

# A responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública

**Flávio Queiroz Rodrigues**

*Advogado da Caixa no Distrito Federal  
Pós-graduando em Direito Público pela PUC/Minas*

## RESUMO

Este trabalho objetiva estudar a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública, em especial, quanto à controvérsia em se classificar essa responsabilidade em objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa, ou, em subjetiva, com a necessária demonstração de culpa. Doutrina e jurisprudência possuem entendimentos que apontam tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a subjetiva no tocante às condutas omissivas do Estado. Assim, para se chegar à conclusão de que a responsabilidade deve ser mesmo objetiva, primeiramente, será realizado um estudo geral da responsabilidade estatal, primordialmente, quanto à evolução doutrinária e jurisprudencial. O método utilizado foi o dedutivo, ou seja, a partir da análise de cada capítulo buscou-se inferir conclusões. O problema a ser resolvido encontra-se na divergência encontrada na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, o que demonstra ser um assunto em verdadeira construção doutrinária e jurisprudencial. A importância do tema ocorre a partir do estudo da máxima proteção jurídica do administrado e do direito fundamental à segurança pública. Ressalte-se que não se quer demonstrar que o Estado deve ser o segurador universal da coletividade, mas que, em casos omissivos específicos, deve prevalecer a responsabilidade objetiva. O objetivo final proposto é colaborar para fazer predominar o entendimento de que a responsabilidade objetiva deve prevalecer também quando a Administração Pública omite-se, já que nas condutas comissivas, a responsabilidade objetiva é a regra, unificando-as, seja pela interdisciplinaridade entre o Código Civil e a Constituição Federal de 1988 a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento pátrio, uma vez que ambas as fontes não diferenciam as condutas comissivas das condutas omissivas para a aplicação da responsabilidade objetiva; seja pela aplicação de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica; seja pela tendência jurisprudencial do STF onde vem prevalecendo o entendimento de que, mesmo

nas condutas omissivas, o Estado deve responder objetivamente; ou, seja, ainda pela doutrina moderna, que também caminha para a aplicação da responsabilidade objetiva quando o Estado omite-se no seu dever de segurança pública.

Palavras-chave: Responsabilidade Objetiva. Estado. Omissão. Segurança Pública.

## ABSTRACT

This monograph intends to study the civil extracontractual responsibility of the State for omission in the area of public security, in particular the controversy over whether classify this responsibility in objective, that is, without the need for proof of guilt, or on subjective, with the necessary demonstration of guilt. Doctrine and jurisprudence have understandings that point so much to the responsibility it aims how much for the subjective regarding the conducts omissivas of the State. Thus, to be come to the conclusion of which the responsibility must be even objective, firstly, there will be carried out a general study of the state-owned responsibility, primarily, on the doctrinal and jurisprudential evolution. The method was used deductive, in other words, from the analysis of each chapter trying to infer conclusions. The problem to be solved is in disagreement found in the doctrine and jurisprudence on the subject, which proves to be a real issue in construction and legal doctrine. The importance of the issue occurs from the study of the legal maximum protection of the administered one and of the basic right to the public security. It emphasizes that it does not want to demonstrate that the State should be the universal insurer of the collectivity, but in specific cases omissivos, the objective responsibility should prevail also when the Public Administration is omitted, since in the conducts omissivas, the objective responsibility is the rule, unifying them, either by interdisciplinarity between the Civil Code and the Federal Constitution of 1988 from a systematic interpretation of the native planning, as soon as both fountains do not differentiate conduct comissivas for the application of the objective responsibility, be for the application of constitutional principles such as dignity of the person human, of legality, equality and legal security, be for the jurisprudence tendency of the STF, which has been the prevailing view that even in conducts omissivas the State should respond objectively, or, be still for the modern doctrine, which also goes for the application of the objective responsibility when the State is omitted in his duty of public security.

Keywords: Responsibility Objective. State. Omission. Public Security.

## Introdução

O presente trabalho tem como objetivo estudar a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública. Todo o desenvolvimento desta pesquisa será realizado em torno da controvérsia existente em se classificar essa responsabilidade em objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa da Administração Pública, ou, em subjetiva, com a necessária demonstração de culpa.

Doutrina e jurisprudência possuem entendimentos que apontam tanto para a responsabilidade objetiva quanto para a subjetiva no tocante às condutas omissivas do Estado.

A abordagem deste trabalho passa pelo estudo geral da responsabilidade da Administração Pública, evolução histórica na doutrina, principalmente nos ramos do Direito Civil, Administrativo e Constitucional, bem como a evolução da legislação e da jurisprudência.

O problema desenvolvido consiste na seguinte indagação: a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão, em especial na área de segurança pública, é objetiva ou subjetiva?

A metodologia utilizada foi o método dedutivo, ou seja, a partir da análise de cada parte dos capítulos buscou-se inferir conclusões, sendo que tais capítulos foram construídos a partir de pesquisas em obras doutrinárias, principalmente, do Direito Administrativo, Constitucional e Civil, bem como de pesquisa jurisprudencial em sítios dos principais tribunais brasileiros, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), que, no aspecto de segurança pública, é bastante rica. A pesquisa em artigos de sítios especializados em Direito também foi realizada, haja vista que, hoje, indubitavelmente, é uma ferramenta indispensável para a realização de trabalhos científicos.

No campo do Direito Administrativo, percorreram-se as principais teorias que explicam a responsabilidade civil extracontratual do Estado, dentre elas, a teoria da culpa, da culpa administrativa ou anônima, chamada pelos franceses de *faute du service* e a própria responsabilidade objetiva.

Destaca-se que várias obras doutrinárias, principalmente que se dedicaram ao estudo do Direito Administrativo,<sup>1</sup> explicam o tema geral proposto: a responsabilidade civil do Estado. Contudo, trazem a visão clássica dessa responsabilidade, dividindo-a em respon-

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

sabilidade objetiva para atos comissivos e responsabilidade subjetiva para casos omissivos.

Alguns doutrinadores civilistas<sup>2</sup> já escreveram capítulos sobre o tema, abordando uma visão diferenciada, distinguindo a omissão genérica da omissão específica. A primeira não decorre de inação direta do Estado e, por tal motivo, não se poderia falar em responsabilidade objetiva, já a omissão específica, causada diretamente pela Administração, gera responsabilidade objetiva. O assunto será explanado com mais detalhes no capítulo que trata da doutrina civilista sobre o tema, contudo, nesse momento, um exemplo do autor que melhor desenvolveu o tema, Cavalieri Filho, demonstra bem a diferença entre as duas:

Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado.<sup>3</sup>

Há também vasta jurisprudência sobre o tema, contudo, ainda tímida para quebrar essa injusta dicotomia entre responsabilidades subjetiva e objetiva, sobretudo na área de segurança pública, mas que caminha para a responsabilização objetiva.

Dáí o verdadeiro caráter do problema a ser resolvido no presente trabalho, haja vista que é, ainda, um tema em verdadeira construção doutrinária e jurisprudencial.

A importância do tema ocorre a partir do estudo da máxima proteção jurídica do administrado e dos direitos fundamentais de segunda geração, como direitos sociais e econômicos, uma vez que o Estado, como sujeito de direito que é, também se sujeita ao ordenamento jurídico pátrio, que consagra a responsabilidade objetiva para casos omissivos e comissivos, conforme será demonstrado.

A relevância do estudo em questão também ocorre para corrigir injustiças que podem acontecer, quanto ao aspecto da necessidade de segurança pública, pois, por exemplo, se uma pessoa é

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>3</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

atingida por uma “bala perdida” e morre em uma calçada pública, dever-se-á, conforme a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado para casos omissivos, como é defendido por alguns autores, comprovar que haveria necessidade de maior policiamento naquele local, ou seja, o ônus da prova recairia no jurisdicionado, apesar de ser a segurança pública um direito seu, constitucionalmente protegido pelo artigo 6º e um dever do Estado, também contido na Carta Política de 1988 (artigo 144).

Ressalte-se que não se quer demonstrar que o Estado deve ser o segurador universal da coletividade,<sup>4</sup> mas que, em casos omissivos específicos, deve prevalecer a responsabilidade objetiva.

O objetivo que se propõe é fazer predominar o entendimento de que a responsabilidade objetiva deve prevalecer também quando a Administração Pública omite-se, já que nas condutas comissivas, a responsabilidade objetiva é a regra.

Os fatores principais para que tal entendimento prevaleça são:

a) a legislação brasileira atual, principalmente a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 não disciplinam a matéria diferenciando condutas comissivas de condutas omissivas, fato que implica, a partir da interdisciplinaridade das matérias envolvidas, uma interpretação sistemática que resulta na aplicação da responsabilidade objetiva;

b) a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito, o princípio da legalidade, da igualdade e os demais direitos fundamentais exigem que os danos causados pela Administração Pública sejam reparados;

c) na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento de que mesmo nas condutas omissivas o Estado deve responder objetivamente, corroborando para o princípio da segurança jurídica.

Na verdade, a responsabilidade subjetiva para casos omissivos prevalece mais pela força da doutrina do Direito Administrativo, que tem na figura do autor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup> um dos seus maiores defensores, e também na jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça,<sup>6</sup> que ainda aprecia seus casos pautados na teoria da culpa anônima, quando a Administração Pública se omite.

Assim sendo, a partir de uma análise da legislação de regência e de julgados, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, pre-

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.983.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.961-1019.

<sup>6</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 893.441/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 08/03/2007.

tende-se com este trabalho demonstrar que não há motivos para diferenciar a responsabilidade civil do Estado para casos comissivos e para casos omissivos, devendo prevalecer a responsabilidade objetiva, uma vez que injustificável o tratamento diferenciado, sem qualquer explicação razoável, seja jurídica ou lógica.

Destarte, a partir de uma interpretação sistemática tanto da Constituição Federal de 1988 quanto do Código Civil de 2002, pretende-se demonstrar, como objetivo específico, que não se deve fazer distinções não inseridas na legislação pátria, para que, ao fim a harmonia do ordenamento jurídico prevaleça, pois sendo prescrito pela Lei Maior, que exceção alguma faz quando trata da responsabilidade do Estado, não podem, a doutrina e a jurisprudência, tratar o tema de forma diversa.

## **1 Posicionamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro**

### **1.1 Na legislação e na doutrina**

A jurisprudência é que baliza a aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, haja vista que a legislação existente apenas invoca preceitos que estabelecem o princípio da responsabilidade objetiva, não havendo regras disciplinadoras gerais ou específicas do tema.

Aqui começa a tomar mais visibilidade a proposta que se quer apresentar, ou seja, de que também nos casos omissivos a responsabilidade do Estado não poder ser outra que não a objetiva.

E assim o é, pois a legislação de regência não traz qualquer diferença quanto à aplicação da responsabilidade subjetiva para as condutas estatais omissivas e objetivas para os atos comissivos.

Dessa forma, a partir de um estudo interdisciplinar que se passa a fazer, quer-se demonstrar que, levando-se em consideração uma interpretação sistemática de todos os ramos envolvidos, principalmente, do Direito Civil, do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, há apenas um caminho possível, que é o da responsabilidade objetiva.

Ademais, a ausência de lei tratando da matéria de forma contrária, ou seja, sem destacar para as condutas omissivas uma responsabilidade diferente daquela estabelecida pela Lei Maior, faz lembrar a máxima da hermenêutica jurídica que, quando o texto dispõe de modo amplo, sem restrições, deve o hermeneuta aplicá-lo a todos os casos peculiares que se enquadrem na hipótese geral prevista.

No campo doutrinário existem especialmente três ramos que se dedicam ao estudo da responsabilidade civil extracontratual do

Estado, são eles o Direito Administrativo, o Constitucional e o Civil, até porque o tema está inserido na legislação dos três ramos citados.

Os autores do Direito Administrativo tendem a seguir a expressão máxima da doutrina de Mello, no que diz respeito à responsabilidade estatal extracontratual, dentre eles pode-se citar Di Pietro e Santos. Alguns não se debruçam em estudar o tema aprofundadamente; outros apenas citam o insigne Mello.

O entendimento ora defendido, qual seja, a responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas, pode ser observado nas obras de Meirelles<sup>7</sup> e Medauar.<sup>8</sup>

Na doutrina civilista, autores de vanguarda, que se baseiam nos princípios do novo Direito Civil, como a solidariedade, a eticidade, a função social e a boa-fé objetiva, também defendem a responsabilidade objetiva nas condutas omissivas. Ademais, o próprio processo de constitucionalização pelo qual passa o Direito Civil justifica tal posicionamento. Dentre os autores deste ramo, destacam-se: Cavalieri Filho e Tepedino.

Os constitucionalistas parece não terem se dedicado muito ao tema, pois a doutrina do Direito Constitucional não realizou estudos mais aprofundados sobre o tema, conforme será demonstrado.

Aspecto de grande relevância dentro da doutrina é a questão da interdisciplinaridade existente entre tais ramos, que tem por finalidade alcançar, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, uma prestação jurisdicional completa.

E é justamente assim, a partir de um diálogo de complementaridade, é que deve ser lida a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

### 1.1.1 Constitucionalista

As constituições brasileiras de longa data tratam da responsabilidade civil do Estado. Os preceitos evoluíram desde a primeira Constituição até a última, passando por intensas transformações, principalmente após a Carta Magna de 1946, como poderá ser percebido.

Ressalte-se que, infelizmente, a legislação civil não acompanhou a evolução das constituições, o que pode ser explicado até mesmo pela demora na aprovação do “novo” Código Civil, que tramitou durante décadas. Não obstante tal fato, hoje, pode-se

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p.663.

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9.ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2005, p.434.

concluir que as legislações encontram-se com preceitos muito semelhantes.

Começando pela Constituição de 1824,<sup>9</sup> observa-se que só respondiam os próprios servidores, pessoalmente, não sendo o Estado responsável pelos atos realizados pelas pessoas físicas em nome do Poder Público.

A Constituição de 1891<sup>10</sup> seguiu o mesmo pensar, assim, não se pode falar numa típica teoria da irresponsabilidade, haja vista que responsabilidade existia, contudo, quanto ao ente público, pode se dizer que este era irresponsável, uma vez que era a pessoa física do funcionário que respondia subjetivamente pelo dano causado.

A Carta Política de 1934<sup>11</sup> já trouxe significativa mudança na responsabilização estatal, haja vista que os funcionários públicos não mais se responsabilizariam sozinhos pelas suas condutas, pois a solidariedade da Fazenda Pública fazia-se presente, continuando, contudo, a ser uma responsabilidade subjetiva.

Os parágrafos do artigo 171 da Constituição de 1934 também inovaram no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que trouxeram a figura do litisconsorte passivo necessário do funcionário, quando o lesado acionava judicialmente apenas o Estado. Inovou também quanto à execução, pois, uma vez executada a Fazenda Pública, esta deveria executar o funcionário culpado. Ressalte-se que o elemento culpa era necessário para caracterizar a responsabilidade estatal. A Constituição de 1937 praticamente repetiu a de 1934.

Contudo, é na Constituição de 1946 que a figura do funcionário desaparece do texto constitucional e a responsabilidade objetiva apresenta-se pela primeira vez no ordenamento jurídico bra-

---

<sup>9</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

<sup>10</sup> Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

<sup>11</sup> Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. § 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. § 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.



sileiro, dispondo que: “Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Notadamente, abandona-se, definitivamente, a teoria da responsabilidade subjetiva, pois além do preceito constitucional tratar das “pessoas jurídicas”, não mais se trata do elemento subjetivo, pois os pressupostos da culpa, ou seja, a negligência, a imprudência e a imperícia não mais constam da norma ora comentada.

As palavras *culpa* e *funcionários*<sup>12</sup> são mencionadas sim, contudo, apenas no parágrafo único do artigo para tratar do direito de regresso, como o faz a atual Constituição.

As Cartas Políticas de 1967 e 1969 apenas repetem a de 1946.

Chega-se, enfim, à atual Constituição que em seu artigo 37, parágrafo 6º, assim dispôs: “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.”

Nota-se, dentre outros elementos que serão comentados, a importantíssima alteração do texto constitucional para incluir como sujeito passivo da ação de reparação de danos as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Importantíssima porque acaba com a discussão doutrinária e jurisprudencial até então existente sobre a possibilidade de legitimação de, por exemplo, empresas públicas ou até, indo além, de concessionárias de serviços públicos como sujeitos passíveis de responsabilização civil extracontratual.

Nesse ponto, salutar ressaltar que estas pessoas jurídicas de direito privado só são aquelas que prestam serviços públicos, pois as que desempenham atividade econômica, previstas no artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, como os bancos públicos (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil), não respondem ações com fundamento no artigo 37 da Constituição. Contudo, respondem objetivamente com base no próprio Código de Defesa do Consumidor, pois cediço que os clientes destas instituições financeiras são consumidores, como já decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

O artigo 37, parágrafo 6º da Constituição atual trata das pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos. Tais pessoas são as concessionárias ou permissionárias mencionadas no artigo 175 da Carta Magna.

<sup>12</sup> Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Nesse compasso, para uma melhor compreensão do tema, necessário se faz debruçar mais amiúde sobre cada elemento constitutivo do preceito constitucional em tela.

Primeiramente, importante se faz explicar o alcance do termo “agente”. Di Pietro explica que o termo agente deve ter a maior abrangência possível, tratando que “abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço.”<sup>13</sup>

Quanto à indenização e ao dano propriamente dito, a atual Constituição os colocou no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que tratados pelo artigo 5º, que diferencia dano moral, do dano material e também do dano à imagem.

Ainda em se tratando de texto constitucional, a Carta Política de 1988 traz como competência da União explorar os minérios nucleares,<sup>14</sup> sendo que a responsabilidade objetiva para esse caso baseia-se, diferentemente da regra comum, na teoria do risco integral. Por essa razão, importante realizar a diferença entre a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral, como será feito no capítulo que trata da doutrina administrativista, independentemente do posicionamento contrário de alguns autores, como Di Pietro.

Outro termo que merece cuidado específico é o emprego do vocábulo *terceiros*, que também deve ter um alcance amplo, utilizado justamente para diferenciar a responsabilidade extracontratual da contratual.

Não obstante tal orientação no sentido de ampliação do conceito, posição majoritariamente dominante na doutrina brasileira, o Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado no ano de 2004<sup>15</sup> assentou que o vocábulo *terceiros* abrange apenas os usuários dos serviços públicos, restringido a amplitude até então dada para o termo.

Moraes, ao tratar da responsabilidade do Estado assinala que “essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão admi-

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2006, p.624.

<sup>14</sup> Art. 21. Compete à União: XIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

<sup>15</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 262.651/SP. Rel. Ministro Carlos Velloso, **Diário da Justiça**, 24/11/2004.

nistrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.”<sup>16</sup>

Assim, com a simplicidade acima, sem rodeios, ensina que um dos requisitos da responsabilidade estatal objetiva é a ação ou omissão administrativa.

Silva leciona, sem distinguir entre omissão ou comissão, até porque a Constituição assim não o fez, e por ser a sua obra um curso de direito constitucional positivo, que:

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada.<sup>17</sup>

Nota-se assim que, para os constitucionalistas, não há dúvida quanto à aplicação da responsabilidade objetiva, tanto por omissão, quanto por comissão do Estado, haja vista que o constituinte diferença alguma fez no tratamento da responsabilidade estatal, tratando todas como objetiva.

### 1.1.2 Civilista

Cediço que o Código Beviláqua<sup>18</sup> em seu artigo 15 dispôs sobre a responsabilidade subjetiva do Estado, afinal, não poderia ter sido diferente, uma vez que a Constituição da época também assim trazia, prevalecendo então a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, fato que se encontra justamente no trecho que traz “modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei”.

O Código Civil de 2002, que, infelizmente, teve de esperar décadas para ser promulgado, em sintonia com a Constituição, que já trazia a responsabilidade objetiva desde 1946,<sup>19</sup> tratou de modificar a orientação civil até então contida no texto legal para tratar a responsabilidade civil extracontratual do Estado como objetiva,

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.352.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.673-4.

<sup>18</sup> Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

<sup>19</sup> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

não dispendo qualquer menção à contrariedade do direito ou falta de dever prescrito em lei, como trazia a redação anterior.

Ressalte-se que o artigo 43 do Código Civil de 2002 preceitua menos do que o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição de 1988, pois traz apenas as pessoas jurídicas de direito público como responsáveis, diferentemente do texto do parágrafo 6º da Constituição que acrescentou, como dito acima, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Talvez, tal fato tenha ocorrido em razão do tempo para a discussão e aprovação do novo Código Civil, que, mesmo tendo sido publicado em 2001, com vigência em 2002, tramitou por décadas pelo Congresso Nacional, tendo vários artigos já superados pela ordem constitucional de 1988.

Ademais, o Código Civil de 2002 trouxe vários artigos sobre a responsabilidade objetiva, fato que faz com que parte da doutrina civilista trate tal responsabilidade como a regra e a responsabilidade subjetiva como exceção. Corrobora com essa assertiva Cavalieri Filho:

O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O Código Civil de 2002, conforme já ressaltado, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram, tais como o abuso de direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único, art. 927), danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc. Após o exame dessas hipóteses todas, haverá uma única conclusão: muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva.<sup>20</sup>

Nesse contexto, ainda Cavalieri Filho, inicia seu capítulo intitulado “Responsabilidade da Administração Pública”, trazendo uma severa crítica à teoria da irresponsabilidade sob o enfoque civil, uma vez que tal teoria seria a própria negação do direito:

De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável des-

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.141.

sa submissão. Como sujeito dotado de personalidade, o Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado? <sup>21</sup>

E continua a explicar as diversas teorias da responsabilidade civil, seguindo lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e do próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, realizando importante observação quando explica a teoria da culpa anônima (*faute du service*), uma vez que percebeu que diversos doutrinadores e julgados confundem culpa anônima com responsabilidade objetiva, fato que é um grande equívoco, pois mesmo sendo anônima o elemento subjetivo deve ser demonstrado, admitindo-se a presunção de culpa em face da dificuldade em comprová-la, mas jamais pode ser confundida com responsabilidade objetiva, na qual a culpa não faz parte como elemento imprescindível da caracterização do dano injusto.

Explica também a evolução da culpa anônima para a teoria da responsabilidade objetiva, com base no Direito Administrativo, o que não poderia ser diferente, uma vez que se trata de uma teoria publicista, reafirmando que se chegou até a presente teoria, a partir do estudo dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, pois se todos os administrados se beneficiam com os serviços prestados pelo Estado, nada mais justo que, quando houver uma falha nesta prestação de serviço, todos também devem participar da recomposição da situação daqueles que foram afetados, fundamento que também justifica a teoria do risco administrativo, base da responsabilidade objetiva.

Diverge de Di Pietro no que tange à diferença entre o risco administrativo e o risco integral, posição também adotada nesse trabalho, uma vez que na teoria do risco administrativo incidem as excludentes de responsabilidade, outrora explanadas, que paralisam a relação de causalidade entre a conduta administrativa e o dano. Já a teoria do risco integral “é uma modalidade extrema da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.” <sup>22</sup>

Tratando da evolução legislativa sobre a responsabilidade civil do Estado, Cavalieri Filho, ao discorrer sobre o artigo 15 do Código Civil de 1916, entende que, apesar da ambigüidade encontrada no texto da lei, certamente quis o legislador tratar da teoria

<sup>21</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.219.

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.224.

da responsabilidade subjetiva, fato que, aliás, se coadunava com o posicionamento constitucional da época, haja vista que a teoria da responsabilidade objetiva no Brasil nas Cartas Políticas só surgiu em 1946.

Não obstante essa conclusão, ressalva Cavalieri Filho que alguns autores, dentre eles Rui Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcante, aproveitando-se da mencionada ambigüidade do artigo 15 do Código Civil de 1916 e do direito europeu, principalmente da França, já iniciavam a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva. Fato que também ocorreu em julgamentos do próprio Supremo Tribunal Federal, concluindo que “também entre nós, a responsabilidade objetiva do Estado chegou primeiro à jurisprudência, para depois se transformar em texto legal.”<sup>23</sup> Conclusão esta que será bastante relevante quando o assunto ora delineado for tratado a partir da jurisprudência não só do Supremo Tribunal Federal, mas também do Superior Tribunal de Justiça, como será feito em capítulo apartado.

Discorre ainda que foi a Constituição Federal de 1946 que estabeleceu a responsabilidade objetiva no Estado Brasileiro, sendo que, de lá até os dias atuais tal responsabilidade permaneceu no nosso ordenamento, servindo a Carta Política de 1988 apenas para ampliar os legitimados passivos, pois incluiu além das pessoas jurídicas de direito público, também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Também mereceu destaque nas suas orientações a questão da “concorrência de causas”, trazendo que nesses casos a responsabilidade administrativa deverá ser diminuída e conseqüentemente o valor da indenização minorado. Nesse contexto, faz uma reparação deveras importante, pois salienta que “há quem não admita a atenuação da responsabilidade do Estado por entender que, sendo ela objetiva, inadmissível falar em culpa concorrente. Atente-se, todavia, a que o fenômeno não é de concorrência de culpas, mas de causas, como já salientado no capítulo do nexa causal.”<sup>24</sup>

Essa observação se faz relevante uma vez que serve também para a responsabilidade objetiva do Estado em condutas omissivas, objeto principal do presente trabalho, e que nem sempre deverá ser aplicada nos casos omissivos, sob pena de jamais haver uma indenização totalmente coberta pelo Estado, haja vista que sempre poderá haver a defesa de que na omissão não é o Estado que diretamente causa o dano.

Tratando dos danos por omissão do Estado, capítulo que se configura ponto central do presente trabalho, Cavalieri Filho faz

<sup>23</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.225.

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.228.

diversas considerações que serão colocadas de forma mais detalhada, haja vista que é o posicionamento deste autor que reflete o objetivo perquirido nesta obra: demonstrar que a responsabilidade objetiva pode e deve ser aplicada nas condutas omissivas do Estado que gerem danos, desde que presentes alguns elementos que serão apresentados em seguida.

Começa sua explanação colocando já nas primeiras linhas a questão a ser resolvida pelo presente trabalho: "A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, refere só à conduta comissiva do Estado ou também à omissiva?"<sup>25</sup>

Colocando a posição de Bandeira de Mello, que defende a responsabilidade subjetiva, uma vez que o Estado nos casos omissivos não agiu, não sendo o causador do dano e de que a responsabilidade civil por omissão é sempre gerada de ato ilícito que é necessariamente uma responsabilidade subjetiva, responde a questão trazendo que: "Em nosso entender, o art. 37, § 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva."<sup>26</sup> Posicionamento a que se adere completamente.

Assim, para refutar o mais forte argumento de Bandeira de Mello de que o ato ilícito pressupõe culpa, haja vista que o primeiro argumento é bastante falho, qual seja, o de que a Administração, quando se omite, não dá causa ao dano, sendo apenas uma condição para o dano, leciona que:

Na moderna sistemática da responsabilidade civil não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 16 do Código Civil. Há também, o ato ilícito em sentido lato, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a responsabilidade objetiva.<sup>27</sup>

E adentra no seu conceito de omissão genérica do Estado e omissão específica, distinção a qual se adere também em sua plenitude, com o intuito de afastar a questão levantada por diversos doutrinadores e julgadores que é o Estado como segurador universal, fato que se ocorresse, realmente não justificaria a aplicação da responsabilidade objetiva em casos omissivos, que, contudo, não é verdade, como será explicado oportunamente.

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.230.

<sup>26</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.230.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

Assim traz o insigne Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro quando leciona sobre a omissão genérica e a específica:

Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.<sup>28</sup>

Complementa trazendo que diversos administrativistas, como Meirelles e Medauar, são favoráveis à responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas.

Acrescenta ainda que também a jurisprudência caminha no mesmo sentido, citando casos específicos de assassinatos de presidiários dentro de presídios e de acidentes com alunos da rede pública nas próprias escolas, sendo que, nesse último caso, cita o julgamento ocorrido no Recurso Extraordinário 109.615/RJ, da relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual o Estado foi responsabilizado por sua conduta omissiva ao deixar de solicitar atendimento médico a aluno de escola pública atingido gravemente em seu olho por outro aluno. No caso, trouxe o douto relator que estavam presentes a consumação do dano, a omissão administrativa, o nexo causal entre a conduta omissiva e o dano e não havia qualquer causa excludente de responsabilidade.

Afirma categoricamente o autor que, nos casos de danos decorrentes de coisas ou pessoas perigosas de que o Estado tem a guarda, a responsabilidade é objetiva, como ocorre na área estatal abordada no presente trabalho, que é justamente a área de segurança pública.

Cita, como exemplos, os depósitos de explosivos, usinas nucleares, presídios e manicômios judiciais e expõe:

<sup>28</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.



A responsabilidade do Estado em casos tais é, indiscutivelmente, objetiva, porque é o próprio Poder Público que, sem ser o autor direto do dano, cria, por ato seu, a situação propícia para a sua ocorrência. Não seria justo e nem jurídico que apenas alguns sofressem os prejuízos decorrentes da explosão de um paiol de munições ou da evasão de presidiários que, ao fugirem, praticam atos de violência contra pessoas e coisas nas proximidades do presídio. Tendo em vista que estes estabelecimentos são instituídos em proveito de todos, é natural que os danos deles decorrentes sejam também, por todos suportados.<sup>29</sup>

Contudo, ressalta que:

Obviamente, cessará a responsabilidade do Estado se o dano sofrido pelo particular não mais estiver relacionado com a situação perigosa criada pelo Poder Público, como no caso de vierem os evadidos a causar danos em locais distantes do presídio – a fonte do risco.<sup>30</sup>

Nesse sentido, cita um caso em que o Supremo afastou a responsabilidade do Estado, haja vista que os evadidos cometeram ilícitos 21 meses após a evasão (RE 130.764/PR)

Quanto aos danos decorrentes de fenômenos da natureza e fato de terceiro, como assaltos em via pública, danos decorrentes de enchentes, deslizamento de encostas, demonstra que a responsabilidade para esses casos é a da culpa administrativa ou culpa anônima (*faute du service*), pois em tais situações não haveria um agente estatal causador do dano, sendo tais fatos estranhos à atividade administrativa, não havendo o necessário nexo de causalidade.

Contudo, pensa-se que não seria o caso de não se aplicar a responsabilidade objetiva por se tratar de culpa anônima, mas sim de não se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva porque tais elementos são excludentes da responsabilidade administrativa.

E assim conclui o insigne doutrinador sobre a responsabilidade civil extracontratual estatal:

Por todo o exposto, é de se concluir que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano.

<sup>29</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.231.

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.242-3.

Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados – fatos de terceiros e fenômenos da Natureza -, determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.<sup>31</sup>

Nota-se que o autor ainda possui uma percepção tímida da responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas, contudo quando destaca os conceitos e a aplicação de omissão específica e a omissão genérica, ponto mais forte da doutrina que adota para os casos omissivos, pretende sim defender a responsabilidade objetiva para condutas omissivas do Estado.

Também existem civilistas que ainda defendem a responsabilidade subjetiva do Estado em casos omissivos, como o faz Stoco ao tratar da matéria em seu Tratado de Responsabilidade Civil, lecionando que:

A nós parece que, em qualquer hipótese, se o *non facere* do funcionário foi a causa eficiente do dano, responde a Administração. Convergimos, contudo, num ponto: a omissão traduz o que se chama de *faute du service*, quando o Poder Público devia agir e não agiu; agiu mal ou tardiamente.<sup>32</sup>

Ressalte-se que, Stoco, mesmo depois do advento do Código Civil de 2002, não mudou seu posicionamento:

Embora o art. 43 do atual Código Civil tenha se apartado da teoria abraçada no art. 15 do revogado Código de 1916, pois esta adotava a responsabilidade subjetiva do Estado e aquele preceito do Código atual - na linha do princípio estabelecido pela Constituição Federal - tenha acolhido a responsabilidade objetiva do Estado, a situação não muda, segundo nos parece.

Dúvida não resta de que, por força da evolução doutrinária e a adoção da teoria do risco administrativo mitigado, a responsabilidade do Estado e das demais pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos é, como regra, objetiva, desde que o dano decorra da atuação de um dos seus agentes.

Contudo, nos atos omissivos, pelas razões expostas por Celso Antônio e o saudoso Hely Lopes Meirelles, essa responsabilidade depende da apuração de culpa, ou seja, a negligência da Administração.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2007, p.246.

<sup>32</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.836.

<sup>33</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.963.

Já Tepedino diferente pensar traz no seu Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, pois para o insigne civilista:

Após 1988, escreveu-se que, não sendo dado ao intérprete restringir onde o legislador (mormente o constituinte) não restringiu, não há por que se afastar a responsabilidade do Estado por suas omissões, sendo certo, contudo, que se deve evitar o caminho da *panresponsabilização* estatal – a qual, diga-se, não se verificará quando o aplicador trilhar o caminho do risco administrativo nos termos da previsão constitucional, ou seja, atentando-se para as possíveis excludentes, como o caso fortuito que venha a romper o nexo de causalidade.<sup>34</sup>

Cahali não define claramente se aplica a responsabilidade objetiva ou subjetiva nos casos omissivos de responsabilidade estatal, contudo, demonstra que só o caso a caso é que poderá definir a aplicação de uma ou outra. Assim, traz o insigne autor em sua obra consagrada:

Notoriamente elástico o conceito de exigibilidade do ato estatal, no caso, a carga de subjetivismo que caracteriza a sua identificação é que terá induzido alguns autores ao exame das hipóteses da perspectiva da responsabilidade subjetiva do Estado, com perquirição necessária do elemento “culpa”.

[...]

Portanto, o dever jurídico descumprido de executar a obra ou de prestar o serviço devido, colocado como causa primária da responsabilidade do Estado, é circunstancial, a ser examinado em cada caso concreto, ponto a respeito do qual, aliás, inexistente divergência entre os doutrinadores.

[...]

Mas a frequência com que a atuação estatal tem sido inquinada de omissa ou deficiente na execução ou manutenção de obras públicas ou na prestação de serviços, e que seriam dever jurídico cujo cumprimento seria razoavelmente exigível, permite certa catalogação, para que o respectivo tratamento seja unificado.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. I, p.115.

<sup>35</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.222.

### 1.1.3 Administrativista

A doutrina administrativista, dentre os renomados autores, encontra em Celso Antônio Bandeira de Mello o seu maior expoente, haja vista que o entendimento da matéria trazido pelo insigne autor serve de base para a grande maioria das demais obras do ramo.

Obviamente, outros doutrinadores também contribuíram expressivamente para a construção dogmática do tema responsabilidade civil do Estado, contudo Bandeira de Mello, certamente, é o mais conhecido e citado pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Não é por nada, que os entendimentos diversos têm como ponto de partida as lições do autor mencionado.

Assim, tomando por base as lições de Bandeira de Mello, conceitua-se a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como sendo “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.”<sup>36</sup>

Diferente pensar não possui a não menos insigne Di Pietro, que conceitua a responsabilidade civil do Estado como uma “obrigação de reparar danos causados a terceiro em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos e ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”<sup>37</sup>

Repare que, diferentemente do Direito Civil, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado também pode ocorrer de ato lícito e não só de atos ilícitos, como de regra.

Justamente no tocante a atos lícitos praticados pelo Estado que Bandeira de Mello justifica a atuação estatal diferenciando os casos em que haveria a responsabilidade e casos em que ela não estaria configurada, diferenciando os casos de responsabilidade daqueles em que há “sacrifício do direito”.

Desta forma, leciona que há casos “em que o Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem,”<sup>38</sup> nestes não há que se falar em responsabilidade do Estado, pois nesses casos existe indenização predefinida aos particulares, um exemplo seria a desapropriação.

Outro ponto que merece destaque na obra de Bandeira de Mello faz-se presente na distinção que realiza entre a responsabilidade estatal e a do particular, trazendo que por ter o Estado que

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.961.

<sup>37</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 2006, p.618.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.964.

operar diversas obrigações perante os seus súditos, não pode se eximir de suas funções, tendo em vista sua própria missão e para que não se ofenda o Estado de Direito, sendo que a responsabilidade estatal possui características próprias, haja vista sua própria posição jurídica diferenciada.

Os administrados, na verdade, não têm como se esquivar da atuação estatal, que visando sempre ao interesse público, da coletividade, pode atingir interesses particulares, por isso é que a escala dos danos que podem ser causados pelo Estado é macroscópica.<sup>39</sup> Opostamente, quando se fala em relações particulares, mais previsível a ocorrência de dano e assim mais fácil evitá-lo, leciona o mestre.

Assim, a proteção jurídica, quando o Estado faz-se presente, deve ser maior e diferenciada. E é justamente nessa idéia que a repartição dos prejuízos surge, uma vez que o Estado age em prol da coletividade, sendo que esta, já que recebe os benefícios da atuação estatal, também deve arcar com o possível ônus gerado pelo comportamento da Administração, implicando, inexoravelmente, a aplicação do princípio da igualdade.

Daí surge a evolução das teorias da responsabilidade do Estado, alargando cada vez mais as situações de interesses privados em que a responsabilidade estatal deve ser aplicada.

Segundo Carvalho Filho<sup>40</sup> as teorias da responsabilidade do Estado evoluíram da seguinte forma.

Em um primeiro momento, preponderou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que segundo o autor acima mencionado deu-se da seguinte forma: “Na metade do século XIX, a idéia que prevaleceu no mundo ocidental era a de que o Estado não tinha qualquer responsabilidade pelos atos praticados pelos seus agentes”.

Tratava-se do postulado “The king can do not wrong”. Tal teoria desapareceu e hoje, ordenamento algum no mundo jurídico a aceita, pois reconhecido está o dever de indenizar os administrados por atos que os lesionem. Historicamente, foram os Estados Unidos da América e a Inglaterra, respectivamente, em 1946 e 1947, os últimos países a abandonarem a teoria da irresponsabilidade.

Passou então a predominar a teoria da responsabilidade com culpa, pois que em um primeiro período de responsabilidade foi admitida a responsabilidade civilista para dirimir os casos de danos causados pela Administração, ou seja, dependia-se de uma conduta culposa do agente estatal, contudo, distinguiam-se os atos de império e os atos de gestão.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.965.

<sup>40</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.474.

Desta forma, praticados atos de império, não haveria responsabilidade, uma vez que a conduta seria coercitiva oriunda do poder soberano do Estado; já, se fossem praticados atos de gestão, haveria responsabilidade, pois tais atos são praticados em semelhança aos atos privados. Esta diferenciação causou confusões, haja vista a dificuldade que se tinha em diferenciar atos de gestão e atos de império, fato que levou ao abandono da teoria.

Evoluiu-se, então, para as teorias denominadas publicistas, embrionárias na França, tendo o marco inicial no conhecido caso Blanco, em 1873, em que o Estado foi responsável pelo atropelamento de uma menina sem que se conhecesse o agente que teria praticado a conduta.

Segundo a teoria publicista da culpa administrativa, na qual não seria mais necessário apontar o agente causador do dano, bastava demonstrar a culpa anônima ou falha do serviço (*faute du service*), que ocorria de três modos: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço.

Assim, nessa teoria o lesado deveria comprovar a culpa não do agente, mas da falta do serviço.

Ao tratar da presente teoria, Di Pietro lecionou que:

Distinguia-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa anônima do serviço público; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal; incide, então, a responsabilidade do Estado.

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

Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado.<sup>41</sup>

Nesse ponto, necessário se faz destacar, novamente, a lição de Bandeira de Mello, uma vez que tal ensinamento é utilizado pelo autor para afastar a responsabilidade objetiva do Estado nas condutas omissivas, ponto central do presente trabalho.

Assim, preleciona o insigne autor que a concepção da *faute du service* francesa não é sinônimo de responsabilidade objetiva; é sim responsabilidade subjetiva, contudo sem individualização; tal confusão pode ter ocorrido pela tradução errônea da palavra "*faute*" que significa culpa e não ausência.

<sup>41</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. 2006, p.621.

Outro fator que pode ter colaborado para a confusão foi o de que na teoria da *faute du service* pode haver presunção de culpa do Estado, elemento muito próximo da ausência de culpa, uma vez que, cabe ao Estado o ônus de provar o contrário.

Nesse toar, assim trouxe o mestre:

Inúmeros casos de responsabilidade por *faute du service* necessariamente haverá de ser admitida 'presunção de culpa', pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade (às vezes intransponível) de demonstrar-se que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, isto é, com negligência, imperícia ou imprudência, vale dizer, culposamente. Em face da presunção de culpa, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese da culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.<sup>42</sup>

Como não poderia ser diferente, a teoria da culpa administrativa também perdeu espaço, haja vista a permanente dificuldade dos administrados em comprovar, mesmo sendo anônima, a culpa do serviço e assim começou a prevalecer a teoria da responsabilidade objetiva, na qual não mais seria necessário demonstrar a culpa, bastando demonstrar a conduta e o dano e o respectivo nexo causal entre os dois.

O fundamento para aplicação da responsabilidade objetiva foi justamente a teoria do risco administrativo, pois cediço que o Estado possui um poderio maior que o administrado, que sempre encontrava grandes obstáculos para tentar demonstrar a culpa do Estado.

Assim, por ser o Estado mais poderoso, deveria arcar com o risco de suas inúmeras atividades. O princípio da repartição dos encargos também foi utilizado para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, se com sua atividade, todos são beneficiados, quando ocorresse um dano oriundo desta atividade, todos também deveriam arcar com o ônus, sendo que se pode concluir um nítido interesse social na composição do dano estatal.

Ainda dissertando sobre a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, Bandeira de Mello trouxe como fundamentos para a reparação do dano dois princípios amplamente conhecidos: o da legalidade e o da igualdade.

---

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.975.

Destaca o autor, nesse aspecto que “no caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade”.<sup>43</sup>

Já para comportamentos lícitos, o dever de reparar é a contrapartida do princípio da igualdade (noção básica do Estado de Direito), pois visa a “garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos.”<sup>44</sup>

Outro ponto que deve ser destacado é quanto ao sujeito autor da lesão estatal. Explica Bandeira de Mello que “não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade.”<sup>45</sup> Essas pessoas são todas aquelas que desempenham um mister público.

Ressalve-se que não importa saber se o agente tinha poderes para determinado ato ou não, ou seja, tinha competência para o ato, importa que, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se hipótese de responsabilidade estatal. Enfim, são agentes públicos, quem desfrute de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação com o serviço público, bem ou mal desempenhado.

É de se destacar também, dentro do capítulo estudado, o que Bandeira de Mello denominou “caracteres da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade”, trazendo três situações distintas: conduta comissiva do Estado; conduta omissiva; e danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.<sup>46</sup>

Na conduta positiva/comissiva do Estado há responsabilidade objetiva, pois a própria noção de Estado de Direito postula esta solução, em que o Estado deve ser responsável, sendo que os princípios da legalidade e da igualdade devem ser conjugados.

Desta feita, pode existir conduta comissiva do Estado por comportamentos lícitos, que por sua vez, se subdividem, segundo o renomado autor,<sup>47</sup> em atos jurídicos “por exemplo, a determinação de fechamento legítimo e definitivo do perímetro central da cidade a veículos automotores, por razão de tranqüilidade, salubridade e desimpedimento do trânsito, que acarreta para os proprietári-

<sup>43</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.975.

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.975.

<sup>45</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.976.

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.977.

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.980.



os de edifícios-garagem, devidamente licenciados, indiscutível dano patrimonial anormal”; e em atos materiais “por exemplo, o nivelamento de uma rua, procedido com todas as cautelas e recursos técnicos, que, entretanto, pelas características físicas e ambientais, implica ficarem algumas casas em nível mais elevado ou rebaixado em relação ao leito da rua, causando séria desvalorização daqueles imóveis.”

A conduta comissiva do Estado pode surgir também por comportamentos ilícitos, com a seguinte subdivisão:

a) atos jurídicos, “por exemplo, a decisão de apreender, fora do procedimento ou hipóteses legais, a edição de jornal ou revista”;

b) atos materiais “por exemplo, o espancamento de um prisioneiro, causando-lhe lesões definitivas.”

Já na conduta omissiva do Estado, Bandeira de Mello, defende a existência da responsabilidade subjetiva, a partir da concepção de que o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente, ou seja, baseado na *faute du service*.

E assim discorre:

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade 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).<sup>48</sup>

Justifica também que nos casos omissivos a responsabilidade deve ser subjetiva pelo fato de que “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 fato que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.”<sup>49</sup>

E é justamente nesse ponto que insere a questão do Estado como segurador universal, explanando que:

Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.981.

<sup>49</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.982.

causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre argüir que o 'serviço não funcionou'. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal!<sup>50</sup>

Bandeira de Mello, ainda defendendo a responsabilidade subjetiva para as condutas omissivas do Estado, traz outro argumento que é justamente o da culpa presumida que não pode ser confundida com a responsabilidade objetiva, doutrinando que:

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

Com efeito, nos casos de 'falta do serviço' é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria.

[...]

Razoável, portanto, que nestas hipóteses ocorra inversão do ônus da prova.<sup>51</sup>

Por fim, traz ainda, como característica da conduta lesiva ensejadora de responsabilidade, os denominados "danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória", que se consubstanciam na noção de que não é o Estado que pratica a ação danosa, contudo é ele que realiza a ação da qual o dano depende; é o Poder Público que propicia o dano por ato próprio; nesses casos, é como se o próprio Estado agisse e, portanto, a responsabilidade é objetiva. Ex. assassinato de um presidiário por outro, pois são pessoas presumidamente perigosas; explosão de depósito militar de explosivo, atividade potencialmente danosa.

Aqui, mesmo Bandeira de Mello, que defende e influencia a doutrina e a jurisprudência nacionais, entende que a responsabilidade por omissão estatal é objetiva, com fundamento no princípio da igualdade, da solidariedade, pois é a própria sociedade que

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.983.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.982-3.

não pode viver sem um presídio, por exemplo, e assim os danos devem ser repartidos por todos que dos serviços aproveitam.

Dessa forma, pode-se concluir que, em diversos casos envolvendo a segurança pública, o Estado proporciona diretamente a situação que causa o dano e assim deve ser responsabilizado objetivamente.

Di Pietro<sup>52</sup> e Carvalho Filho<sup>53</sup> prelecionam que nas condutas omissivas deve o ente público responder subjetivamente, não fazendo qualquer ressalva, como fez Bandeira de Mello. Respectivamente, assim trazem os insignes administrativistas:

Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu da atuação do agente público, mas de omissão do poder público (cf. acórdãos *in RTJ 70/704, RDA 38/328, RTJ 47/378*).

Todavia, quando a conduta estatal for omissa, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará *quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa*. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.

Conclui-se, portanto, que, apesar de a doutrina majoritária do Direito Administrativo pregar que nas omissões do Estado a responsabilidade pelos danos causados deve ser subjetiva, até mesmo a maior influência doutrinária (Bandeira de Mello) possui lição defendendo que nos casos de danos dependentes de situação produzida por situação diretamente propiciada pelo Estado, este responde objetivamente. Tais casos, na grande maioria, envolvem exemplos ligados ao dever de segurança pública, corroborando para o fim primordial deste trabalho.

<sup>52</sup> PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. 2006, p.625.

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2007, p.489.

## 2 A responsabilidade civil do Estado por omissão na área de segurança pública

### 2.1 Caracterização da responsabilidade objetiva

Após toda esta construção argumentativa, faz-se necessário posicionar especificamente a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão na área de segurança pública, o mote primordial do presente estudo.

Como foi demonstrado, a legislação é uníssona em tratar a responsabilidade civil do Poder Público como objetiva: a Constituição em seu artigo 37, parágrafo 6º e o Código Civil no artigo 43. Contudo, doutrina e jurisprudência divergem quando o assunto é classificar tal responsabilidade em objetiva e subjetiva quando a Administração Pública se omite.

Desta forma, sem o propósito de realizar uma fórmula para caracterizar os casos omissivos estatais como de responsabilidade objetiva, até porque o Direito é uma área do conhecimento que não permite fórmulas prontas e acabadas, há que se encontrar uma caracterização mínima para que a responsabilidade estatal possa ser analisada de forma a se concluir que a conduta omissiva não necessita da comprovação do elemento culpa.

Assim, primeiramente, imprescindíveis três elementos básicos para qualquer espécie de responsabilidade: a conduta, no caso, negativa, omissiva; o dano e o nexo de causalidade. Ausente quaisquer destes elementos, não é possível dar o próximo passo, bem como, se presente algumas das excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a conduta exclusiva da vítima.

A dificuldade nos casos omissivos começa já pelo primeiro elemento acima citado, ou seja, a conduta. Dessa forma, a idéia de omissão estatal para ser concreta deve estar vinculada a um dever do Estado de garantir a não ocorrência do dano. Este dever estatal encontra-se justamente no ordenamento jurídico em sentido amplo, ou seja, não apenas nas leis formais, mas também nos princípios e valores. No presente estudo, o dever de segurança pública encontra-se inculcado no artigo 144 da Constituição.

Quanto ao segundo elemento, o dano, seja ele material ou moral, não há muitas considerações a fazer, haja vista que é elemento comum em qualquer tipo de responsabilidade civil, até porque suas características e conseqüências, dentre elas o valor da indenização, não é objeto do presente trabalho.

O nexo de causalidade, como trazido alhures, sem dúvida alguma, é o elemento mais importante da responsabilidade, sendo que no caso omissivo é ainda mais relevante, haja vista que a carac-

terização da responsabilidade subjetiva ou objetiva dependerá, primordialmente, da análise deste elemento.

O parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal talvez seja um bom ponto de partida para analisar a omissão estatal e o dever jurídico do Estado, que assim dispõe: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.” O dever de agir é pressuposto da omissão e é justamente esta obrigação que deve estar configurada na conduta omissiva para que o Estado possa ser responsabilizado objetivamente.

Também, ainda no campo penal, destaca-se, no artigo 13 do Código Penal o parágrafo 1º, que reza: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

Trata-se das excludentes e concausas, fator determinante no presente trabalho, haja vista que, como trazido por Pinto:

O estudo das causas de exclusão total ou parcial do dever de indenizar diz respeito diretamente às hipóteses de responsabilidade civil por omissão. Não que tais causas estejam ausentes nos casos de responsabilidade por ato comissivo, mas estarão sempre potencialmente presentes nas hipóteses de omissão. E não é difícil entender a lógica da afirmativa. É que quando se imputa ao Estado um comportamento omissivo gerador de um dano, certamente o que causou o dano do ponto de vista naturalístico não foi diretamente a conduta do agente público, mas um ato de terceiro, da própria vítima ou um fato da natureza. O evento não se produz jamais pela omissão em si, mas pelas forças naturais que operam paralelamente a ela. Será então preciso avaliar se a omissão do Estado é juridicamente relevante.<sup>54</sup>

Assim, partindo da idéia de omissão juridicamente relevante, para que esteja configurado o dever estatal de evitar o dano, deve ser realizada a seguinte questão, após a verificação que não há qualquer excludente de responsabilidade: a conduta omissiva do Estado encontra-se dentre seus deveres de evitar o resultado? Se a resposta for afirmativa a responsabilidade é objetiva. Lembrando que, se presente uma concausa, o fato só é relevante para quantificar o valor indenizatório.

Contudo, deve se ponderar a diferença realizada por Cavalieri Filho que distinguiu a omissão genérica da específica, que poderia ser trazida para esta parte do estudo como dever jurídico genérico e dever específico.

<sup>54</sup> PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.139.

Dai, outra indagação: então, quais seriam esses deveres estatais específicos?

Não há uma fórmula para a enumeração destes deveres, sendo que o estudo caso a caso deverá ser considerado para que se defina a responsabilidade objetiva ou subjetiva.

O artigo 5º da Constituição Federal é repleto de deveres estatais, sendo que, para o presente trabalho, mais específico é o artigo 144, pois lá se encontra o dever jurídico específico do Estado de evitar danos oriundos da omissão na área de segurança pública: "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".

Segundo Bastos e Martins, "a segurança pública hospeda, no País, a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Cabe, pois, ao Estado e aos cidadãos tal tarefa, embora a responsabilidade principal seja do Estado."<sup>55</sup>

Conclui-se, então, que o dever de segurança pública é específico, e a omissão estatal, nesse campo, pode gerar um dano cuja responsabilidade será objetiva.

## 2.2 Jurisprudência

Como dito alhures, é a jurisprudência que baliza a aplicação da responsabilidade civil extracontratual do Estado, haja vista que a legislação existente, apesar de ditar a regra geral, não disciplina de forma específica o tema, fazendo com que a jurisprudência, no intuito de pacificá-lo, crie um panorama repleto de incertezas, mas que, contudo, vem se aproximando cada vez mais da regra geral: a responsabilidade objetiva também nas condutas omissivas.

Tudo em prol de uma prestação jurisdicional com mais eficácia e com segurança jurídica para aqueles que do Poder Judiciário necessitem, uma vez que não pode haver desigualdade em situações que se identificam, ou seja, os jurisdicionados que sofrem o mesmo dano causado pela omissão administrativa não podem ver seus processos tomarem rumos tão distintos nos quais em um deles o Estado é condenado e no outro não.

### 2.2.1 No Superior Tribunal de Justiça

A pesquisa jurisprudencial realizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça revela que este Tribunal, cuja missão é a pacificação da interpretação da legislação federal, demonstra a adoção,

<sup>55</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 5, p.222.

ainda, da responsabilidade subjetiva do Estado para atos omissivos; no máximo, verifica-se a aplicação da teoria da *faute du service*, que, como sabido, também baseia-se na culpa, que, contudo, é presumida.

Os julgados analisados sobre o tema específico da segurança pública, mais especificamente sobre as chamadas “balas perdidas”, demonstram que o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da *faute du service*. Tal fato pode ser facilmente percebido pela leitura do voto do eminente Ministro Francisco Falcão, relator dos recursos especiais 893.441/RJ<sup>56</sup> (também do Rio de Janeiro) e 819.789/RS,<sup>57</sup> ambos tratando de indenizações pela omissão do Estado no tocante à segurança pública, cujos danos foram lesão ou morte de administrados vítimas de “balas perdidas”.

Destaca-se também que o entendimento no STJ é realizado a partir do Código Civil, artigo 43, ou seja, já com a leitura que se faz da novel legislação, que, com menor amplitude, acompanhou, como não poderia ser diferente, o preceito constitucional insculpido no artigo 37, § 6º, CF.

O Ministro Francisco Falcão no REsp 893.441/RJ, em consubstancioso voto, colaciona: doutrina administrativa de Meirelles e Bandeira de Melo; doutrina civilista de Cavalieri Filho e Stoco; e ainda julgados do Supremo Tribunal Federal, concluindo que a teoria que deve ser aplicada é mesmo a da *faute du service*.

Em outra ocasião, mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça, agora tratando de responsabilidade do Estado por omissão quanto à fiscalização da Administração Pública no tocante ao excesso de entulho à margem de rodovia que veio a cair sobre residência próxima, aplicou a teoria da culpa anônima. Desta vez, o voto exarado pela Ministra Eliana Calmon, também conclui pela aplicação da teoria da falha do serviço, não obstante reconhecer a divergência doutrinária sobre o tema, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO – QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA.

1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto.

<sup>56</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 893.441/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 08/03/2007.

<sup>57</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 819.789/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 25/05/2006.

2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima.

3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto.

4. Recurso especial improvido.<sup>58</sup>

No dispositivo, a eminente Ministra não deixa dúvida quanto à aplicação da teoria da falta do serviço:

Portanto, tendo em vista as considerações acima e o fato de que restou consignado no acórdão do Tribunal de origem que a autora não se desincumbiu de provar a culpa do Estado, consubstanciada na falta do serviço, falha do serviço ou culpa no serviço, deve ser mantido o aresto recorrido.<sup>59</sup>

Em recentíssimo julgado, cujo acórdão ainda não foi publicado, mas que, contudo, já se encontra disponível o voto-vencedor do Ministro Teori Zavascki,<sup>60</sup> a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por maioria, que não haveria nexo causal entre a disparo dado por menor foragido há uma semana de estabelecimento destinado a cumprimento de medida sócio-educativa e a morte decorrente desta “bala perdida”, seguindo a já comentada jurisprudência do STF, quanto à imediação temporal, que, no caso, não ocorreu, haja vista que o dano aconteceu uma semana após a fuga do menor.

Não obstante esta conclusão, ressalta-se o brilhante voto-vencedor do Ministro Luiz Fux que analisou aspectos como a dignidade da pessoa humana, finalizando seu entendimento com a aplicação da teoria da falha do serviço.

Conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça adota a teoria da *faute du service* quanto à responsabilização do Estado por omissão na área de segurança pública, como não deixa dúvida a análise dos julgados acima pesquisados.

Constata-se também que os acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, grande maioria dos casos de omissão estatal na área de segurança pública, são reformados pelo Superior

<sup>58</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.

<sup>59</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.

<sup>60</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858.511/DF. Rel. para acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/12/2007.



Tribunal de Justiça, justamente por não acatar a responsabilidade objetiva quando ocorre a omissão do Estado.

## 2.2.2 No Supremo Tribunal Federal

A partir dos estudos demonstrados acima, pode-se afirmar que a responsabilidade civil extracontratual do Estado encontra-se presente nas constituições brasileiras desde 1946. Contudo, é de se notar que apenas a partir de 1988 os acórdãos que concluem pela aplicação da responsabilidade objetiva do Estado em casos omissivos na área de segurança pública apresentam-se mais numerosos, dados, que segundo Pinto<sup>61</sup> “são indicativos de uma tendência de modificação no quadro da jurisprudência nos próximos anos, com previsível enfraquecimento da corrente subjetivista.”

O marco da aplicação da responsabilidade objetiva em omissões do Estado ocorre no julgamento do RE 109.615/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, em que um aluno desferiu uma pedrada em outro, cegando-lhe de um olho. A ementa pela didática e limpidez merece ser colacionada:

INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

- A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> PINTO, Helena Elias. 2008, p.161.

<sup>62</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 109.615/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 02/08/1996.

Nota-se que, não só pela ementa, mas principalmente, pela leitura do voto, que o Ministro Celso de Melo adota a responsabilidade objetiva do Estado pela omissão quanto à proteção do aluno da rede pública, sem qualquer rodeio, afastando também, a defesa mais típica do Estado nesses casos que é justamente a excludente do nexo causal do fato de terceiro, no caso o colega de classe da vítima.

Ressalte-se ainda a importância deste julgado para a doutrina e jurisprudência nacionais, haja vista que é tido como o paradigma de responsabilidade objetiva em casos omissivos do Estado, citado por diversos outros acórdãos dos diversos tribunais brasileiros.

Um caso comum na jurisprudência do STF, especificamente quanto à segurança pública, é a questão da responsabilidade do Estado pelos danos causados por presos foragidos a terceiros. Nesses casos, levou-se em consideração a imediação temporal para se avaliar se houve ou não nexo de causalidade entre a fuga do preso e o dano ao terceiro, fato que demonstra mais uma vez a importância da análise do nexo de causalidade, bem como da teoria da causalidade imediata, anteriormente explicitada, para se configurar a responsabilidade estatal, ainda mais em casos de omissão.

Em um caso de fuga de detento, também oriundo do Estado do Rio de Janeiro, onde a segurança pública demonstra-se, como mostrado pela mídia, bastante ineficaz, o Supremo Tribunal Federal responsabilizou objetivamente o Estado pelo assassinato de desafeto do presidiário foragido, tendo em vista a omissão do Estado quanto à guarda do preso, ou seja, matéria eminentemente de segurança pública.

Trata-se do RE 136.247/RJ, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, que ao fundamentar seu brilhante voto, destaca, mais uma vez, um ponto que é bastante comum da razão de decidir dos acórdãos semelhantes a este, qual seja, a imediação temporal entre a fuga e os danos praticados pelos presidiários, sendo que, nesse caso, o homicídio ocorreu em seguida à fuga, levando o eminente julgador a fixar a existência do nexo causal entre a conduta omissiva e a lesão.

A ementa deste julgado asseverou:

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso – atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 136.247/RJ. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, **Diário da Justiça**. 18/08/2000.

Em outro julgamento, o Supremo, novamente analisando a questão da imediação temporal, entre a fuga presos e o dano ocasionado, confirma o posicionamento acima trazido, pois no caso os presos durante a fuga abalroaram veículo particular, causando danos materiais ao seu proprietário. Ressalta-se a lúcida passagem do voto do Ministro Ilmar Galvão:

Não se tratando, no caso, de dano causado nas condições indicadas nos dois precedentes, mas durante o próprio ato da fuga, torna-se manifesta a presença do nexos causal e, em consequência, a responsabilidade civil do Estado, que tem por objetivo o dever de reparar o dano patrimonial sofrido pelo recorrido.<sup>64</sup>

Relembre-se que, nestas situações, como colocado alhures, até mesmo Bandeira de Mello,<sup>65</sup> a maior influência doutrinária sobre o tema, possui lição defendendo que, nos casos de danos dependentes de situação produzida por situação diretamente propiciada pelo Estado, este responde objetivamente.

Pensamento que se encaixa perfeitamente às situações narradas, pois havendo a imediação temporal, existirá uma situação propiciada diretamente pela omissão do Estado, que se perfaz na fuga do presidiário que ocasiona o dano, devendo aquele responder objetivamente.

Mais recentemente, o Ministro Celso de Melo, asseverou que na omissão estatal a responsabilidade não pode ser outra, se não a objetiva. Este entendimento foi dado na Suspensão de Tutela Antecipada 223, na qual a responsabilidade objetiva do Estado por omissão na área de segurança pública ficou caracterizada, tendo em vista que o requerente teria ficado tetraplégico em virtude de disparo de arma de fogo após assalto em via pública.

O acórdão ainda não se encontra publicado, contudo no Informativo número 502 do Supremo Tribunal Federal a notícia foi trazida com o seguinte texto:

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se

<sup>64</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 163.147/SP. Rel. Ministro Ilmar Galvão, **Diário da Justiça**, 13/02/1998.

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p.985-88.

demitir das conseqüências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade. Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>66</sup>

Neste caso, mais uma vez percebe-se que a decisão pela aplicação da responsabilidade objetiva advém da contumaz ausência do Estado na área de segurança pública, situação que proporciona diretamente a ação que gera o dano.

Não obstante os julgados acima citados, há também, dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, aqueles que adotam a teoria da *faute du service*, quando o dano é causado por omissão do Estado, acarretando a responsabilidade subjetiva, sendo a culpa presumida.

Dentre outros, pode-se destacar o entendimento exarado no RE 382.054/RJ, mais uma vez do Estado do Rio de Janeiro, no qual o Ministro Carlos Velloso, grande defensor da responsabilidade subjetiva nos casos omissivos, assevera na própria ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º.

I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa

<sup>66</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na STA 223/PE. Rel. para acórdão Ministro Celso de Mello, julgamento em 14/04/2008, **Informativo**, nº 502/STF.

de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

II. – A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.

III. – Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso.

IV. – RE conhecido e provido.<sup>67</sup>

Dessa forma, tudo indica que ainda há uma confusão do próprio Excelso Pretório quanto à classificação da responsabilidade civil do Estado na omissão, uma vez que, ora os julgados possuem como fundamento a teoria da *faute du service*, ora na teoria do risco administrativo e, portanto, na responsabilidade objetiva.

Contudo, podemos concluir, utilizando-se da vasta e completa pesquisa de Pinto, cuja pesquisa lhe rendeu o título de doutora pela Universidade Gama Filho e também a publicação de obra doutrinária, da qual se extrai os seguintes trechos conclusivos sobre a jurisprudência do STF:

A partir da análise do conjunto de acórdãos que constitui o universo da pesquisa, é possível constatar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido as insuficiências da doutrina tradicional, já desveladas pela parte da doutrina que defende a unificação do tratamento da responsabilidade por ação e por omissão.

[...]

Ao menos quatro fatores são indicativos de que a responsabilidade objetiva deverá prevalecer na jurisprudência da Suprema Corte nos próximos anos.

O primeiro indicativo decorre da análise do gráfico 1. Salta aos olhos a força com que a corrente objetivista desponta a partir da Constituição de 1988, projetando uma expectativa de crescimento de sua presença na jurisprudência nas próximas décadas.

O segundo fator decorre da própria releitura do tema propiciada pela revogação da norma em que se fundamentava a doutrina subjetivista – o art. 15 do Código Civil de 1916.

[...]

O terceiro fator é decorrência da renovação da composição do Supremo Tribunal Federal.

<sup>67</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 382.054/RJ. Rel. Ministro Carlos Velloso, *Diário da Justiça*. 01/10/2004.

[...]

Por fim, um quarto fator pode ser identificado no próprio contexto da produção doutrinária em que se insere o direito administrativo na contemporaneidade, em diálogo com o direito constitucional e o direito civil.<sup>68</sup>

Destarte, fica demonstrado que todos os caminhos, doutrina, legislação e jurisprudência, levam à seguinte conclusão: a responsabilidade objetiva do Estado, principalmente na área de segurança pública, haja vista a omissão estatal contumaz em prover este dever, vem prevalecendo e, dentro em breve, não haverá mais espaço para divergências, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

### **3 Outros fatores determinantes quanto à necessidade de unificação da responsabilidade civil extracontratual do Estado como objetiva**

#### **3.1 Constitucionalização do direito civil e interpretação sistemática**

A Constituição Federal como a “lei das leis” deve ocupar sempre o lugar máximo quando se pretende analisar qualquer instituto jurídico, ou seja, deve ser aplicado o princípio da supremacia da Constituição.

No caso específico da responsabilidade do Estado, há preceito explícito na Lei Maior, que, aliás, como já dito dezenas de vezes, determina a objetivação da responsabilidade do Poder Público.

Assim sendo, cabem aos outros ramos jurídicos adaptarem-se aos preceitos constitucionais, e, foi assim que fez o Código Civil, em seu artigo 43, pois, certamente, buscou na Constituição os princípios da solidariedade e da igualdade para defender o administrado das operações danosas do Poder Público.

Nesse aspecto, bem colocou Stolze, prelecionando que:

Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> PINTO, Helena Elias. 2008, p.228-33.

<sup>69</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, vol. I, p.48.

## Princípios, que no pensar de Luís Roberto Barroso:

Espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte disso, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.<sup>70</sup>

Nesse contexto, surge a necessidade de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que deságua na responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão como sendo objetiva, haja vista que, os ramos do Direito envolvidos são uníssonos em determinar, ao menos na legislação, pela unidade da responsabilidade objetiva.

A interpretação sistemática torna-se a mais adequada, tendo-se em vista que, como colocado durante toda a pesquisa, Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Civil, apesar de entendimentos não unânimes, formam a base para explicar a responsabilidade estatal.

Mas, o que seria exatamente a interpretação sistemática? Diniz conceitua esta modalidade, como sendo a interpretação que:

Considera o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras concernentes ao mesmo objeto, pois por uma norma pode-se desvendar o sentido de outra. Isto é assim porque o sistema jurídico não se compõe de um só sistema de normas, mas de vários, que constituem um conjunto harmônico e interdependente, embora cada qual esteja fixado em seu lugar próprio.<sup>71</sup>

Destarte, necessário também que, a partir da interpretação sistemática, as normas integrem-se formando um sistema perfeito, sem antinomias, e assim acontece com a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão, haja vista que, seja na Constituição, seja no Código Civil, ambos trazem a mesma idéia, construindo uma sólida e eficaz interdisciplinaridade jurídica.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *in*: **A nova Interpretação Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.29-30.

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. 2003, p.65.

Ademais, a máxima da hermenêutica jurídica deve ser aplicada: havendo dúvida sobre a aplicação de determinado direito, deve o intérprete ampliá-lo, dando maior proteção ao bem protegido.

### **3.2 Salvaguarda dos direitos fundamentais e princípio da dignidade da pessoa humana**

Em continuidade e para respaldar o entendimento trazido no capítulo anterior, necessário faz-se pontuar e equacionar alguns pontos sobre o tema estudado.

Primeiramente, cabe a pergunta: a segurança pública seria um direito fundamental? A resposta é afirmativa, pois está contida no artigo 5º da Constituição Federal de 1998, e, principalmente, encontra-se no artigo 144, que, explicitamente, prevê a segurança pública como dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, além de estar presente também no artigo 6º da Constituição Federal de 1998.

Assim sendo, perfeitamente possível tratá-lo como direito fundamental, protegido pelo Estado como cláusula pétrea, tamanha sua importância na vida social.

Indo um pouco além, pode-se afirmar que responsabilizar o Estado nos casos omissivos na área de segurança pública objetivamente é resguardar a dignidade da pessoa humana, que pode ser assim colocada:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.<sup>72</sup>

E para que a dignidade da pessoa humana seja defendida, inafastável também uma melhor justiça social com ampliação do acesso à justiça, como traz Giordani ao tratar da necessidade de unificação da responsabilidade estatal em objetiva:

Verifica-se, assim a necessidade premente de simplificar o direito em matéria de responsabilidade civil, mediante uma exegese em favor da responsabilidade objetiva, visando seu convívio com a responsabilidade civil subjetiva que, sem dúvida, não deve ser excluída do sistema legal, porém, por outro lado, não pode mais, diante da realidade contemporânea e dos anseios de

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. 2006, p.38



uma melhor justiça social, partindo da ampliação do acesso à justiça, continuar tendo a representatividade de um sistema prevalente em relação à responsabilidade objetiva, bem mais adequada à solução dos conflitos de interesses dos novos tempos. Tal postura, que estaria em atraso de mais de um século desde a concepção das idéias pertinentes à instituição da responsabilidade civil objetiva em prol de um melhor acesso à justiça, representaria uma grande contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional, o que tornaria a justiça mais acessível, principalmente aos desfavorecidos, contribuindo para o Estado democrático de direito.<sup>73</sup>

Nota-se assim que a aplicação constitucional da responsabilidade objetiva do Estado nos casos omissivos não se encontra disciplinada apenas no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também na exegese de diversos outros artigos e preceitos insculpidos na Lei Maior.

### **3.3 Princípios da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica**

Inegável que o princípio da legalidade deve ser exaltado quando se busca a reparação de dano ocasionado pela omissão estatal no seu dever de prestar segurança aos cidadãos, pleiteando a responsabilidade objetiva do Estado. A Lei Maior assim previu; o Código Civil da mesma forma.

Ressalte-se ainda que a Administração Pública, diferentemente dos particulares, nada pode fazer senão em virtude da lei. Assim, quando esta é violada, caracterizada a sua responsabilidade e conseqüentemente a necessidade de ressarcir aquele que sofreu a lesão.

Ademais, também não pode se esquecer do princípio da igualdade, pois sendo o Estado o provedor de serviços públicos, dentre eles, a segurança pública, serviço este prestado a todos, deve ele, quando houver falha neste serviço, indenizar aquele que foi lesado, a partir de uma verdadeira socialização do risco, pois qualquer um poderia ter sofrido uma lesão, sendo que, todos, na pessoa do Estado, devem contribuir para que o dano seja reparado.

Além disso, não se pretende com a defesa de que a responsabilidade estatal por atos omissivos deva ser objetiva, que o Estado torne-se o segurador universal, mas sim que nos casos em que, presentes os elementos configuradores da responsabilidade objetiva, esta seja aplicada.

<sup>73</sup> GIORDANI, José Acir Lessa. **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.70.

O que se pretende é prevalência da segurança jurídica do jurisdicionado, pois, caso venha a necessitar do Poder Judiciário em demanda contra o Estado por dano oriundo por conduta omissiva, este sujeito tenha a certeza de que sua lesão será reparada, pois indesejável que, quando alguém procure defender seus interesses, receie que a demanda não surtirá efeito, pois as decisões para o mesmo tipo de lide podem tomar rumos totalmente diversos.

## Conclusão

A responsabilidade civil do Estado passou por diversas transformações teórico-doutrinárias, legais e jurisprudenciais no decorrer das últimas décadas.

No campo doutrinário encontra-se a maior resistência à aplicação da responsabilidade objetiva por omissão do Estado, contudo a doutrina do Direito Administrativo, que é a mais dividida, dirige-se também para a aplicação da responsabilidade objetiva, sobretudo, quando a situação envolve a segurança pública, nesse tocante, até mesmo Bandeira de Mello, um dos mais fervorosos defensores da responsabilidade subjetiva, sob o viés da culpa anônima, a partir de casos relacionados com o dever de segurança do Estado, queda pela objetivação da responsabilidade nos casos em que a Administração Pública propicia diretamente a situação que causa o dano.

Os civilistas também vêm aderindo à responsabilidade objetiva do Estado para as condutas comissivas ou omissivas, principalmente, após o advento do Código Civil de 2002, modelado pelos princípios da eticidade e da solidariedade, com o objetivo de alcançar a máxima proteção do indivíduo. Dentre eles, destaca-se Cavalieri Filho, que, com a sua completa obra sobre o tema, também defende a responsabilidade objetiva nos casos de omissão específica do Estado, que, nas devidas proporções, muito se aproxima da tese de Bandeira de Mello, quando trata dos danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória.

Os constitucionalistas pesquisados sequer adentram na divergência instaurada entre responsabilidade por omissão ou comissão, tratando ambas de forma objetiva.

Quanto à legislação, destaca-se que, desde a vigência da Constituição Federal de 1946, a responsabilidade objetiva é a regra única, não havendo qualquer distinção na questão da conduta, se omissiva ou comissiva.

O Código Civil, por questões legislativas, ou melhor, pela demora de sua aprovação, proporcionou décadas de atraso da legis-

lação civilista, haja vista que o Código Civil de 1916 possuía outro entendimento sobre o Direito Civil, arraigado no individualismo e no subjetivismo, princípios diametralmente opostos à solidariedade trazida pelo novo Código Civil e também à aplicação de uma responsabilidade predominantemente objetiva neste novel Codex.

A jurisprudência, principal balizadora da responsabilidade civil do Estado por omissão na área de segurança pública, ainda é bastante divergente, causando perplexidade nos administrados e nos aplicadores do Direito, uma vez que não há segurança jurídica quando uma ação é proposta para pleitear indenização do Estado, pois mesmo o Supremo Tribunal Federal adota correntes diferentes em seus julgados, ora pela aplicação da responsabilidade objetiva, ora pela culpa anônima.

Contudo, há que se concluir que a tendência é a aplicação da responsabilidade objetiva, sobretudo nos casos de segurança pública.

Ademais, não bastassem esses fatores para concluir que na omissão do Estado no seu dever de segurança a responsabilidade deve ser objetiva, outros elementos proporcionam tal conclusão, que são: a proteção do direito fundamental à segurança; o princípio da igualdade, haja vista que os serviços públicos são prestados à toda coletividade, assim, uma vez falho, toda a sociedade, na pessoa do Estado, deve arcar com o dano; e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, conclui-se que a unificação da responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão como objetiva, especialmente na área de segurança pública, deve prevalecer, seja a partir da interdisciplinaridade entre o Código Civil e a Constituição Federal, advinda de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, seja pela tendência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, e ainda com fundamento em outros fatores como a máxima proteção jurídica, a dignidade da pessoa humana, os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da legalidade, ou ainda pelo simples fato de se pensar na segurança pública como dever do Estado e direito fundamental do administrado.

## Referências

- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 262.651/SP. Rel. Ministro Carlos Velloso, **Diário da Justiça**, 24/11/2004.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 109.615/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, **Diário da Justiça**, 02/08/1996.

- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 136.247/RJ. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, **Diário da Justiça**, 18/08/2000.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 163.147/SP. Rel. Ministro Ilmar Galvão, **Diário da Justiça**, 13/02/1998.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na STA 223/PE. Rel. para acórdão Ministro Celso de Mello, julgamento em 14/04/2008, **Informativo nº 502/STF**.
- BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. RE 382.054/RJ. Rel. Ministro Carlos Velloso, **Diário da Justiça**, 01/10/2004.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 893.441/RJ. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 08/03/2007.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 819.789/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, **Diário da Justiça**, 25/05/2006.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 721.439/RJ. Rel. Ministra Eliana Calmon, **Diário da Justiça**, 31/08/2007.
- BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. REsp 858.511/DF. Rel. para acórdão Ministro Teori Zavascki, julgado em 04/12/2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teórico e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) **in A nova Interpretação Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007..
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10.ed. 4 tiragem revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. vol. II.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. I.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. vol. I.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 106, 17 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>>. Acesso em: 18 jun. 2008.

- GIORDANI, José Acir Lessa. **A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9.ed. revista e atualizada, São Paulo: RT, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Cleyson de Moraes. **Responsabilidade civil e a interpretação pelos Tribunais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Feder**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SAAD, Renan Miguel. **O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado - Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1994.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, He-loísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. I.