreto, atentando-se para os efeitos psicológicos causados pelo dano, bem como para os montantes arbitrados pelas Cortes brasileiras em casos semelhantes, de modo a evitar disparidades e malferimento à isonomia.

Importa ainda que o magistrado leve em conta não só o sentido compensatório da indenização, mas também seu efeito punitivo ou pedagógico, que consiste na aptidão de inibir a repetição da conduta ilícita praticada pelo ofensor.

Em suma, deve o juiz agir com prudência, cautela, bom-senso, norteando-se pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para apurar o montante devido e lembrando-se de que “o dano não pode ser fonte de lucro” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 97), o que vem sendo feito inclusive com certo exagero pelos tribunais pátrios, que, sob esse pretexto, tendem a arbitrar a compensação pecuniária por danos morais em valores muitas vezes aquém do necessário para mitigar o prejuízo causado (cf. AgRg no AREsp 301.765/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 03/05/2013).

#### 2.4.2.1.5 Liquidação do dano em caso de culpa exclusiva da vítima ou de culpa concorrente

Outro aspecto interessante acerca do dano indenizável e relevante para o debate principal objeto deste trabalho é a liquidação deste, nas hipóteses em que a vítima concorre para o acontecimento do evento danoso, quer total ou parcialmente.

Por óbvio, se o dano decorre de culpa exclusiva da vítima, deverá ela arcar com o prejuízo sofrido, desaparecendo a responsabilidade do agente. Isso porque o nexo causal entre qualquer ação ou omissão do suposto infrator e a ocorrência do dano restará afastado. E, ausente este, a responsabilidade civil não se configura.

Diferente é a hipótese em que a vítima tem participação – embora não integral – na ocorrência do fato danoso. Nestes casos, o julgador deverá fazer um sopesamento entre as culpas do ofensor e da vítima, repartindo os prejuízos em partes iguais, se equivalentes forem as culpas, ou em partes proporcionais, se estas forem desiguais.

#### 2.1.2.4.6 Indenização por dano estético e a cumulabilidade de sua indenização com a reparação por danos morais

Além dos danos materiais e morais, fala-se ainda em uma terceira espécie de prejuízos, independente das duas anteriores, que é a dos danos estéticos.

De acordo com Paulo Nader (2008, p. 87 e 88):

Verifica-se o dano estético quando o agente provoca lesões corporais indeléveis, seja deixando cicatrizes, aleijões ou quaisquer marcas incomuns, que prejudiquem a aparência da pessoa e abalam (*sic*) a sua auto-estima (*sic*). [...] O que justifica a indenização por danos estéticos não é a vergonha a que possa ficar exposta a vítima em face de terceiros, pois, ainda que ocultas as deformidades, tais danos ensejam indenização, se causa de sofrimento.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (Súmula n. 387), sinalizando que, no entender da Corte, referidas reparações – e, portanto, os danos que as causaram – não se confundem.

Concorda-se, porém, com Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 106), quando afirma que:

Embora tenha acolhido esse entendimento como julgador para evitar desnecessários recursos especiais, em sede doutrinária continuo convicto de que o dano estético é modalidade do dano moral e que tudo se resume a uma questão de arbitramento. Em razão da sua gravidade e da intensidade do sofrimento, que perdura no tempo, o dano moral deve ser arbitrado em quantia mais expressiva quando a vítima sofre deformidade física.

### **2.1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva**

Conquanto elencados como um dos pressupostos da responsabilidade civil, a culpa ou dolo do agente não são, em todos os casos, elementos necessários para que se configure o dever de indenizar.

Isso porque existem certas hipóteses em que o ordenamento jurídico dispensa a existência de culpa *lato sensu* por parte do agente para que este seja considerado civilmente responsável pelos prejuízos causados, conforme já mencionado em linhas anteriores.

A principal teoria que dá fundamento à responsabilização civil objetiva, como é chamada essa modalidade de responsabilidade sem culpa, é a Teoria do Risco, a qual é veiculada por meio de quatro subcorrentes principais: a Teoria do risco-proveito; a Teoria do risco criado, a Teoria do risco profissional e a Teoria do risco integral.

Apesar das inúmeras críticas formuladas à Teoria do Risco, a exemplo da suposta ausência de fundamento moral, por responsabilizar quem sequer teve culpa para a ocorrência do evento danoso, o fato é que:

Não fora a teoria do risco e muitos danos não seriam reparáveis. Os membros da sociedade, além de vulneráveis em seus bens às atividades de risco, suportariam os prejuízos desconsoladamente. A obrigação de indenizar, nestas circunstâncias, se apresenta como imposição de natureza ética. (NADER, 2008, p. 101).

Importante ainda trazer à baila as lições de Cavalieri Filho (2010, p. 145), quando afirma que:

Se risco é perigo, é mera probabilidade de dano, não basta o risco para gerar a obrigação de indenizar. Ninguém responde por coisa alguma só porque exerce atividade de risco, muitas vezes até socialmente necessária. Também aqui será necessário violar dever jurídico, pois, conforme assentado nas primeiras considerações deste Programa, não há responsabilidade sem violação de dever jurídico preexistente. Qual será o dever jurídico violado no caso de responsabilidade objetiva? Será, normalmente, o *dever de segurança* que a lei estabelece, implícita ou explicitamente, para quem cria risco para outrem. [...] A responsabilidade objetiva exsurge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia ter sido ela exercida com violação do *dever de segurança*, que se contrapõe ao risco.

Passemos, pois, à análise breve dessas derivações da Teoria do Risco. A Teoria do risco-proveito fundamenta a objetivação da responsabilidade no fato de que o responsável pelo dano se beneficia da atividade de risco que causou o prejuízo.

Seria, pois, natural e justo que aquele que obtém proveito de uma atividade potencialmente prejudicial a outrem arcasse com os prejuízos dela oriundos, ainda que não tenha agido com culpa. Trata-se de pensamento jurídico antigo, que já encontrava acatamento entre os romanos, para quem “*ubi emolumentum, ibi onus*”.

A Teoria do risco criado, por sua vez, é explicada por Arnaldo Rizzato (2005, p. 37 e 38), para quem

Existem atividades geradoras de riscos, ou que contêm, pela simples prática, risco de prejuízos inerentes e inafastáveis. Embora as providências que se adotam para a proteção daqueles que a executam, não afastam ou eliminam a potencialidade de risco ou perigo. Sempre permanece a viabilidade do dano. Nunca se consegue imunizá-las da perniciosa à saúde física ou mental. [...] Nesse campo, diante dos riscos introduzidos em proveito do dono do bem, responde ele pelo simples exercício da atividade perigosa. Pode-se dizer que a culpa, se é que se precisa falar nesse elemento, está no fato de ter uma coisa perigosa, ou tem-se a culpa *in re ipsa*.

O enfoque, portanto, não se dá nos efeitos pessoais – proveitosos ou não - que a atividade acarrete ao agente que a desenvolve, mas no risco potencialmente gerado a outrem e assumido pelo agente ao executá-la.

A Teoria do risco profissional, tida, por muitos, como contida na Teoria do risco criado, seria a nosso ver, de fato, uma espécie desta última, pois também apregoa que o agente que desenvolve atividades perigosas deve responder aos danos eventualmente causados a outras pessoas, ainda que tenha agido com cautela e tenha tentado evitar a ocorrência do

evento danoso, mas restringe esse raciocínio às hipóteses em que entre o lesado e o executor da atividade existir vínculo profissional, “figurando o empregador em um pólo (*sic*) da relação jurídica e o empregado em outro pólo (*sic*)” (NADER, 2008, p. 101).

Por fim, a chamada Teoria do risco integral é a modalidade mais radical de objetivação da responsabilidade civil, eis que imputa a alguém o dever de indenizar ainda que não haja qualquer nexo causal entre a atividade desenvolvida e o dano sofrido pela vítima.

O só dano experimentado já ensejaria o dever de reparar por parte de quem criou o risco, “ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 145). Daí porque tal espécie de responsabilidade somente é admitida em nosso ordenamento jurídico em hipóteses excepcionalíssimas.

Note-se, todavia, que o fundamento maior da objetivação da responsabilidade civil, acima de qualquer discussão doutrinária, encontra-se em normas de espeque constitucional, notadamente nas que pregam a solidariedade social (CF/88, art. 3º, I) e a limitação da autonomia privada, com consequente repartição de prejuízos causados às partes hipossuficientes da relação jurídica, embora sem culpa do agente responsável.

#### **2.1.4 Funções da responsabilidade civil**

Com que propósito o Direito criou esse mecanismo de imposição do dever indenizatório aos causadores de danos e violadores de direito? Para que serve, afinal, o instituto da responsabilidade civil?

Três são as principais razões pelas quais existe, desde há muito, o dever jurídico sucessivo de indenizar. Fala-se, assim, em funções da responsabilidade civil. A primeira, e mais óbvia, é a função reparatória e/ou compensatória.

Uma vez surgido o dano, cabe ao responsável repará-lo ou compensá-lo, envidando esforços no sentido de restabelecer o *status quo ante*, na medida do possível. Nas lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 65):

Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Anota Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 49) que:

Tradicionalmente a responsabilidade civil é associada a uma função repressiva. O dano – seja ele material, moral ou estético – ocorreu. Não há como regredir no passado (*sic*) e desfazer o acontecido. Cabe-nos apenas lidar com as consequências (*sic*) do dano. Esse é o desafio primordial da responsabilidade civil.

Esta função da responsabilidade civil está intimamente ligada ao seu fundamento máximo: a responsabilidade surge quando há uma “quebra no equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Tem-se, assim, que sua função clássica é a de reverter os prejuízos causados, restabelecendo-se o equilíbrio afetado, o que se dá através da indenização.

Ressalte-se, entretanto, que a influência da responsabilidade civil não se verifica somente após a ocorrência do dano. Ela também exerce papel fundamental na prevenção de prejuízos, sendo esta outra de suas finalidades, que chega a ser apontada por autores modernos como a de maior importância.

Como observa Nader (2008, p. 14), “ao impor a obrigação de reparar os danos, as sentenças judiciais desenvolvem uma atividade pedagógica, educativa, evitando, em muitos casos, a prática de atos ilícitos”.

Por fim, pode-se ainda cogitar de uma função punitiva da responsabilidade civil, embora esta possibilidade não seja unânime entre os autores. Os tribunais pátrios têm, todavia, cada vez mais, incutido na ideia de responsabilidade, especialmente em se tratando de indenização por danos morais, o fator punitivo.

Confira-se, a esse respeito, o entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça, representado pela passagem abaixo reproduzida: “O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punir o ofensor para que não reincida” (STJ, REsp 550.317, Rel. Min. Eliana Calmon, 2<sup>a</sup> T., j. 07/12/04, p. DJ 13/06/05).

### ***2.1.5 Excludentes da responsabilidade civil e excludentes de ilicitude***

Certos eventos, por romperem o nexo causal entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima, têm a aptidão de excluir a responsabilidade civil. São as chamadas excludentes de responsabilidade. Esclarece, a respeito, Cavalieri Filho (2010, p. 66):

É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, *ad impossibilita nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado.

São elas: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro. Note-se, porém, que as excludentes de responsabilidade civil não se confundem com as excludentes de ilicitude:

Eventualmente a doutrina mistura os temas. As excludentes de responsabilidade civil [...] (caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, por exemplo), afastam a responsabilidade civil, porque rompem o nexo causal. Já as excludentes de ilicitude nem sempre provocam esse resultado. As excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal) excluem a contrariedade ao direito da conduta, a ilicitude do ato. Isso, porém, não significa que esteja excluído o dever de indenizar. (BRAGA NETTO, 2012, p. 125).

Para os fins deste trabalho, porém, importa analisar mais detalhadamente as cláusulas excludentes da responsabilidade civil do Estado, notadamente o chamado “fato de terceiro”, nas hipóteses de danos causados por atos estatais omissivos, referentes ao dever constitucional de garantir a segurança pública, o que será feito no último capítulo da presente monografia.

### 3 O ESTADO E A EVOLUÇÃO DE SUA RESPONSABILIZAÇÃO NO PLANO CÍVEL

#### 3.1 O Estado: conceito e evolução histórica

O conceito de “Estado” é tema dos mais complexos e controversos no âmbito da Teoria do Estado e do próprio Direito. Há um aparente consenso entre os estudiosos do assunto quanto ao fato de que a primeira utilização da palavra na acepção de “situação permanente de convivência e ligada à sociedade política” (DALLARI, 1998, p. 51) ocorreu na obra “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel, em 1513, mas a definição do correto sentido deste vocábulo causa incessantes discussões.

Por se acreditar que não há como se eleger uma única definição como correta e também em virtude da necessidade de se efetuar um corte metodológico, a fim de ater-se ao tema central deste trabalho, opta-se pelo conceito formulado pelo constitucionalista português Jorge Miranda (2005, p. 19), dentre tantos outros igualmente coerentes. Para este autor,

[...] o Estado, que conhecemos hoje, comumente definido através de três elementos ou condições de existência – povo, território e poder político – é apenas um dos tipos possíveis de Estado: o Estado nacional soberano que, nascido na Europa, se espalhou recentemente por todo o mundo. [...] Apesar de evidentes dificuldades, pode tentar-se reconduzir a um quadro comum as notas características dos diferentes Estados ou tipos de Estados oferecidos pela história. Trata-se da complexidade de organização e actuação, da institucionalização, da coercibilidade e da autonomização do poder político, bem como, em plano algo diferente, da sedentariedade. Estas características têm de ser vistas em conjunto e não isoladamente (até porque algumas delas se encontram noutras sociedades, políticas e até não políticas).

O advento do Estado Moderno, porém, representou, inegavelmente, uma transformação no modo de organização das sociedades humanas e das relações de poder a elas inerentes, especialmente em meados do séc. XVII, após a assinatura dos Tratados de Westfália.

Como lembra Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 5),

Nessa altura, uma série de fatores, que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval, torna possível – e mesmo necessária - a concentração do poder numa única pessoa. É esta característica a principal nota formadora do Estado moderno. O poder torna-se mais abrangente. Atividades que outrora comportavam um exercício difuso pela sociedade são concentradas nas mãos do poder monárquico, que assim passa a ser aquele que resolve em última instância os problemas atinentes aos rumos e aos fins a serem impressos no próprio Estado.

Saía-se do Estado Medieval, caracterizado, como lembra Dallari (1998, p. 69) pela precariedade da ordem – ínsita ao modo de produção feudal vigente à época –, pela vinculação à religião cristã, pela constante situação de guerra e pela indefinição de fronteiras políticas, abrindo-se caminho para a centralização política e para o surgimento de um Estado mais sólido, com território precisamente delimitado, dotado de poder soberano, o que permitiu uma impulsão das atividades comerciais, além do desenvolvimento e aperfeiçoamento de suas relações com a sociedade.

Afirma Cláudio Vicentino (2002, p. 178),

O Estado moderno retratou a transição do período, refletindo os interesses dos grupos sociais em conflito, ao preservar os privilégios da aristocracia feudal e abrir espaço ao novo grupo burguês ascendente. Na prática, foi o resultado da derrocada do poder universal (Igreja) e local (nobreza) e da formação das monarquias nacionais.

O Estado característico da época moderna é conhecido como absolutista, na medida em que o poder estava concentrado nas mãos do rei e de seus ministros, os quais aproveitavam as limitações dos grupos sociais dominantes – nobreza e burguesia – para monopolizar a vida política.

Alicerçadas em teorias contratualistas e de forte caráter absolutista, inicialmente desenvolvidas por Thomas Hobbes, surgiram, assim, as monarquias despóticas na Europa Ocidental, revolucionando o conceito de Estado, que começou a ser visto como ente ou ordem política dotada de notas características: povo, território, soberania e, para alguns, finalidade.

A certo ponto, todavia, o regime autoritário e teocrático dos primeiros Estados Modernos passou a não mais atender satisfatoriamente às necessidades e interesses de certos segmentos da sociedade, notadamente no que diz respeito às transformações sociais que deram origem ao capitalismo comercial.

O dinamismo desse novo modo de produção tornou-se incompatível com o marcante intervencionismo estatal na vida privada e no plano econômico, através do mercantilismo e da tributação abusiva. Como relata Vicentino (2002, p. 178):

Essa característica limitadora do capitalismo e do desenvolvimento econômico burguês possibilitaria o surgimento e avanço das idéias (*sic*) liberais, que levaram posteriormente às revoluções burguesas que demoliram o Estado absolutista.

Começaram a aflorar, pois, doutrinas de caráter liberal, que pregavam a necessidade de estabelecimento de um novo regime, “um novo Estado, novas instituições, novos valores, condizentes com o progresso econômico, científico e cultural em andamento.” (VICENTINO, 2002, p. 239).

Preciosas as lições de Paulo Bonavides (2009, p. 41) sobre o assunto:

O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.

Sua existência seria, por consequência, teoricamente revogável, se deixasse de ser o aparelho de que se serve o Homem para alcançar, na Sociedade, a realização de seus fins.

Mas, como o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador.

Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que permitam deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã.

Despontou, assim, o Estado Liberal, como fruto de verdadeiras revoluções deflagradas nos diversos Estados Modernos europeus, marcadamente no século XVIII. Filósofos iluministas propagavam ideais racionalistas, que passaram a ser internalizados pelo povo, entendido como burguesia – que, embora tivesse importância econômica, de modo geral não possuía influência política perante os monarcas – e camadas populares, frequentemente sujeitas ao pagamento de pesados impostos.

Começa-se a perceber, assim, que a chegada do Estado Liberal ocorreu em momento histórico próximo à inauguração do Estado Democrático – embora, como lembra Bonavides (2009, p. 42-43), esta democracia principiante ainda fosse formal e enfraquecida. Com efeito, como assevera Miranda (2005, p. 47), havia sérios

desvios aos princípios democráticos (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos, únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidades políticas (sufrágio censitário).

O fato é que a teocracia característica do Antigo Regime era incompatível com a ampla liberdade pela qual ansiavam os súditos revoltosos, de modo que a nova ordem jurídica deveria estar fundamentada em valores democráticos, que simbolizassem, ainda que aparentemente, a detenção do poder pelo povo. Nas palavras de Dalmo Dallari (1998, p. 147):

O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. [...] É através de três grandes movimentos político-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro desses movimentos foi o que muitos denominam de Revolução Inglesa, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau.

Acrescenta-se ainda ao rol de circunstâncias favoráveis ao advento do Estado Liberal a “eclosão” da Revolução Industrial (1760-1850), que implicou significativas transformações socioeconômicas, permitindo a definitiva supremacia do modo de produção capitalista, anti-intervencionista por natureza.

O Estado Liberal, portanto, caracterizou-se pelo não-intervencionismo, prestigiando a propriedade privada, a auto-regulação do mercado, o individualismo econômico e a liberdade de comércio e de produção.

Ademais, para além de ter marcado o início de consagração do ideal democrático, em contraposição ao Absolutismo, a transmutação do Estado Moderno Absolutista em Estado Liberal trouxe consigo a importantíssima inauguração do Constitucionalismo, que fez surgir, inicialmente, o chamado “Estado Constitucional da separação dos poderes”, modalidade de Estado de Direito, como forma de limitar e controlar o poder da máquina estatal, até então totalitária, despótica e absoluta. Nos dizeres de Bonavides (2004, p. 36, 37, 39):

Abre-se, assim, para as instituições de governo o pórtico ao ingresso iminente na civilização política das Leis Fundamentais. [...] o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições [...]

A primeira modalidade de Estado constitucional, por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de consequência (*sic*), com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão, denominou-se também Estado Liberal, e com esse nome e significado tem percorrido as distintas fases do Constitucionalismo, não obstante já lhe terem passado mais de uma vez a certidão de óbito.

Consoante dito alhures, porém, é importante ressaltar que a liberdade do liberalismo não coincide com a liberdade democrática, como obtempera Reinhold Zippelius (1997, p. 395):

[...] é importante não confundir o conceito de liberdade do liberalismo com o conceito democrático de liberdade. Aquele designa a liberdade do *status negativus*, ou seja, o espaço de liberdade de actuação individual face ao Estado. Este refere-se à liberdade do *status activus*, ou seja, à liberdade de participação na formação da vontade comum. Ambas as liberdades não convergem necessariamente.

A liberdade, tal como proposta pelas doutrinas liberalistas, deu margem ao cometimento de injustiças, pois se constatou que o individualismo exacerbado chancelado pelo Estado Liberal acarretava a existência de relações sociais degeneradas, relações de exploração de classes e de concentração de empresas e de capital, fundadas no poder econômico.

A atuação negativa do Estado, no sentido de não-intervenção na vida do povo, acabou por permitir abusos perpetrados pelas camadas sociais economicamente dominantes - e entre estas próprias camadas -, no contexto da Revolução Industrial, o que, percebeu-se após algum tempo, não conduzia ao bem-estar social, tampouco representava o ideal de liberdade amplamente defendido ao tempo das revoluções liberais.

Assim, “o Estado começou, no início ainda de modo extremamente hesitante, a intervir regulativamente na vida social, no sentido de reagir contra os abusos mais graves da liberdade” (ZIPPELIUS, 1997, p. 379).

Surgia, desse modo, o Estado Social, caracterizado por uma maior atuação na vida privada, com vistas a garantir efetivamente a igualdade entre os indivíduos, deixando de lado uma consagração meramente formal de direitos individuais e sociais.

Na lição de Bonavides (2009, p. 185):

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser [...] o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. [...] Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, controla os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.

O fato é que, desde a inauguração do Constitucionalismo – ainda sob a égide do Estado Liberal, o Estado Moderno vem, de maneira geral, seguindo o caminho do Estado de Direito, significando que ele também, e não só seu povo, está sujeito à ordem jurídica.

Com efeito, segundo Bonavides (2004, p. 47), do Estado Constitucional da separação dos poderes, passamos ao Estado Constitucional dos direitos fundamentais (ainda mais importado com justiça do que com liberdade) e, por fim, ao atual Estado Constitucional da Democracia participativa, todos fortemente limitados pelo Direito por eles próprios criado.

Ainda de acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 53), a Pós-modernidade tem-se caracterizado pela presença cada vez mais expressiva de Estados Democráticos de Direito, que aliam maior participação popular na tomada de decisões políticas, na medida em que equiparam o conceito de soberania constitucional ao de soberania popular.

Tais Estados, como é o caso da República Federativa do Brasil, são ditos “de Direito” porque, nas lições de Jacques Chevalier (2009, p. 202), “o Estado de Direito é tanto o Estado que age por meio do direito, como o Estado que se subordina ao direito, como ainda o Estado cujo direito comporta certos atributos intrínsecos”.

Começa-se já a perceber que, uma vez que o Estado assume a forma de Estado de Direito, submetido às normas jurídicas por ele mesmo criadas, é imperioso que seja visto como sujeito de deveres e obrigações, ou seja, como pessoa, do contrário não faria sentido falar em “dever” de atuação conforme ao direito, já que só pode dever alguma coisa quem tem personalidade jurídica.

Dessa visão do Estado contemporâneo como pessoa (jurídica) sujeita às normas que ele próprio criou, decorre a necessidade de sua responsabilização cível por atuação contrária à ordem jurídica.

Como era de se esperar, porém, nem sempre o Estado respondeu pelos danos causados a particulares. O processo evolutivo da responsabilidade civil do Estado tem íntima relação com o desenvolvimento da própria noção de Estado e de suas finalidades, acima brevemente explanadas.

### **3.2 Teorias acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 698) conceitua com precisão o que vem a ser a responsabilidade extracontratual do Estado, afirmando que ela 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”.

Ao longo do processo evolutivo da responsabilidade civil do Estado, diversas teorias foram desenvolvidas para explicar quais pressupostos essenciais deveriam ser reunidos a fim de que o ente estatal fosse obrigado a reparar os danos causados aos administrados, quando a relação entre eles fosse extracontratual (responsabilidade civil aquiliana).

#### ***3.2.1 Fase da irresponsabilidade estatal***

A princípio, quando do surgimento do Estado Moderno – absolutista, por centrar-se na figura de um monarca, muitas vezes encarado como titular de direito divino ao poder e, pois, infalível -, imperava a ideia de que o Estado não haveria que se responsabilizar por

qualquer prejuízo causado aos particulares, vigendo à época o dito segundo o qual “The King can do no wrong” ou “Le roi ne peut mal faire”, a significar que “o rei não faz nada errado” e, portanto, nada haverá que indenizar.

Como assevera o eminent professor francês George Vedel (1976, p. 327),

L'idée selon laquelle la puissance publique doit répondre des dommages qu'elle cause, si naturelle qu'elle nous paraisse, ne s'est pas installée sans rencontrer de résistance. A l'origine, elle se heurtait au principe selon lequel, L'Etat, étant souverain, ne pouvait mal faire, au moins lorsqu'il agissait par voie d'autorité.

Essa teoria da irresponsabilidade estatal prevaleceu inclusive quando do advento do Estado Liberal, pois este

tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Públco assumia àquela época. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 594).

Isso não significa, contudo, que não houvesse exceções à regra geral da irresponsabilidade do Estado. A irresponsabilidade estatal não era, mesmo nesta fase, irrestrita e absoluta. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1001) nos lembra de que:

admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente [...]; de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades públicas locais

Demais disso, é importante ressaltar que a irresponsabilidade estatal não se confundia com a irresponsabilidade do funcionário estatal, desde que individualizável sua conduta. Anota, sobre o assunto, Cavalieri Filho (2010, p. 239):

Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada. Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo que este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração.

O estabelecimento do Estado Liberal, contudo, ao acarretar a equiparação do Estado ao indivíduo e a submissão estatal ao Direito, por meio de constituições, forçou à conclusão de que também o Estado deveria ser responsável pelos danos que provocasse, o que começou a levar os juristas da época a admitirem a ideia de responsabilização civil estatal.

### ***3.2.2 Fase civilística (responsabilidade com culpa comum do Estado)***

Admitida a responsabilização civil estatal, surgia, inevitavelmente, a questão: quais os pressupostos necessários para que o Estado fosse compelido a indenizar alguém por danos causados pela própria máquina estatal?

A lógica individualista que, como se viu, imperava no Estado Liberal conduziu à solução: o Estado, tal como um particular, somente haveria de responder se, por culpa sua, causasse prejuízo a terceiro, quer por ação, quer por omissão.

Como assevera Odete Medauar (2010, p. 378), chegada a era em que o indivíduo passava a ter uma série de direitos reconhecidos em face do Estado, e este, por sua vez, começava a se submeter ao Direito por ele mesmo criado, não fazia sentido que o povo restasse à mercê das atividades estatais danosas, sem meios de se ver resarcido dos prejuízos sofridos.

Ingressava-se, pois, na fase civilística, clássica, subjetiva, ou ainda fase da culpa civil comum do Estado, em que a responsabilização do Estado passou a ser admitida em casos nos quais seus agentes atuassem com culpa (*lato sensu*), de maneira individualizada.

Lembra, todavia, Carvalho Filho (2010, p. 595) que, à época, vigia o entendimento de que “se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização”.

Significa dizer: o Estado só poderia ser responsabilizado quando atuasse como particular, afastados desta hipótese os atos decorrentes do poder soberano estatal. A responsabilidade civil, tanto do particular, quanto do Estado, era regida pelas normas de Direito Privado.

Não só isso, a jurisprudência do período gerava grande incerteza quanto à existência ou não de responsabilidade civil estatal no caso concreto, pois diferenciava as faltas do agente atreladas à função pública (passíveis de gerar dever indenizatório por parte do Estado), das faltas desconexas à atividade pública (incapazes de fazer surgir a responsabilidade civil do ente público).

Nota-se, assim, que, no seu surgimento, a responsabilidade civil do Estado era limitada, confusa e pouco efetiva, o que levou os estudiosos do assunto a questionarem a restrição da responsabilidade civil do Estado às hipóteses em que atuasse como um particular qualquer (ainda assim limitada, como se viu), surgindo, dessa reflexão, a teoria da culpa administrativa.

### **3.2.3 Teoria da culpa administrativa e a “falta do serviço”**

Referida teoria, também conhecida como teoria da culpa publicista ou da culpa anônima, defendia a responsabilização civil do ente estatal pelo simples mau funcionamento (ou não prestação) do serviço público, ainda que não houvesse a identificação do funcionário específico responsável pela falta do serviço (daí a expressão “culpa anônima”).

A responsabilização civil do Estado carecia apenas da demonstração, pela vítima, da lesão sofrida, da culpa administrativa (consustanciada na falta do serviço prestado pelo Estado) e do nexo causal entre ambas, sendo desnecessária a demonstração da culpa subjetiva do funcionário.

A culpa administrativa, ou culpa do serviço, restava configurada “sempre que este não funcionava (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo)” (GASPARINI, 2012, p. 1127).

Por ter dado início, ainda que tímido (por ainda exigir a prova da culpa), ao gradual processo de objetivação da responsabilidade civil do Estado – eis que requer a demonstração do mau funcionamento do serviço, e não mais o dolo ou culpa específico do funcionário estatal, a teoria da culpa administrativa foi considerada por alguns como “o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese do risco administrativo que a sucedeu” (MEIRELLES, 2003, p. 623).

Não obstante, afirma incisivamente Bandeira de Mello (2010, p. 1004) que a responsabilidade do Estado por culpa anônima não constitui, como querem alguns, modalidade de responsabilidade objetiva, pois demanda, sempre, a comprovação pelo particular lesado da culpa da Administração, salvo quando esta é presumida no caso concreto.

Com efeito, assevera este professor que nem mesmo a presunção de culpa é capaz de elidir o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois “se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antíteses de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.1004).

### ***3.2.4 Teoria do risco administrativo e o início da responsabilização objetiva do Estado***

Começou-se a perceber que as teorias subjetivas da responsabilidade civil estatal eram insuficientes para assegurar o justo e efetivo resarcimento dos prejuízos sofridos pelas vítimas.

O ônus de provar a ocorrência de elementos de elevado grau de subjetividade, como o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia estatal, importava, muitas vezes, a impossibilidade de obter a reparação pecuniária que, a fundo, era devida.

A demonstração da falta do serviço não era, tampouco, tarefa das mais fáceis para o administrado, notadamente se considerarmos a complexidade da máquina estatal, a diversidade de sua atuação e a escassez de meios probatórios suficientes a demonstrar a má conduta do Estado.

Nesse contexto, conforme já mencionado no primeiro capítulo desta obra, surgiu a Teoria do Risco, “justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 142).

De acordo com esta teoria, “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (CAVALIERI FILHO, 2010 p. 142).

Seus fundamentos variam: aquele que desenvolve a atividade pode vir a responder pelo fato de dela auferir proveitos, pelo fato de estar ciente da potencialidade lesiva de seu ofício, pelo fato de ter assumido para si a posição de chefe, empregador ou garantidor etc.

O que importa, de fato, é que sua responsabilização civil se dá sem necessidade de que se prove tenha agido com culpa.

Não tardou para que a Teoria do Risco fosse adaptada à realidade do Direito Público, sob a alcunha de Teoria do Risco Administrativo. Ora, o Estado, mais do que ninguém, desenvolve uma série de atividades que podem vir a causar prejuízos aos administrados, dela auferindo benefícios (ainda que não os destine egoística e exclusivamente para si, mas para a consecução de finalidades públicas).

Ademais, ao tomar para si o desenvolvimento de tais atividades, o Estado, simultaneamente, se mune de poderes públicos e age, pelo menos em tese, norteado pelo interesse público primário, o qual geralmente é dotado de supremacia em relação aos interesses dos particulares individualmente considerados.

Isso é da natureza do próprio contrato social. Se os indivíduos, mediante contrato hipotético e cessão mútua de direitos, abdicam de parcela de sua liberdade em favor do surgimento de um instituição complexa, que atenda às “necessidades ou às conveniências dos grupos sociais” (DALLARI, 1998, p. 52), é natural que essa instituição se invista de poderes para poder atender precisamente às necessidades para cujo suprimento foi criada.

Porém, ao assim proceder, arvorando-se de poderes decorrentes da abdicação de direitos por parte dos particulares, assume também o risco de causar prejuízos aos seus próprios administrados através de suas numerosas atividades, risco este que, em casos de ações e omissões lícitas ou ilícitas, mas danosas, dá fundamento à sua responsabilização objetiva, mediante repartição dos prejuízos por toda a coletividade (real beneficiária da atuação do ente estatal), com fulcro na Teoria do Risco Administrativo.

Explica Odete Medauar (2010, p. 379):

No estágio mais recente formulou-se a teoria do risco, segundo a qual, ante as inúmeras e variadas atividades da Administração, existe a probabilidade de danos serem causados a particulares. Embora a Administração realize suas atividades para atender ao interesse de toda a população, é possível que alguns integrantes da população sofram danos por condutas ativas ou omissivas dos seus agentes. Desse modo, se, em princípio, todos se beneficiam das atividades administrativas, todos devem compartilhar do ressarcimento dos danos causados a alguns. Daí se atribuir ao Estado o encargo de ressarcir os danos que seus agentes, nessa qualidade, por ação ou omissão, causarem a terceiros.

Comparando a presente teoria com a da culpa administrativa, diz Hely Lopes Meirelles (2003, p. 623):

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.

Os pressupostos da responsabilização civil do Estado são, pois, de acordo com esta teoria, a prova da ação ou omissão estatal, do prejuízo sofrido pela vítima e do nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano.

Pouco importa investigar se o agente público agiu com culpa no caso concreto, ou se houve ou não mau funcionamento na prestação do serviço ou na realização da atividade, bastando o dano em si e o liame causal com a conduta da Administração.

Ao ente estatal, restam como modos de defesa: provar a inocorrência da ação ou omissão alegada; a inexistência do dano, ou, ainda, o rompimento do nexo causal entre conduta e prejuízo, consubstanciado nas chamadas “excludentes de responsabilidade do Estado”, a saber: força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Por fim, calha esclarecer que os fundamentos da teoria do risco administrativo, além da ideia de solidariedade social, que melhor se aplica às hipóteses de danos causados por ação ou omissão estatal lícita, repousam também – quando a ação estatal for ilícita - no princípio da legalidade, encarado *a contrario sensu*.

Além do que, “no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 1007), vez que não é isonômico que um indivíduo arque sozinho com prejuízos provocados por atividades executadas no interesse de toda a coletividade.

### **3.2.5 Teoria do risco integral**

Uma das espécies de Teoria do Risco é a chamada Teoria do risco integral. Trata-se, como já se demonstrou, de vertente extremada, que propõe seja o Estado responsabilizado - também em função do risco da atividade por ele desenvolvida -, por todo e qualquer dano dela oriundo, ainda que presentes circunstâncias que rompam o nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo lesado e a conduta estatal, a exemplo da força maior e da culpa exclusiva da vítima.

O radicalismo e a facilidade com que esta teoria poderia conduzir a abusos levaram-na a ser aplicada somente em hipóteses raríssimas e excepcionais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

### **3.2.6 Estado como garantidor de direitos fundamentais**

Recentemente, tem-se falado em um novo fundamento da responsabilidade civil do Estado, relativo ao seu dever de garantir positivamente os direitos fundamentais de seus administrados.

Não se trata propriamente de nova teoria acerca dos pressupostos necessários ao dever estatal de indenizar, mas antes de um reforço ao papel que deve ter a Administração Pública no trato com seus administrados, em se tratando da possibilidade de lhes causar danos.

Hodiernamente, não basta que o Estado se abstenha de lesionar direito alheio, sendo imprescindível que “assuma uma postura ativa no sentido de resguardar os cidadãos de agressões de terceiros” (BRAGA NETTO, 2012, p. 65).

Anota Helena Elias Pinto (2008, p. 24):

A nova dimensão dos direitos fundamentais, enquanto direito de proteção pelo Estado, caso não seja efetiva no caso concreto, pode ensejar a ocorrência de dano indenizável, desaguando na responsabilidade civil do Estado por omissão.

Tem-se, assim, que não só a violação a direitos fundamentais de defesa pode acarretar a responsabilização civil do Estado. A violação dos chamados direitos fundamentais a uma prestação, os quais, segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 291) “partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades”, também pode vir a ensejar o dever estatal de indenizar.

A conduta estatal, no caso, deve ser omissiva, pois o dano indenizável decorrerá de sua inação, quando tinha o dever de atuar positivamente no sentido de garantir direito fundamental essencial ao pleno usufruto da liberdade por parte do povo, a qual, teoricamente, deveria ser garantida pelo Estado, com fundamento máximo na Constituição Federal, corpo de normas representativo do pacto social.

### **3.3 Responsabilidade civil do Estado no Brasil**

#### ***3.3.1 Introdução e breve análise da evolução legislativa***

O instituto da responsabilidade civil do Estado vem sendo tratado no Brasil desde seu surgimento enquanto Estado Moderno independente, em 1822, quando a fase da irresponsabilidade estatal já havia sido rechaçada pelo Direito Comparado.

A Carta de 1824, por isso mesmo, já versou sobre o tema, embora o tenha feito de maneira pouco específica, consequência do regime semi-absolutista então vigente.

Essa falta de clareza do ordenamento jurídico, todavia, não impediu que a tese da responsabilidade estatal frutificasse no Brasil, tanto na doutrina, quanto nos tribunais.

Como afirma Bandeira de Mello (2010, p. 1027), “o certo é que jamais se pôs em dúvida, entre nós, a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo à falta de disposição específica”.

O art. 99 da Constituição de 1824 era enfático ao afirmar que o Imperador não estaria “sujeito a responsabilidade alguma”, enquanto o art. 129 deixava claro que “Nem a Regência, nem o Regente será responsável”.

Em seu art. 179, XXIX, prescrevia a Carta Magna: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

Apesar da pouca clareza do dispositivo, capaz de dar ensejo a interpretações que conduzissem à responsabilização exclusiva e pessoal do agente público, Celso Antônio

Bandeira de Mello (2010, p. 1028) lembra que ele jamais foi assim encarado pela doutrina da época, a qual entendia pela solidariedade da obrigação de indenizar, a qual deveria ser assumida por ambos, funcionário e Estado.

A Constituição de 1891, em seu art. 82, regulou o tema de maneira idêntica à anterior. O advento do Código Civil de 1916, porém, representou uma mudança no modo como a responsabilidade civil estatal passou a ser disciplinada no Brasil. O art. 15 deste diploma legal era clarividente ao afirmar que:

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.

Essa responsabilidade, no entanto, ainda era encarada como subjetiva, apesar de alguns a terem entendido como modalidade de responsabilidade objetiva:

Em nosso entender, a norma exigia a prova da culpa. Os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta de dever prescrito por lei – revelavam que a responsabilidade estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos. Se alguém agisse contrariamente ao direito ou faltasse a dever legal, sua conduta seria necessariamente culposa. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 598).

A Lei Fundamental de 1934 em quase nada alterou a disciplina normativa do assunto, apenas explicitando o que a doutrina já vinha afirmando: a responsabilidade estatal, nos casos em que admitida, seria solidária entre a Fazenda e o funcionário (art. 171, *caput*) e somente ocorreria mediante demonstração de negligência, omissão ou abuso de autoridade. Idêntica disposição manteve a Carta de 1937 (art. 158).

A responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo, só veio a ser adotada em nosso país em 1946, com o advento de nova Carta Política. O art. 194 desta Constituição prescrevia: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Abandonava-se a necessidade de demonstração do elemento subjetivo (culpa em sentido lato) para que o Estado se visse obrigado a indenizar os danos por ele provocados. Bastava, a partir daí, a comprovação do dano e do nexo causal entre sua ocorrência e uma ação ou omissão praticada por agente estatal, agindo nessa qualidade.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 626):

Permaneceu entre nós a doutrina subjetiva até o advento da Constituição de 1946, que, com o disposto no art. 194, acolheu a teoria objetiva do risco administrativo, revogando em parte o art. 15 do antigo CC.

A Constituição de 1967 reproduziu o dispositivo constitucional supracitado (art. 105, caput). Assim também o fez a Emenda Constitucional de 1969 (art. 107, caput).

### ***3.3.2 Responsabilidade civil do Estado após o advento da Constituição Federal de 1988***

A Constituição Federal de 1988 manteve a adoção da teoria do risco administrativo em matéria de responsabilidade civil do Estado. O assunto foi disciplinado no art. 37, § 6º, que reza:

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:

*Omissis*

§ 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.

É de se ressaltar que a Constituição, ao falar em responsabilidade por danos causados por agentes públicos, nessa qualidade,

condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 246-247).

Desse modo, a teoria adotada pelo ordenamento pátrio não foi a do risco integral, hipótese em que não se falaria em dano “causado”, mas simplesmente em dano “sofrido” pela vítima.

Ademais, a dicção do dispositivo constitucional supracitado não faz qualquer alusão à necessidade de coexistência de elementos subjetivos (dolo ou culpa) para que o Estado responda pelos danos provocados por seus agentes, mas apenas para que estes venham a ser demandados em ação regressiva. Como salienta Helena Elias Pinto (2008, p. 116):

O aspecto interior ou psíquico não precisa ser obrigatoriamente investigado ou descoberto na responsabilidade civil do Estado, porque não se exige a presença de dolo ou culpa para a conformação do dever de indenizar.

Fica excluída, assim, a possibilidade de que a responsabilidade da Administração Pública por atos cometidos por seus agentes, nos moldes como delineada pela Lei

Fundamental, seja subjetiva. A hipótese é de responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo.

Anote-se que o Código Civil de 2002, ao dispor sobre as pessoas jurídicas, reproduziu parcialmente o texto constitucional em seu artigo 43, reforçando a ideia de que a responsabilidade civil do Estado, por danos causados a terceiros por seus agentes, agindo nessa qualidade, é objetiva. Com efeito,

A matéria [...] restou superada pelo vigente Código Civil. O art. 43 do novo Código tem total compatibilidade normativa em face da norma do art. 37, § 6º, da CF, de modo que atualmente nenhuma dúvida pode existir de que, no ordenamento jurídico pátrio, o Estado sujeita-se à teoria da responsabilidade objetiva. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 599).

Isso, contudo, não significa que em todo e qualquer caso a responsabilidade estatal será objetiva, na modalidade do administrativo. A regra constitucional comporta exceções, além de não abranger todas as maneiras possíveis de se causar danos a particulares.

Com efeito, como defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 702-703), há casos específicos, como o da Lei n. 10.744/03 – pela qual a União assume responsabilidade por atos de terceiros em determinadas hipóteses – e o dos danos causados por acidentes nucleares (CF, art. 21, XXIII, d), em que a responsabilidade estatal será ainda maior, chegando-se mesmo a adotar a teoria do risco integral.

Ademais, o fato de a responsabilidade objetiva ser a regra não significa que a responsabilidade subjetiva do Estado tenha desaparecido por completo de nosso ordenamento jurídico.

Certas circunstâncias, notadamente a de o dano ter decorrido de omissão do Poder Público ou se agravado por conta de sua inércia, como será demonstrado no último capítulo dessa obra, fazem com que o particular se veja forçado a demonstrar a falta do serviço ou a culpa *lato sensu* do agente público para que o estado seja compelido a indenizá-lo.

### **3.3.3 *Responsabilidade civil do Estado e a Teoria do Órgão***

A noção de responsabilidade civil do Estado pressupõe a compreensão da teoria geral da pessoa jurídica. A corrente atualmente mais aceita quanto à existência desse ente, a teoria da realidade técnica, prega que, para além de constituir uma abstração, produto da técnica jurídica, a pessoa jurídica, seja ela de direito público ou privado, tem existência e atuação social, sendo um organismo “vivo”.

Não obstante, é igualmente certo que a pessoa jurídica, justamente em razão do fato de constituir-se em uma ficção jurídica, não tem como, no plano fático, praticar ações ou omissões.

Os atos praticados pela pessoa jurídica são, é claro, considerados existentes pelo Direito, mas é impossível que sejam por ela mesma realizados. Necessita-se da atuação humana, isto é, do homem enquanto pessoa física, capaz de agir de maneira concreta.

Daí porque a teoria da personalidade jurídica atribui a manifestação da vontade da pessoa jurídica às pessoas físicas que a compõem ou que nela laboram. Como lembra Carvalho Filho (2010, p. 14), “sendo uma pessoa jurídica, o Estado manifesta sua vontade através de seus agentes, ou seja, as pessoas físicas que pertencem a seus quadros”.

Como o Estado é uma entidade complexa e multifacetada por definição, suas atividades demandam elevada organização interna, que se traduz na repartição das funções estatais a diversas repartições, chamadas de órgãos públicos.

Os órgãos públicos, conceituados por Bandeira de Mello (2010, p. 140) como “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado” são, portanto, meras divisões internas da Administração, centros de competência desprovidos de vontade própria e de personalidade jurídica, frutos de desconcentração administrativa.

Ainda assim, é por meio deles, vale dizer, dos agentes públicos que os compõem, que o Estado expressa sua vontade. Com efeito, superadas as teorias do mandato e da representação, deu-se espaço à teoria do órgão, “segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna” (MEIRELLES, 2003, p. 66).

Mas quem viriam a ser os agentes públicos capazes de gerar, com suas ações ou inações, a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público à qual pertencem?

### ***3.3.4 Conceito de agente público para fins de imputação de responsabilidade ao Poder Público***

O texto constitucional fala em agentes de pessoas jurídicas de direito público ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos com sendo as pessoas físicas cuja atuação, nessa qualidade, é apta a gerar a responsabilidade civil da Administração.

Agente público “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta” (DI PIETRO, 2012, p. 581). A Lei 8.429/92, embora

trate especificamente dos agentes públicos no que concerne à improbidade administrativa, os conceitua, em seu art. 2º, como:

(...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Uma vez que o dito artigo anterior trata de todos os agentes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de quaisquer dos Poderes destes entes, pode-se ter noção da vastidão do conceito de agente público deste diploma legal, plenamente aproveitável à realidade ora estudada.

Como salienta Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 83),

Quem quer que aja ou se omita em nome do Estado – desde o mais alto mandatário da nação (presidente da República) até o mais modesto trabalhador – pode dar causa à responsabilidade civil do Estado. Não importa que estejamos diante de alguém que é ou não remunerado, alguém cujo vínculo é permanente ou temporário.

Trazendo-se este raciocínio para a órbita temática do presente trabalho, pode-se cogitar, ao menos em tese, da responsabilidade civil do Estado por omissão de agentes como policiais civis, policiais militares, secretários de segurança pública, Ministros da Justiça, delegados de polícia, guardas municipais, policiais federais etc.

Por fim, lembre-se que o essencial é que o agente público tenha dado causa ao dano agindo nessa qualidade. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1030):

Importa, outrossim, que o dano tenha sido produzido por alguém graças a esta qualidade de agente público, e não em situação alheia ao qualificativo em causa. A condição de agente, no sentido ora indicado, não se descarteriza pelo fato de este haver agido impulsionado por sentimentos pessoais ou, por qualquer modo, estranhos à finalidade do serviço. Basta que tenha podido produzir o dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado.

### 3.3.5 *Responsabilidade civil do Estado por omissão*

Como se viu, a regra constitucional, em se tratando da responsabilidade civil do Estado, é que ele responda na modalidade objetiva, ficando o particular lesado dispensado da prova da culpa estatal para a ocorrência do dano.

Surge porém a dúvida, comum entre os estudiosos do assunto: o art. 37, § 6, da Constituição Federal refere-se aos danos causados por atos estatais comissivos e omissivos, ou abrange apenas os prejuízos causados mediante ação do Poder Público?

A questão é de fundamental importância para os fins deste trabalho e será enfrentada em seu último capítulo.

### ***3.3.6 Excludentes da responsabilidade civil do Estado válidas à luz da Teoria do risco administrativo***

Por não acatar a teoria do risco integral, salvo em hipóteses excepcionais, o ordenamento jurídico pátrio continua a exigir o nexo causal entre a ação/omissão e o dano para que se imponha a alguém o dever de indenizar.

Se, por algum motivo, o nexo causal é rompido, desaparece um dos pilares da responsabilidade civil, de modo que não haverá de se cogitar, nessa hipótese, de responsabilidade civil.

Assim, a doutrina e a jurisprudência definiram, ao longo do tempo, circunstâncias que, se presentes, eximem o Estado do dever de reparar, por excluírem o nexo de causalidade.

Quatro são as possíveis excludentes de responsabilidade civil do Estado invocáveis pela Fazenda Pública ou pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos quando demandas em juízo, a fim de responderem civilmente por danos sofridos por particulares: força maior, caso fortuito (que muitos dos estudiosos do Direito Civil e do Direito Administrativo simplesmente equiparam à força maior, dada a absoluta igualdade de consequências e a incessante e infrutífera tentativa de diferenciação conceitual), culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro.

Para os fins deste trabalho, importa analisar mais detidamente o fato de terceiro, pelas particularidades que assume em se tratando de danos causados por omissão administrativa, referentes a falhas no dever estatal de garantir com eficiência a segurança pública.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NO DEVER DE GARANTIR A SEGURANÇA PÚBLICA

### 4.1 Conceito de segurança pública

De acordo com José Afonso da Silva (2009, p. 777-778),

Na teoria jurídica a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. (...) “Segurança pública” é manutenção da *ordem pública* interna. Mas aí se põe uma petição de princípio, já que a ordem pública requer definição (...). Ordem pública será uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes.

A segurança pública, portanto, diz respeito à manutenção da ordem e da harmonia social, à prevenção de conflitos, à garantia da incolumidade física e patrimonial dos indivíduos que compõem determinada sociedade, regulada por um Estado.

A própria Constituição Federal de 1988 traz um breve conceito em seu art. 144, *caput, in verbis*:

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:

Nota-se da definição constitucional que a segurança pública, mais que uma situação de fato, hipoteticamente desejável, constitui um dever estatal, a demandar a adoção de medidas concretas, com vistas à preservação da ordem e da incolumidade públicas.

Destaque-se que, para alguns autores, dentre os quais Álvaro Lazzarini, ordem pública é conceito mais amplo que “segurança pública”, resultando da conjugação desse e de outros dois fatores: tranquilidade pública e salubridade pública.

Segurança, neste sentido, seria uma das causas da ordem pública, mais ligada à noção de prevenção de delitos, com garantia da liberdade, da vida e dos direitos de propriedade:

A ordem pública, portanto, é efeito de causa segurança pública, como também, acrescentamos, é efeito da causa tranquilidade (*sic*) pública ou, ainda, efeito da causa salubridade pública. Cada um desses aspectos que Louis Rolland afirmou serem aspectos da ordem pública e teve o apoio incondicional de Paul Bernard, cada um deles é, por si só, a causa do efeito ordem pública, cada um deles tem por objeto assegurar a ordem pública (LAZZARINI, 1999, p. 53)

É importante salientar que o conceito constitucional de segurança pública afastou-se da noção de mero combate ao crime e ao inimigo – reminiscência do regime militar, passando a ser concebido também (e principalmente) como serviço público, que deve, como tal, ser eficientemente prestado pelo Estado.

Esse é o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, o qual, justamente por considerá-lo serviço público inespecífico e indivisível, entende ser impossível sua remuneração mediante taxas.

Por outro lado, para além de constituir um dever, a segurança pública é também, um direito de todos, nos termos do supracitado art. 144. Trata-se, na realidade, de direito de magnitude superior, eis que a Carta Magna alçou-o à categoria de direito fundamental em seu art. 5º, *caput*, que diz, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Como todos os direitos fundamentais, o direito à segurança pública caracteriza-se por ser histórico, universal, inalienável e irrenunciável, devendo, ademais, ser interpretado em conjunto com as demais disposições constitucionais, notadamente aquelas que consagram bens jurídicos a serem respeitados e positivamente garantidos pelo Estado. Nas palavras de Cláudio Pereira Souza Neto,

Devem ser especialmente observados os princípios constitucionais fundamentais – a república, a democracia, o estado de direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana –, bem como os direitos fundamentais – a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança. O art. 144 deve ser interpretado de acordo com o núcleo axiológico do sistema constitucional, em que se situam esses princípios fundamentais (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.** Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>. Acesso em: 9 julho 2013.

A segurança pública, por fim, constitui, na dicção do texto constitucional, responsabilidade de todos, no sentido de que não só o Poder Público deve envidar esforços para garantir-la, mas também a própria sociedade tem dever de colaborar nesse sentido, devendo abster-se de atos que ofendam o estado de pacífica convivência social e contribuir no sentido de reprimi-los.

Conclui José Afonso da Silva (2009, p. 778) com definição com a qual inteiramente concordamos:

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas.

#### **4.2 Segurança pública como dever constitucional do Estado e direito de todos**

A garantia da segurança pública é dever antigo do Estado, remontando às suas próprias origens. Trata-se de um dos fundamentos básicos do contrato social, que levou os indivíduos a saírem do “estado de natureza” em que se encontravam, abdicando de parcela de sua liberdade em troca de segurança e proteção, a serem fornecidas pelo ente estatal, superior e abstrato. Com efeito,

Desde o *contratualismo* dos séculos XVII e XVIII, preservar a “ordem pública” e a “incolumidade das pessoas e do patrimônio” é a função primordial que justifica a própria instituição do poder estatal. Na Era Moderna, a segurança era o elemento mais básico de legitimação do Estado, o *mínimo* que se esperava da política. Na retórica novecentista do *laissez faire*, a segurança chegava a ser concebida como a única função do estado “guarda-noturno”. O estado social não só mantém a preocupação central com a segurança, como amplia o seu escopo, concebendo-a como “segurança social” contra os infortúnios da economia de mercado (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.** Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505974174218181901.pdf>>. Acesso em: 09 julho 2013.

É bom que se diga que, na realidade, a segurança pública torna-se mais efetiva à proporção que o Estado toma para si o poder de coação, exercido, em se tratando do tema, majoritariamente pela polícia, e inibe os impulsos de transgressão criminal que existem nos indivíduos.

A evolução e o desenvolvimento do Estado, já analisados, tendem a guardar, portanto, íntima relação com o fortalecimento do combate à criminalidade. Nesse sentido é a lição de Luiz Flávio Saporí (2007, p. 34):

A gradual monopolização do uso da violência pelas instituições policiais, judiciais e prisionais do Estado está sociologicamente conectada à gradual mudança nas atitudes e valores dos indivíduos em termos da manifestação de suas propensões à

agressividade. A coerência entre maior contenção e regulação de anseios individuais elementares se associa ao aumento do controle do Estado sobre os indivíduos.

Conforme visto, a atual Lei Maior brasileira foi explícita ao considerar a segurança pública como um dever do Estado e direito fundamental do povo. Por se tratar de direito fundamental a uma prestação, deve ele ser positivamente garantido pelo Estado, através de políticas públicas que visem combater a criminalidade, garantir a incolumidade pública e a inviolabilidade do patrimônio e preservar a vida e a liberdade.

Ademais, por configurar um dever, seu descumprimento constitui omissão estatal juridicamente relevante, por denotar falha na prestação de um serviço público que, como fez questão de explicitar o constituinte originário, deve ser garantido de maneira eficiente (CF/88, art. 144, § 8º).

#### **4.3 Repartição constitucional do dever de garantir a segurança pública**

Ciente desse papel, a Constituição Federal cuidou de repartir entre os entes federativos a competência para legislar acerca de segurança pública e as atribuições executórias para garanti-la com eficiência.

Como salienta José Afonso da Silva (2009, p. 779),

O problema da segurança pública é de competência e responsabilidade de cada unidade da Federação, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo, como, aliás, é da tradição do sistema brasileiro.

##### **4.3.1 Competências legislativas**

Cabe à União, nos termos do art. 22 da Carta Magna, legislar sobre: direito penal e processual (inciso I); requisições civis e militares em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (inciso III); organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes (inciso XVII); normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI); competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais (inciso

XXII); defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional (inciso XXVIII).

Lembre-se que tal competência pode ser delegada aos Estados, mediante lei complementar, nos termos do art. 22, parágrafo único, da CF/88.

Aos Estados, conforme apregoa o art. 25, § 1º, da Constituição, é reservada competência residual, sendo-lhes possível legislar sobre todos os temas não vedados pela Lei Maior, donde se infere que é constitucional que legislem, dentre outras coisas, sobre organização do respectivo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública; bem como criem secretarias de Estado, que podem vir a se dedicar especificamente acerca da segurança pública em território estadual.

Cabe aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, na dicção do art. 30, I, da CF/88, de modo que lhes é dado dispor sobre a criação e o funcionamento de guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações.

Concorrentemente, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, por força do art. 24 da Constituição, legislar sobre: direito penitenciário (inciso I); criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas (inciso X); assistência jurídica e Defensoria pública (inciso XIII); proteção à infância e à juventude (inciso XV) e organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (XVI), sendo que, consoante o parágrafo primeiro do artigo supracitado, a competência da União, nesses casos, limita-se ao estabelecimento de normas gerais.

#### **4.3.2 Competências administrativas**

Apesar de as competências legislativas referentes – direta ou indiretamente – à segurança pública representarem, assim como as competências executórias, incumbências constitucionais dos entes federativos, o seu mau exercício, traduzido, para fins deste trabalho, em omissões legislativas, é menos propenso a gerar, ainda que em tese, a responsabilidade civil extracontratual do Estado, quer porque grande parte das normas constitucionais de eficácia limitada já foram integradas pelos diplomas legais correlatos, quer porque a culpa do Estado na demora da regulamentação legal de dispositivos da Constituição é de difícil comprovação.

Mais comum é que o dever indenizatório estatal por deficiências no dever de garantir a segurança pública seja decorrente do mau exercício ou do não exercício de

competências administrativas (ou materiais), previstas na Carta Magna, que impõem a adoção de condutas ou medidas concretas por parte da União, dos Estados e dos Municípios.

Aqui também a opção do constituinte foi de repartir o múnus de garantir a segurança pública entre os entes políticos, o que fez nos moldes adiante expostos.

À União compete, nos termos do art. 21 da Constituição Federal, e excluindo-se as atribuições voltadas à segurança nacional, que dizem mais respeito a questões de soberania e menos à segurança dos indivíduos considerados enquanto indivíduos ou comunidade: organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios (inciso XIII); organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio (inciso XIV); executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inciso XXII).

Ademais, consoante disposto no art. 144, §§ 1º, 2º e 3º, cabe à União organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal, cujas atribuições são sumariamente descritas no texto constitucional e normatizadas de maneira mais detalhada em leis específicas.

Aos Estados-membros foi atribuída competência para organizar e manter polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, todos os quais se subordinam ao Governador do respectivo Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, segundo disposição contida no § 6º do art. 144 da CF/88.

Por sua vez, aos Municípios foi reservada parcela restrita da competência administrativa no que concerne à garantia da segurança pública, cabendo-lhes constituir, organizar e manter guardas municipais (art. 144, § 8º da CF/88), consoante mencionado em linhas anteriores.

Não obstante, eles também têm participação na garantia desse bem jurídico, notadamente em regime de colaboração com os Estados nos quais estão localizados. Com efeito,

Os municípios, no Brasil, não têm polícias (apenas Guardas Civis, em geral limitadas à proteção do patrimônio público), portanto, só poderiam enfrentar a violência criminal com políticas preventivas de natureza não-policial, ainda que sempre contando com a colaboração das polícias estaduais (Militar e Civil) (SOARES, Luiz Eduardo. **Novas políticas de segurança pública**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Jan/abr 2003, Vol. 17. N° 47. ISSN 0103-4014)

É ainda competência comum de todos os entes políticos, nos moldes delineados pelo art. 23 da Constituição: zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (inciso I), proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III) e impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural (inciso IV).

Nota-se, dessa maneira, que, quando se fala da responsabilização civil do Estado por omissão no dever de garantir a segurança pública, a ação indenizatória pode vir a ser movida contra qualquer dos entes federativos, a depender do caso concreto, eis que, em tese, todos têm deveres jurídicos a serem cumpridos com vistas à manutenção e garantia desse direito.

#### **4.4 Segurança pública deficiente: desordem e criminalidade**

A segurança pública é considerada pela hodierna Carta da República como um direito fundamental e dever do Estado porque consubstancia bem jurídico da maior relevância.

A sua falta ou não-garantia é sinônimo de desordem, instabilidade e vulnerabilidade, considerando que o recrudescimento de práticas criminosas acarreta violações gravíssimas a direitos e liberdades constitucionais, a exemplo do direito à vida, do direito de ir e vir, do direito à integridade física e do direito à propriedade, o que é extremamente nocivo à pacífica convivência social.

Além disso, transgressões a direitos dessa ordem vão de encontro à construção de uma sociedade livre e justa; prejudicam o desenvolvimento nacional e impedem a promoção do bem de todos – objetivos fundamentais da República (CF/88, art. 3º, I, II e IV), além de malferirem o princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O que se precisa ter em mente é que as omissões estatais em garantir a segurança pública com eficiência criam condições propícias ao aumento da criminalidade, fato que implica violações graves de direitos constitucionais e podem por em cheque a própria credibilidade e a autoridade do Estado.

Na ausência de repressão concreta e efetiva a práticas delitivas e de prevenção eficaz ao cometimento de crimes – o que pode se dar de diversas maneiras, o Poder Público acaba por facilitar que esse tipo de conduta desviante se prolifere, de modo que, a nosso ver, por uma questão de equidade, de solidariedade social e de submissão do Estado à lei e à Constituição, que preveem mecanismos de reparação de danos, é possível cogitar da sua responsabilidade civil em hipóteses tais, desde que sobejamente comprovados seus requisitos.

#### **4.5 Ilícitos penais e suas consequências cíveis**

Viu-se que, por força de relação de causa e efeito, quando o Estado falha em garantir a segurança pública, há aumento nos índices de criminalidade, o que significa que bens jurídicos fundamentais por ele protegidos, bens esses cuja violação acarreta as sanções mais graves existentes no ordenamento jurídico – sanções penais -, restam ameaçados ou efetivamente infringidos.

No Brasil, é fato notório que a segurança pública prestada pelo Estado está longe de alcançar o patamar de excelência imposto pela Constituição da República. O quadro atual de insegurança pública no país é grave e se deve a uma série de fatores, dentre os quais podem ser citados:

- (a) a magnitude das taxas de criminalidade e a intensidade da violência envolvida;
- (b) a exclusão de setores significativos da sociedade brasileira, que permanecem sem acesso aos benefícios mais elementares proporcionados pelo Estado Democrático de Direito, como liberdade de expressão e organização, e o direito trivial de ir e vir.
- (c) a degradação institucional a que se tem vinculado o crescimento da criminalidade: o crime se organiza, isto é, penetra cada vez mais nas instituições públicas, corrompendo-as, e as práticas policiais continuam marcadas pelos estigmas de classe, cor e sexo. (SOARES, Luiz Eduardo. **Novas políticas de segurança pública**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Jan/abr 2003, Vol. 17. Nº 47. ISSN 0103-4014)

Ocorre que a violação a bens jurídicos como a vida, a liberdade e a integridade, infelizmente comum em nosso país, não repercute somente na esfera penal, mas também na cível, sendo perfeitamente cumuláveis as consequências do ilícito em cada uma dessas searas do direito.

Com efeito, dispõe o art. 935 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Desse modo, se a conduta for típica, antijurídica e culpável, constituirá, em tese, ilícito criminal, sujeito às reprimendas previstas na legislação penal, mas, se causar dano a outrem e preencher os demais pressupostos da responsabilidade civil (ação ou omissão; nexo causal e, a depender do caso, culpa *lato sensu*), ensejará também o dever de reparar os prejuízos sofridos pela vítima.

Exemplificativamente, pode-se cogitar, portanto, de situações como: homicídio simples (art. 121 do Código Penal) acarretando ao infrator o dever de indenizar os parentes do morto, arrimo de família, por danos materiais (lucros cessantes, pela perda do que a vítima razoavelmente viria a lucrar e repassar à família durante sua vida) e morais (pelo sofrimento atroz trazido na perda de um ente querido); lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, do CP) ensejando reparação civil por danos materiais (gastos hospitalares), morais (dor intensa, sofrimento) e estéticos (em razão das sequelas físicas); crime de roubo (art. 157 do CP) implicando o dever civil de indenizar pelo dano material (dano emergente, consistente no bem tomado mediante violência) e danos morais (decorrentes dos abalos psicológicos intensos surgidos pela violência ou ameaça); crime de estupro (art. 213 do CP) rendendo ensejo a indenização por danos morais (ante a violação à intimidade e à integridade da vítima), dentre outras inúmeras possibilidades.

#### **4.6 Modos de se garantir eficientemente a segurança pública**

Conforme se demonstrará, a omissão estatal juridicamente relevante, em tese, para fins de responsabilidade civil é aquela que consubstancia descumprimento de dever jurídico imposto ao Estado pela lei ou pela Constituição.

Assim, para facilitar a compreensão dos deveres jurídicos do Estado relativos à obrigação maior de garantir a segurança pública, bem como das medidas passíveis de serem por ele adotadas para cumprir eficientemente seu múnus constitucional, prestando um serviço público de qualidade e assegurando direito fundamental da população, elencam-se algumas destas providências, sem a pretensão de esgotá-las:

- a) criminalização, restrição ou proibição de condutas (ex: tráfico de substâncias entorpecentes, porte de armas, consumo de bebidas alcoólicas);

- b) criação de novas penas (medida indireta de desencorajamento);
- c) enrijecimento das penas já previstas pelo ordenamento jurídico;
- d) reforço no policiamento (ostensivo, investigativo, preventivo);
- e) valorização e qualificação das carreiras policiais, ou seja, reforma policial, que, nos dizeres de John Bailey e Lucía Dammert (2006, p. 2), constitui a forma mais frequente de resposta rápida à sensação de aumento de insegurança:

Police reform refers to improving police forces' operational efficiency and effectiveness in preventing and repressing crime as well as to strengthening their democratic ethos and accountability. Police reform is the most frequent first response to perceptions of increased insecurity.

- f) aumento do efetivo policial;
- g) investimentos no sistema de justiça criminal (Ministério Público, Poder Judiciário, sistema penitenciário, conselhos tutelares, delegacias, órgãos técnico-periciais, secretarias de segurança pública etc);
- h) investimentos em políticas públicas de base (educação, cultura, esporte; saúde, profissionalização), garantindo direitos sociais, reduzindo as desigualdades sociais e diminuindo a propensão social à transgressão da lei;
- i) melhorias nos serviços de iluminação pública;
- j) garantia do acesso à Justiça;
- k) recuperação de espaços públicos; uma vez que a moderna Criminologia considera que a desordem (também causada pela ausência de manutenção e de zelo com o patrimônio público) está umbilicalmente ligada ao aumento da criminalidade, em prejuízo à segurança pública. Afirma, com efeito, Leandro Piquet Carneiro (2012, p. 206), após minucioso estudo científico sobre o tema:

Os resultados indicam que a desordem física e a desordem social (devido a problemas de multicolinearidade foram estimados modelos separados para cada tipo de desordem) estão correlacionados à ocorrência de crimes como lesão corporal, homicídio e uso de entorpecente, mesmo mantendo-se o nível de pobreza e as outras características estruturais constantes.

- l) incentivo à articulação entre os órgãos responsáveis por garantir a segurança pública;
- m) combate à corrupção, permitindo a correta destinação dos recursos públicos a áreas prioritárias, garantindo direitos sociais;
- n) criação de fundo específico (FNSP) para custear projetos previstos no plano de segurança pública do governo federal (v. Lei nº 10.201/01);

o) incentivo, por parte da União, à cooperação e atuação conjunta dos entes políticos na garantia da segurança pública (ex: instituição do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – v. Lei nº 11.530/07; criação de um Conselho Nacional de Segurança Pública – v. Dec. nº 2.169/97; criação de uma Força Nacional de Segurança Pública, de atuação excepcional – v. Decreto nº 5.289/04, utilização das Forças Armadas na garantia da segurança pública – v. Decreto nº 3.897/01).

#### **4.7 Responsabilidade civil do Estado por omissão no dever de garantir a segurança pública**

##### ***4.7.1 Responsabilidade civil do Estado por omissão: subjetiva ou objetiva?***

Assim como na responsabilidade civil “ordinária” ou “comum”, os danos imputados ao Estado podem ser causados por ação de seus agentes, mas também por omissão.

Em se tratando de responsabilidade civil do Estado por ação, a regra no ordenamento jurídico brasileiro, consoante já afirmado, é que ele responda objetivamente, com suporte na teoria do risco administrativo.

Em outros casos, porém, persiste para a vítima a necessidade de provar em juízo que houve culpa estatal (em sentido lato) na ocorrência do prejuízo por ela sofrido. Seria um destes casos a hipótese de danos causados por omissão estatal?

A questão é extremamente controversa na doutrina, o que se justifica em parte porque “o direito positivo não apresenta solução normativa específica para as hipóteses de omissão” (PINTO, 2008, p. 155).

Diversos autores defendem, direta ou implicitamente, que, sejam os danos causados por ação ou omissão, a responsabilidade do Estado é objetiva.

Alguns dos defensores desta tese são: Hely Lopes Meirelles (2003, p. 627); Carmen Lúcia Rocha (1999, p. 381); Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 159); João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão (2003, p.199-230); Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 251) - embora este último autor distinga as hipóteses de omissão genérica e omissão específica, esta última, segundo ele, ensejadora da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Odete Medauar (2010, p. 381) não se posiciona definidamente sobre o tema, mas entende não ser apropriado encarar a responsabilidade por omissão como espécie de responsabilidade subjetiva, ou por *faute du service*.

Por outro lado, boa parte dos administrativistas de renome entendem que, em se tratando de omissões estatais, a responsabilidade civil é subjetiva, carecendo de demonstração, por parte do particular lesado, de dolo ou culpa (ainda que na modalidade de culpa anônima) da Administração.

Dentre os autores que assim se posicionam, podem-se citar: José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 613); Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1032); Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonçalves Branco (2009, p. 891); Paulo Nader (2008, p. 311); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 711); Diógenes Gasparini (2012, p. 1141).

Também na jurisprudência paira a controvérsia. O Supremo Tribunal Federal já proclamou diversas vezes que a responsabilidade civil do Estado por omissão é objetiva (v. RE 283.989, DJ 13/09/2002; ARE 663.647-AgR, DJ 06/03/2012). No próprio STF, porém, é possível encontrar julgados em sentido contrário (v. RE 372.472, DJ 28/11/03). No Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido a tese segundo a qual a responsabilidade, nestes casos, é subjetiva (v. REsp 721.439, DJ 31/08/07; REsp 1.355.542, DJ 29/08/05).

Apesar dessa diferença de entendimentos, a jurisprudência de ambas as cortes é praticamente unânime quanto às situações em que o Estado assume a posição de garantidor, mantendo algo ou alguém sob sua custódia, hipótese em que afirmam ser objetiva sua responsabilidade civil por omissão.

Estamos em que assiste razão à corrente segundo a qual a responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é espécie de responsabilidade subjetiva. A Constituição Federal, ao prever a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a terceiros, não elegeu essa modalidade de responsabilização como a única possível na ordem jurídica brasileira.

O fundamento da objetivização da responsabilidade civil estatal é, como se viu, a Teoria do Risco, na modalidade do risco administrativo. Ocorre que a referida Teoria foi desenvolvida para explicar hipóteses em que se cogita de atividades positivamente desenvolvidas pelo Estado capazes de, potencialmente, vir a acarretar prejuízos a terceiros.

A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos não é fundada na teoria do risco administrativo, pois, se houve omissão, é porque não existiu sequer uma atividade, muito menos uma atividade potencialmente danosa.

Na realidade, nesta espécie de responsabilidade, o Estado deveria ter agido para minimizar riscos sociais, garantindo direitos previstos na lei ou na própria Constituição.

Não foi ele o criador do risco. O risco já existia, cumprindo ao Estado eliminá-lo ou, pelo menos, mitigá-lo.

Nada obsta a que a lei considere alguém civilmente responsável por um prejuízo causado, ainda que tenha atuado sem culpa, criando hipóteses de responsabilidade objetiva, cada vez mais frequentes e mais necessárias no ordenamento jurídico pátrio, por permitirem à vítima conseguir em juízo a indenização devida com mais facilidade, considerando que seu ônus probatório sofre significativa redução.

Ocorre que, como já foi exaustivamente dito, a regra, em matéria de responsabilidade civil, é a necessidade de se provar, além da ação ou omissão, do dano e do nexo causal entre ambos, a culpa *lato sensu* do agente, para que se configure o dever de indenizar.

A exceção, isto é, a responsabilidade objetiva deve ser claramente prevista em lei (ou na própria Constituição Federal), de modo a explicitar a variação à regra geral.

Nenhuma exceção legal ou constitucional conhecida, porém, livra a vítima do dever de provar a culpa do Estado em se tratando de danos resultantes de omissões administrativas.

O art. 37, § 6º, como já dito, por ser fundado na teoria do risco, aplicável a atividades desenvolvidas de maneira ativa pelo Estado, não se adequa às hipóteses de responsabilidade do Estado por omissão.

Essa é a interpretação mais consonante com referido dispositivo legal quer nos valhamos dos métodos de interpretação histórico, teleológico, sistemático ou literal.

O parágrafo 6º, acima referido, fala em “danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros”. Na responsabilidade civil do Estado por omissão os danos não são *causados* pelos agentes públicos, mas por eles não evitados.

O nexo causal entre o prejuízo e o Estado se limita à questão de este ter gerado uma condição favorável à ocorrência do dano, que foi causado, de fato, por terceiros ou por eventos da natureza.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1014),

Na hipótese cogitada o Estado não é o autor do dano. Em rigor, não se pode dizer que o causou. Sua omissão ou deficiência haveria sido condição do dano, e não causa. Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado. É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver *de direito obrigado a impedi-los*.

Em nosso entender, vige, pois, em matéria de responsabilidade civil estatal por omissão, a regra geral, isto é, a responsabilidade civil subjetiva.

#### **4.7.2 Pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão**

Sua caracterização, destarte, exige a prova cabal: da omissão estatal; do dano sofrido; do nexo causal entre a omissão do Estado e o dano e, por fim, da culpa *lato sensu* da Administração.

O requisito do dano foi analisado no primeiro capítulo dessa obra, devendo-se aproveitar as explanações ali constantes, já que os danos, sejam causados por ação ou omissão, sejam causados por pessoas físicas ou jurídicas, sejam causados por particulares ou pelo Estado, em nada diferem, apresentando-se sempre como danos materiais ou morais (ou ainda estéticos, como entende a jurisprudência e parte da doutrina), cujas características são, também, invariáveis em função dos critérios acima elencados.

Ademais, os danos causados por omissões estatais já foram relacionados com a temática da falha no dever de garantir a segurança pública em linhas anteriores do presente capítulo, quando se estudou a relação da insegurança pública com o aumento da criminalidade e as consequências cíveis dos delitos criminais.

Resta, pois, examinar os demais pressupostos da responsabilidade civil estatal por omissão: a omissão em si, o nexo de causalidade e a culpa. Como o conceito de omissão estatal juridicamente relevante pressupõe obrigatoriedade de atuação, elemento também necessário à configuração da culpa, optamos por analisá-los em um mesmo tópico, explorando o nexo causal em separado.

Para entender o modo como se configura a culpa do Estado nas situações em que os danos sofridos pelo particular se deveram, supostamente, a conduta omissiva do Poder Público, é preciso que remoremos o conceito de culpa, abordado brevemente no primeiro capítulo deste trabalho.

Já se disse que a noção de culpa está ligada à noção de censurabilidade e reprovabilidade de conduta assumida (omissiva ou comissiva). E, como bem salienta Maria Helena Diniz (2008, p. 39), “o comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente”.

Culpado, pois, é aquele que podendo e devendo agir de determinada maneira, assim não o faz, ensejando a reprovação e a censura da comunidade e do Direito. Extrai-se, dessa maneira, que é preciso averiguar a possibilidade e a obrigatoriedade de o sujeito agir (ou deixar) de agir, para que se possa afirmar se houve ou não culpa.

A obrigatoriedade de adotar determinada conduta é mais facilmente constatada do que a possibilidade, tema mais intrincado. Analisemo-nos um a um.

A Administração Pública, como se sabe, está jungida ao princípio da legalidade estrita, de modo que, nela,

[...] não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 2003, p. 86).

Havendo, portanto, lei que imponha ao Estado determinado agir, ele tem o dever de fazê-lo. Não agindo, incorrerá em omissão. Mais que isso: estará descumprindo comando legal, de modo que seu proceder será eivado de ilicitude.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 613):

Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. [...] Nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade.

Idêntica opinião têm Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 889 e 891):

o primeiro pressuposto do reconhecimento da responsabilidade por omissão é a afirmação do dever legal de agir [...] se o Estado não estava obrigado a impedir o acontecimento danoso (ausência de lucro), não há razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão.

Só se pode, pois, cogitar de omissão estatal juridicamente relevante se houver norma legal ou constitucional que o obrigue a agir. Omissão estatal juridicamente relevante, frise-se, é aquela que consubstancia descumprimento a dever legal de agir.

Em outras palavras: nem toda omissão do Estado acarretará a ele a imposição do dever indenizatório. É necessário que a omissão seja qualificada, isto é, “juridicamente

relevante. Uma omissão que se revista de cores que revelem que foi inadequada, injusta, a inação do Estado no caso concreto” (BRAGA NETTO, 2012, p. 162).

A respeito, ensina Cavalieri Filho (2010, p. 65):

[...] a omissão adquire relevância causal porque a norma lhe empresta esse sopro vital, impondo ao sujeito um determinado comportamento. Quando não houver esse dever jurídico de agir, a omissão não terá relevância causal e, consequentemente, nem jurídica.

Inexistindo comando normativo impondo ao Estado o dever de atuar, não fará sentido responsabilizá-lo por danos eventualmente sofridos, pois não se poderá cogitar de omissão de sua parte, já que sequer obrigado a agir ele estava.

E, consoante já afirmado, a comprovação do descumprimento de um dever jurídico de agir equivale, no caso, à demonstração de que a omissão estatal foi ilícita, pois, ao deixar de cumprir comando normativo que impõe um fazer, o Estado está violando a lei.

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1013),

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Aqui, cabe uma breve observação. Como se sabe, a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos é, em regra, objetiva. Independe, portanto, da demonstração de culpa estatal.

De modo geral, a responsabilidade civil surge em decorrência de conduta danosa ilícita. Em certos casos, porém, o ordenamento jurídico impõe a alguém o dever de indenizar mesmo que a conduta seja lícita, como nas hipóteses de danos causados em estado de necessidade, nos casos dos proprietários de prédio encravado que exigem passagem pelo prédio vizinho, mediante pagamento de indenização (art. 1285 do Código Civil) e na própria responsabilidade civil do Estado por ação, na modalidade objetiva, fundada na Teoria do Risco Administrativo.

Na responsabilidade civil do Estado por omissão, o comportamento estatal é sempre ilícito, já que, invariavelmente, representará desrespeito à lei que lhe impusesse o dever de agir.

Lembre-se que, em matéria de responsabilidade civil subjetiva, os pressupostos necessários ao surgimento do dever de indenizar são: ação ou omissão, dano, nexo causal entre a conduta e o dano, e culpa (em sentido lato). A ilicitude ou não da ação ou omissão deve ser analisada junto a eles, e não como um requisito a mais.

No caso da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, a ilicitude está embutida no pressuposto da “omissão”, pois um conceito decorre do outro.

Concordamos, pois, com o raciocínio de Bandeira Mello em quase tudo quanto afirmado na passagem acima. Ousamos, porém, discordar de sua tese quando equipara a ilicitude da conduta estatal à configuração de sua culpa, afirmando não haver conduta ilícita estatal que não derive de negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

Creemos ser possível que o Estado aja ilicitamente (descumprindo um dever legal ao omitir-se), sem que tenha culpa. As definições de ilicitude e de culpa não podem ser confundidas. Embora, de fato, na maioria dos casos a atuação ilícita estatal pressuponha ter ele agido com culpa, há a possibilidade de que essa regra não se afigure tecnicamente correta, pois se trata de conceitos, em essência, distintos.

O próprio Direito Penal há muito já distinguiu, no conceito de crime (ilícitos penais), a antijuridicidade (ilicitude) da culpabilidade. O dolo e a culpa, que antes integravam a culpabilidade, agora integram o tipo, mas isso já diz respeito às peculiaridades do direito criminal. O importante é que se aproveite desse ramo do direito a precisão metodológica consistente na separação dos conceitos de ilícito e de culpa.

Não se pode, portanto, concordar com Arnaldo Rizzato (2005, p. 4-5), quando diz que:

O ato ilícito não se constitui prescindindo de culpa, que é apenas um de seus elementos. (...) Culpa materializada redundante em ato ilícito, o qual desencadeia a obrigação. Não se pode falar em ato ilícito sem a culpa, ou defender que se manifesta pela mera violação à lei. (RIZZARDO, 2005, p. 4-5).

E a razão de nossa discordância está no fato de que, conforme já assinalado, a caracterização da culpa requer, para além da obrigatoriedade de adotar determinada conduta (dever legal), a *possibilidade* de fazê-lo no caso concreto.

A culpa deve traduzir a inobservância de um “dever objetivo de cuidado” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 32), a ser cumprido mediante ação ou omissão, mas, além disso, segundo Savatier (*apud* LOPES, 1962, p. 197) é preciso que se trate de “dever que o agente *podia* conhecer e observar”.

Em outras palavras: é da essência da culpa a *possibilidade* de adotar a conduta imposta pela lei. E essa possibilidade é aferida mediante critérios de previsibilidade – evidenciado na conceituação de Savatier – e “*evitabilidade*”.

Só pode haver culpa de alguém se o resultado danoso fosse por ela, ao menos em tese, previsível, do contrário não haveria possibilidade de se adotar a conduta determinada pela lei. Não é necessário que o evento seja efetivamente previsto (não prever o previsível já configura culpa na modalidade negligência), basta que seja previsível aos olhos do homem médio, comum, de atenção e diligência ordinárias.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 34),

É consenso geral de que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos previsibilidade e comportamento do *homo medius*. Só se pode, com efeito, cogitar de culpa quando o evento é previsível. Se, ao contrário, é imprevisível, não há cogitar de culpa.

O critério para aferição de previsibilidade é, portanto, o critério do homem médio, ou seja, deve-se investigar se, no caso concreto, uma pessoa de diligência comum, mediana, ordinária, com o cuidado que se espera de um “*bonus pater familias*” (DINIZ, 2008, p. 43), poderia ter previsto o resultado danoso.

Se, em contraste ao homem médio, o agente tiver agido aquém do que aquele agiria, pode-se dizer que havia previsibilidade do acontecimento que se deveria evitar e, portanto, far-se-á presente um dos fatores que configuram a possibilidade de cumprimento do dever jurídico.

Mas isso não é tudo. É mister que, além de previsível, o evento fosse evitável. A noção de “*evitabilidade*” diz respeito à possibilidade fática de, mais que prever o resultado danoso, impedi-lo, estando a tanto obrigado por lei.

O evento danoso será inevitável quando for invencível. Aqui, já não se nos afigura justo empregar o critério do homem médio pura e simplesmente.

Parece-nos que, por se tratar de requisito de cumprimento mais difícil do que a previsibilidade, pois depende não só das características (de atenção, percepção, cuidado) do agente, mas também das circunstâncias externas que conduzem ao acontecimento do dano, é preciso avaliar as condições particulares do indivíduo (no caso, do Estado) e a própria magnitude do dano para se afirmar com segurança se o evento era ou não evitável no caso concreto.

Acontecimentos avassaladores, de força ou proporções intransponíveis, como fatos da natureza (enchentes, terremotos, furacões), ou fatos de terceiro absolutamente invencíveis, como podem vir a ser, a depender do caso, danos causados por multidões, por exemplo, têm o condão de tornarem a situação inevitável, o que retira a possibilidade de atuação do Estado, quando esteja obrigado a impedi-la, eximindo-o de culpa.

Esse casos, porém, guardam íntima relação com a problemática do nexo causal na responsabilidade civil estatal por omissão, funcionando, como se demonstrará, como verdadeiros excludentes do liame de causalidade, excluindo, também por este motivo, a responsabilidade civil.

Tem-se assim, que não basta a obrigatoriedade de atuação do Estado no caso o seu descumprimento à lei para que fique estabelecida sua culpa. É preciso que houvesse real possibilidade de cumprimento ao comando legal no caso concreto, o que significa dizer que o resultado danoso tem que ser previsível e evitável.

Em se tratando de omissões cometidas por entes públicos, entra em jogo ainda um outro fator no quesito “possibilidade”, intimamente ligado à “evitabilidade”: as limitações orçamentárias do Estado.

Como bem alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 710), é preciso, para além de investigar-se acerca da exigibilidade de atuação administrativa, averiguar se havia

possibilidade de agir para evitar o dano. [...] Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano.

A teoria da reserva do possível prega que a concretização dos direitos sociais pelo Estado não pode ser exigida integral, máxima e imediatamente pelos particulares, eis que o Poder Público atua conforme suas possibilidades orçamentárias, limitadas por definição.

Assim, não basta, para se responsabilizar civilmente o Estado por danos causados por omissão sua, que este tivesse o dever legal de evitar a ocorrência do prejuízo, sendo mister que, no caso concreto, fosse fática e juridicamente possível ao Estado, dentro de suas disponibilidades orçamentárias, ter agido no sentido de prevenir a ocorrência do evento danoso, muito embora a jurisprudência venha repelindo cada vez mais a escusa do Estado em garantir direitos mínimos (mínimo existencial) com base nessa alegação.

Vem à baila o famoso brocardo repetido por administrativistas pátrios, corrente em peças jurídicas elaboradas pelos diversos órgãos de advocacia pública existentes no país,

segundo o qual “o Estado não é segurador universal”, razão pela qual não lhe cabe indenizar sempre e imediatamente todo e qualquer prejuízo sofrido pelos administrados.

Na realidade, é preciso analisar as condições da omissão do Estado e as circunstâncias do caso concreto. Não se pode exigir – fazendo-se aqui uma analogia com conhecida máxima do Direito Penal – que o Poder Público seja herói, mas, de outra banda, não se pode admitir que paute sua conduta por desleixo e menoscabo para com as normas jurídicas que regem a atividade administrativa.

Em outras palavras, os critérios para se aferir a exigibilidade de atuação administrativa no caso concreto devem girar em torno do princípio da razoabilidade. O que se requer do Estado é uma atuação normal, condizente com o patamar legal exigível.

Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 1013-1014):

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 estádio 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 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.

Ainda no que diz respeito à noção de “omissão”, para fins de configuração da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, é preciso que se diga que parte da doutrina defende a tese segundo a qual, a depender do tipo de omissão – se genérica ou específica – a responsabilidade estatal seria subjetiva ou objetiva, respectivamente.

Não concordamos com esse raciocínio. A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos é, como se viu, subjetiva, independentemente de ser a omissão genérica ou específica.

Se o Estado tinha o dever de evitar a ocorrência do dano e, podendo, não o fez, agiu ilicitamente. Não há como se mensurar o “grau de não atuação” do Estado. Se a lei impõe que o faça, é obrigado a fazê-lo. Quedando-se inerte, age ilicitamente e sua omissão é, portanto, juridicamente relevante e idônea, em tese, a fazer surgir sua responsabilidade civil.

O grau de especificidade da omissão guarda pertinência, na realidade, não com o pressuposto da “omissão” em si, mas sim com os requisitos da culpa e do nexo causal. Quanto mais específica for a obrigação estatal de agir, menos chance terá ele de se esquivar do dever indenizatório alegando imprevisibilidade ou inevitabilidade do acontecimento do resultado danoso.

Quanto mais genérica, mais difícil, presumivelmente, será a obrigação do Estado, razão pela qual o resultado danoso pode se afigurar invencível no caso concreto com muito mais facilidade, considerando que o Estado não é onipresente e onipotente.

Ademais, quando a omissão é extremamente específica, ou seja, quando o dever estatal de agir é bem detalhado, claro, característico, maior será o nexo causal com o acontecimento do evento danoso caso o Estado falhe no cumprimento de seu dever, consoante se demonstrará adiante.

Assim, a existência ou não de culpa da Administração e a intensidade do nexo causal entre sua inação e o dano é que irão variar de acordo com a especificidade da omissão, mas esta sempre existirá, quer seja específica ou genérica, desde que haja o dever legal de agir, de modo que a responsabilidade permanece, em qualquer dos casos, sendo subjetiva.

Lembre-se que, em regra, o grau de culpa não é relevante para fins fixação do *quantum* indenizatório, a qual, conforme já explicado, leva em conta a extensão do dano. Daí porque falar que o Estado teve “mais culpa” porque a omissão foi específica, ou “menos culpa” porque foi genérica a omissão em nada influiu na configuração da responsabilidade e na valoração do montante a ser pago.

Registre-se, por fim, que a culpa (*lato sensu*) do Estado pode se caracterizar como culpa anônima (quando o serviço não funciona, devendo funcionar; quando funciona de maneira insuficiente ou ainda quando funciona com atraso), mas também pode derivar de culpa pessoal e individualizada de um agente público, cuja omissão, como já se viu, se imputa à pessoa jurídica por ele integrada, de acordo com a moderna Teoria do Órgão.

Passamos, assim, à análise do nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado por omissão.

Como sintetiza Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 170),

Um dos temas mais complexos – e crescentemente discutido em sede de responsabilidade civil – é, seguramente, a questão do nexo causal. Quais antecedentes de fato são relevantes para desencadear a responsabilidade civil? Quais são irrelevantes? É possível fazer um juízo de probabilidades? Na prática jurisprudencial o que se tem visto, com alguma frequência, é larga dose de

subjetivismo ao fixar o nexo causal, ainda que se invoque essa ou aquela teoria como lastro argumentativo.

Antes de tentar responder a essas indagações, porém, é preciso que se defina o instituto estudado, pelo que nos valemos dos ensinamentos de Cavalieri Filho (2010, p. 47), que conceitua nexo causal como

[...] o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.

Viu-se, no primeiro capítulo deste trabalho, que três são as principais teorias acerca do nexo de causalidade, que surgiram para explicar a relação de causalidade quanto há mais de uma causa concorrendo para a ocorrência do evento danoso: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato.

A legislação brasileira tratou com pouca clareza a questão. O único dispositivo legal de onde se pode extrair alguma referência à teoria adotada em nosso ordenamento é o art. 403 do Código Civil, que reza, *in litteris*: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Referido artigo, porém, refere-se apenas à responsabilidade contratual, além de só aludir a danos materiais, silenciando acerca dos prejuízos de ordem moral. Como a responsabilidade civil do Estado por omissão no dever de garantir a segurança pública é do tipo extracontratual, a norma acima reproduzida aparentemente não teria muita serventia no processo de identificação da teoria acerca do nexo causal a ela aplicável.

Nada obstante, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que a teoria consagrada nesse dispositivo, ou seja, a teoria dos dano direto e imediato, deve ser aplicada ao nexo de causalidade em quaisquer hipóteses de responsabilidade civil: contratual ou aquiliana, por ação ou por omissão, objetiva ou subjetiva.

Aduz Cavalieri Filho (2010, p. 52): “Embora o art. 403 fale em inexecução, o que é próprio da responsabilidade contratual, está consolidado o entendimento de que também se aplica à responsabilidade extracontratual”.

Ocorre que, aplicando-se rigidamente a teoria do dano direto e imediato à responsabilidade civil do Estado por omissão, estar-se-ia automática e aprioristicamente

liberando o Estado do dever indenizatório em toda em qualquer situação, mesmo naquelas em que a falha na prestação do serviço de segurança pública fosse gritante, pois a causa direta e imediata do dano é sempre um evento da natureza ou de terceiro, nunca a omissão do Estado.

Helena Elias Pinto (2008, p. 79) anota que

Nos casos de omissão, haverá sempre um fator que, acontecendo em paralelo à omissão estatal, será a causa direta do dano. Daí a necessidade de aprimorar a identificação de critérios que justificam o dever, imputado ao Estado, de indenizar.

É preciso, assim, tomar como parâmetro a teoria do dano direto e imediato com certas reservas, de modo a não conduzir à absurda interpretação de que o Estado jamais responderia por danos causados por omissão, ante a ausência de nexo causal.

A omissão estatal será causa (ainda que concorrente) do dano sempre que se puder afirmar que, tivesse o Estado agido, o dano não teria ocorrido.

Pode-se dizer, assim, que haverá nexo causal entre a omissão estatal e o acontecimento do evento danoso sempre que o Estado estivesse legalmente obrigado a agir no sentido de prevenir o acontecimento pernicioso (omissão juridicamente relevante, a ser demonstrada em juízo pela vítima) e, por não tê-lo feito, possibilitou a ocorrência do prejuízo.

As perguntas a serem feitas para se descobrir se há, no caso concreto, nexo causal são: o Estado deveria agir para impedir a ocorrência do dano? Tivesse o Estado agido, o dano ainda assim teria ocorrido? Se a resposta à primeira indagação for positiva, há, em tese, omissão juridicamente relevante. Se a resposta à segunda pergunta for negativa, há nexo causal entre a omissão estatal e o evento danoso.

Não é o caso de se perquirir, aqui, acerca da possibilidade de atuação do Poder Público, das limitações orçamentárias do Estado, da irresistibilidade do acontecimento danoso etc. Tais fatores têm relevância na verificação de pressuposto distinto da responsabilidade civil do Estado por omissão: a culpa.

Para configuração do nexo causal, o importante é a relação de causa e consequência entre a omissão e a ocorrência do dano, ainda que este tenha sido diretamente causado por outrem.

#### **4.7.3 Omissão estatal e fato de terceiro**

Em regra, o direito brasileiro impõe ao próprio causador do dano o dever de repará-lo, pois “domina o princípio da obrigatoriedade do causador direto pela reparação dos danos causados nas mais variadas situações da vida” (RIZZARDO, 2005, p. 161).

Em certas situações, porém, o ordenamento imputa a determinadas pessoas a responsabilidade por atos praticados por outrem, normalmente em situações nas quais um dos sujeitos se relaciona com outro através de uma relação de poder, representação ou custódia (patrão e empregado, pai e filho menor, curador e curatelado etc).

Ocorre que, não havendo esse dever de responder por atos de terceiros, se esses eventualmente existirem, o Estado – nem ninguém – pode ser compelido a fazê-lo.

Isso porque o fato de terceiro funciona como excludente do nexo causal entre a ação ou omissão do Estado e o dano sofrido pelo particular, fazendo desaparecer a responsabilidade civil do Poder Público. Atua, assim, como se fora hipótese de força maior, ou caso fortuito.

Não obstante, a questão não é assim tão simples, pois é preciso aferir, no caso concreto, se o fato de terceiro eliminou completamente o nexo causal entre o dano e qualquer ação ou omissão administrativa.

Em muitos casos, de fato a ação (ativa, positiva) que causou o dano foi tomada por terceiros, mas o Estado gerou condições propícias ao acontecimento do prejuízo, quando tinha o dever de impedi-lo, de modo que se pode cogitar de participação sua na reparação civil.

O tema assume contornos ainda mais delicados se paramos para pensar que, nos casos de danos “causados” por omissão, o causador direto do prejuízo será sempre um terceiro (ou eventos da natureza), de modo que a aceitação ampla e irrestrita do “fato de terceiro” como excludente da responsabilidade civil acabaria por legitimar omissões gravíssimas por parte do Estado, eximindo-o de responder por danos pelos quais certamente foi responsável, em maior ou menor grau.

Nas palavras de Felipe Peixoto Braga Netto (2012, p. 120):

Hoje, porém, essa simplicidade (aparente) desapareceu. O Estado não poderá, liminarmente, afastar essas situações como sendo fato de terceiro. Eventualmente, esses danos, ainda que praticados por particulares, podem fazer surgir a responsabilidade civil do Estado.

Há de se perquirir, sempre, se o Estado tinha o dever jurídico de evitar o dano. Sendo afirmativa a resposta, passa-se à indagação seguinte: a omissão estatal, no caso,

contribuiu – em qualquer medida – para o acontecimento do evento danoso? Em caso positivo, resta ainda descobrir: é possível demonstrar a culpa estatal na hipótese em tablado? Em outras palavras: a omissão estatal ocorreu por conta de impossibilidade orçamentária, em razão da inevitabilidade da ocorrência do dano, ou ainda por força de sua completa imprevisibilidade?

A resposta às indagações acima permite chegar a uma conclusão relativamente segura acerca da existência ou não de responsabilidade civil do Estado no caso concreto, se o Estado tiver sido omissivo.

Cabe, porém, maior investigação acerca da segunda indagação (“a omissão estatal foi significante, isto é, contribuiu para a ocorrência do dano?”), notadamente na parte em que se relaciona com danos decorrentes de deficiências na segurança pública, pois envolve aspectos do nexo causal ainda não bem delineados, devendo-se analisá-la à luz da Teoria dos danos diretos e imediatos, acolhida por nossa legislação civil em matéria de nexo de causalidade.

Como já se viu, admitir-se que o só fato de o dano ter sido causado por terceiros eximiria o Estado do dever resarcitório, ainda quando este estivesse por força de lei obrigado a atuar positivamente no sentido de frustrar a concretização do prejuízo, importaria dar carta branca ao Poder Público para descumprir seus misteres constitucionais e legais, chancelando odiosa discricionariedade estatal, passível de transmutar-se, na prática, em arbitrariedades incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

O fato de terceiro, por si só, não exclui automaticamente o nexo causal em se tratando de danos que o Estado tinha o dever de evitar, mas, negligentemente, omitiu-se. O que pode excluir o dever estatal de indenizar é a sua ausência de culpa.

Se o particular prova que, por exemplo, foi vítima de crime de roubo em determinada região, e que as estatísticas oficiais indicavam ser aquela uma região de altíssima criminalidade, bem como que o Estado, ciente desse fato, não promoveu melhorias na iluminação pública nem intensificou o patrulhamento na área, por exemplo, o fato de terceiro não será suficiente para romper o nexo causal e eximir o Estado da culpa, nem do dever de reparar, pois sua negligência restará sobejamente demonstrada, bem como será evidente constatar que, tivesse o Estado agido com eficiência, o dano muito provavelmente não teria se consumado.

Note-se que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando pedido de suspensão de tutela antecipada (STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o

acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008), entendeu que assistia razão à vítima, que fora vítima de assalto em via pública – em decorrência do qual tornou-se tetraplégica, razão pela qual pleiteava a condenação do Estado de Pernambuco no pagamento de indenização por danos materiais e morais, com fulcro na sua omissão no dever de garantir a segurança pública.

Consignou-se que estava configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, através de suas corporações militares, especialmente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas de ilícitos penais violentos, motivo pelo qual o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se esquivar das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço.

Vê-se, assim, que a tese ora defendida começa a encontrar acolhida nos tribunais pátrios. Somente quando o evento provocado por terceiro fosse impossível de ser impedido – por ser imprevisível ou inevitável no caso concreto –, não se poderá cogitar de culpa do Estado.

Na realidade, em hipóteses tais, não há sequer nexo causal entre a omissão estatal e o dano, porque não foi a omissão estatal que permitiu que o dano se consumasse, mas exclusivamente a conduta de terceira pessoa.

Tivesse o Estado agido, o dano teria ocorrido ainda assim? Sendo positiva a resposta, é de se admitir que ou era impossível ao Estado atuar ou nada do que ele razoavelmente fizesse seria capaz de impedir a ocorrência do evento danoso.

Desse modo, o fato de terceiro, quando é completamente imprevisível ou inevitável exclui não só a culpa estatal, mas também o nexo de causalidade entre a sua omissão e o prejuízo.

Tratando-se, porém, de fato de terceiro previsível e evitável, a omissão do Estado é culposa e guarda relação de causalidade com o dano.

Nada mais justo, portanto, que a indenização leve em conta a concorrência de culpas, ou a coautoria na geração do dano. Se o terceiro que provocou diretamente o prejuízo deve responder porque descumpriu a lei e agiu com culpa, por que razão o Estado – que também violou a lei e agiu com culpa – não responderia?

A solução a nosso ver mais isonômica seria a repartição do prejuízo entre o terceiro e o Estado, lembrando-se que não haveria necessidade de formação de litisconsórcio passivo.

Como a indenização é medida pela extensão do dano, e não pelo grau de culpa, a divisão do dever indenizatório deveria ser feita em partes iguais: metade para cada um dos envolvidos (Estado e terceiro), corresponsáveis pela ocorrência do evento danoso.

A lei só tolera a redução do valor da reparação em função do grau de culpa quando a hipótese é de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (art. 945, parágrafo único, do Código Civil).

Não há motivo para que esta disposição normativa não seja aplicada às hipóteses de danos parcialmente causados por omissão do Estado. Restando provado que a culpa do ente público foi leve ou levíssima, sendo o dano decorrente quase que exclusivamente da ação de terceiros, nada impede que o juiz reduza equitativamente a indenização.

Ademais, o valor da indenização pode também ser reduzido em caso de coparticipação da vítima para o acontecimento do evento danoso, consoante apregoa o art. 945 do Código Civil.

Nestes casos, como a vítima também agiu com culpa, não se afigura justo que o Estado e o terceiro causador direto do dano arquem sozinhos com o prejuízo causado, devendo-se confrontar as culpas das partes envolvidas para que a estipulação do *quantum reparatório* seja a mais equânime possível.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se viu, a responsabilidade civil constitui dever jurídico, uma consequência que surge ante a violação de outro dever, dito originário.

Como regra, a responsabilidade civil exige quatro elementos para sua configuração: ação ou omissão, dano; nexo de causalidade e dolo ou culpa do agente. Com vistas a facilitar o recebimento de indenizações por certos tipos de vítimas, bem como de realizar justiça no plano material, surgiu a Teoria do Risco, que impõe ao agente o dever indenizatório pelos danos por ele causados, ainda que sem culpa.

A reparação civil deve ser a mais ampla possível, buscando-se restabelecer o *status quo ante*. De modo geral, porém, ante a impossibilidade fática de se desfazer o dano, a reparação de traduz em indenização pecuniária – para os danos de natureza material – e em compensação pecuniária, no caso de danos de ordem moral ou extrapatrimonial.

A evolução da responsabilidade civil do Estado acompanhou o processo de formação e evolução dele próprio, expandindo-se à medida que ele assumiu para si mais papéis e mais deveres perante seu povo.

No Brasil, a tese da irresponsabilidade estatal absoluta jamais vingou, sendo atualmente adotada, como regra geral, a teoria do risco administrativo, conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Referido dispositivo constitucional, todavia, segundo se pensa, não abrange as hipóteses de responsabilidade civil estatal por atos omissivos, que não são, como fala o texto da Lei Magna, “causados” por agentes públicos de maneira direta.

A responsabilidade civil do Estado por danos causados por omissão é modalidade de responsabilidade subjetiva, cabendo ao particular lesado provar em juízo, além da omissão administrativa, do dano sofrido e do nexo causal entre ambos, também a culpa do Estado.

A omissão estatal juridicamente relevante para fins de responsabilidade civil é aquela que consubstancia violação ou descumprimento de dever jurídico legal ou constitucionalmente previsto.

Em se tratando de responsabilidade estatal por atos omissivos, portanto, estar-se-á cogitando sempre de comportamento ilícito.

O nexo de causalidade em matéria de danos causados por omissão é assunto extremamente delicado. Entende-se que a omissão tem que funcionar como causa do dano, no sentido de que, tivesse o Estado agido, o prejuízo não teria se consumado.

Aplicar, porém de modo irrestrito, a teoria atualmente adotada em nosso ordenamento jurídico, qual seja, a teoria dos danos diretos e imediatos, significaria admitir que o Estado jamais responderia por danos causados por omissão, já que ele, nessas hipóteses, nunca é o causador direto do prejuízo.

A culpa estatal, necessária à sua responsabilização civil por danos causados por omissão, se refere à ideia de censurabilidade de sua omissão. É preciso, para que seja provada em concreto, que o evento danoso fosse previsível e evitável, aí embutida a questão das limitações orçamentárias do ente público.

A excludente de responsabilidade civil do Estado conhecida por “fato de terceiro” não pode ser invocada pela Fazenda Pública como modo automático de se ver livre de seu dever indenizatório em casos de responsabilidade civil por omissão.

Restando provado pela vítima que o Estado tinha o dever legal e a possibilidade orçamentária de agir, que o dano era previsível e evitável e que, tivesse o Estado agido, o prejuízo não teria se consumado, configurada estará sua responsabilidade civil, devendo ele ser chamado a indenizar.

Como, porém, o terceiro, causador direto do prejuízo, também concorreu para a consumação dos danos, o mais justo é que ambos dividam entre si o ônus reparatório, repartindo-se igualmente entre ambos o *quantum* a ser pago à vítima.

Assim fazendo, estar-se-ia compelindo, indiretamente, o Estado a assegurar a segurança pública, cumprindo com eficiência o mister constitucional a ele imposto, o que ajudaria o país a construir, cada vez mais, uma sociedade livre e justa, com respeito a bens jurídicos como a vida, o patrimônio privado e a incolumidade das pessoas.

## REFERÊNCIAS

- BAILEY, John; DAMMERT, Lucía. **Public security and police reform in the Americas**. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2006. vários autores. Editado por John Bailey e Lucía Dammert.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da responsabilidade civil do Estado à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2012.
- CARNEIRO, Leandro Piquet. **Políticas Locais de Segurança Pública: o Desafio do Controle da Desordem**. In: José Mario Brasiliense Carneiro; Humberto Dantas. (Org.). Parceria Social Público-Privada - Textos de Referência. 1 ed. São Paulo: Oficina Municipal, 2012, v. 1, p. 187-216 – p 206.)
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.
- CELSO RIBEIRO BASTOS, **Curso de Direito Constitucional**, 20 ed, São Paulo: Saraiva, 1999.
- CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Tradução por Marçal Justen Filho.
- DA SILVA, Jorge. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – vol. 3: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva.** Revista de Direito Administrativo 232/199, 2003.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUSTAVO TEPEDINO, **Temas de Direito Civil,** 2. Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo.** 2. .ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPES, Miguel M. de Serpa. **Curso de Direito Civil.** 2<sup>a</sup> ed. Freitas Bastos, 1962.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins, BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 7: responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: volume 4, responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOARES, Luiz Eduardo. **Novas políticas de segurança pública.** São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Jan/abr 2003, Vol. 17. Nº 47. ISSN 0103-4014.

- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7<sup>a</sup>ed., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- VEDEL, George. **Droit Administratif**. 6 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1976.
- VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Scipione, 2002.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho.3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.