

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertoncini; Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-586-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Salvador, nos dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros, reunidos em 63 grupos de trabalho na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, ambientado na histórica, culturalmente diversa, luminosa e acolhedora cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia.

Os participantes do GT 51, de Direito Administrativo e Gestão Pública, coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (UNICURITIBA) e Sérgio Urquhart de Cademartori (UNILASALLE), assistiram as apresentações de 12 trabalhos científicos, seguidas de amplo e democrático debate, com a participação de todos os presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de pesquisas desenvolvidas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A relação de textos apresentados e respectivos autores é a seguinte: (1) “Legalidade, discricionariedade e boa-fé: a revisão de insalubridade do executivo federal”, de Anália Tâmara Câmara Santos Lemos e Fabiano André de Souza Mendonça; (2) “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para temporários e comissionados: dever da Administração Pública ou descumprimento da Constituição Federal?”, de Renata Pinto Coelho Vello; (3) “Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: existe de fato uma liberdade decisória do gestor público insindicável pela tutela jurisdicional?”, de Kate de Oliveira Moura Surini e Leonardo Medeiros Junior; (4) “Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público”, de Raiano Tavares de Oliveira; (5) “Responsabilização do Estado em razão dos atos praticados por multidões”, de Fernanda Resende Severino e Bruno Martins Teixeira; (6) “A Teoria Neoinstitucionalista do processo e o controle processual da discricionariedade administrativa: conjecturas e proposições”, de Marcos Paulo Andrade Bianchini; (7) “Administração Pública, jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo: a construção normativa do STF na Súmula Vinculante n. 13 e a salvaguarda dos princípios da moralidade e impessoalidade

administrativa”, de Vinicius Filipin; (8) “O direito de regresso na responsabilidade civil extracontratual do estado”, de Ana Paula Marques de Souza e Ana Paula Pimentel Araújo; (9) “A responsabilização empresarial na Lei Anticorrupção à luz do princípio do non bis in idem”, de Eduardo Martins de Lima e Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve; (10) “As relações entre Estado e empresas no Brasil na perspectiva do regime jurídico de licitações: burocracia e formalismo no interesse da atividade empresarial”, de Francisco Cardozo Oliveira e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; (11) “Repercussões da reforma do Poder Judiciário sobre a Administração Pública federal”, de Diogo Lopes Cavalcante e Higor Oliveira Fagundes; e (12) “Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades”, de Giovani da Silva Corralo e Danubia Desordi.

Discricionariedade, agentes públicos, improbidade administrativa, concurso público, responsabilidade do Estado, controle, nepotismo, Lei Anticorrupção, princípios da Administração Pública, licitações, relações público-privadas firmadas pelo Estado e mediação na Administração Pública foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, disciplina jurídica que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de análises filosóficas, sociológicas, antropológicas, pragmáticas, dialéticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO EM RAZÃO DOS ATOS PRATICADOS POR MULTIDÕES

ACCONUNTABILITY OF THE STATE FOR THE COMMITTED BY CROWDS

Fernanda Resende Severino ¹
Bruno Martins Teixeira

Resumo

Tendo em vista a tutela administrativa e a supremacia do interesse público sobre o particular, torna-se necessário responsabilizar o Estado por alguns atos. A finalidade deste estudo é analisar a possibilidade de responsabilizar o Estado, como garantidor da ordem pública, nos atos praticados por multidões. Adota- Teoria do Risco Administrativo, e em seguida, à possibilidade de excepcionalmente trazer ao Estado a responsabilidade por aqueles danos causados por terceiros, cuja base é a omissão estatal. Estudar-se-á a Teoria da Culpa Anônima do Serviço. Utilizou-se de pesquisa teórico-bibliográfica; o método descritivo analítico instruiu a análise de leis e doutrinas pertinentes.

Palavras-chave: Responsabilidade extracontratual, Pressupostos, Teorias, Atos de multidões

Abstract/Resumen/Résumé

In view of administrative tutelage and supremacy of public interest in the particular, it becomes necessary to hold State accountable for some acts. The study's purpose is to analyze possibility of holding State accountable, as a guarantor of public order, in acts carried out by crowds. Part of the Administrative Risk Theory, and then the possibility of exceptionally bring to the State the responsibility for those damages caused by third parties, whose base is state omission. Theory of Guilt of Anonymous Service will be studied. Theoretical-bibliographic research was used; analytical descriptive method instructed analysis of relevant laws and doctrines.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liability extracontractual, Assumptions, Theories, Acts of crowds

¹ Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itáúna.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possível responsabilidade por omissão do Estado decorrente dos atos de multidões, os quais geram danos e prejuízos a particulares, ocorridos em manifestações, por exemplo. Os objetivos específicos consistem em expor a Teoria aplicada pela Constituição da República nos casos de responsabilização do Estado; analisar se é possível responsabilizar o Estado Democrático de Direito pelos danos decorrentes dos atos de multidões; bem como observar os aspectos e a teoria relacionada à omissão do Estado nestes casos.

O tema problema envolve, especialmente, a decisão do Poder Judiciário em responsabilizar o Estado pelos danos causados pela prática de atos de terceiros, principalmente grupos ou multidões, tendo em vista a omissão de zelo e cuidado. Nesse sentido, é importante indagar se o Estado pode ser responsabilizado extracontratualmente nos casos de omissão.

A justificativa pela escolha do tema está na importância do Estado Democrático de Direito em agir com presteza, cuidado, e principalmente de modo eficaz na proteção da sociedade. Vez que os cidadãos não podem ser prejudicados por uma omissão, ou ação tardia, ou, até mesmo, uma ação ineficaz, ruim do Estado.

Com relação à metodologia no presente estudo, será realizada uma pesquisa bibliográfica, bem como documental. As fontes bibliográficas contribuem significativamente com o tema problema; e as documentais trazem informações úteis e complementam a discussão a respeito do tema.

O procedimento metodológico utilizado será o dedutivo, embasando-se em doutrinas com referência nacional, e na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Para tanto, será feito o estudo doutrinário e jurisprudencial tanto da Teoria adotada pela CRFB de 1988 – Teoria do Risco Administrativo -; bem como da Teoria que poderá ser aplicada quando o Estado for omisso perante atos de vandalismos decorrentes das multidões – Teoria da Culpa Anônima do Serviço.

A depender da posição do Estado desempenhada diante de um caso concreto, haverá a possibilidade da aplicação de uma, de outra teoria, ou de até mesmo não responsabilização. A primeira está diretamente ligada à objetividade da ação, sem qualquer análise de dolo ou de culpa; Já a segunda, à subjetividade, a qual depende de demonstração de dolo ou culpa do Estado para que haja qualquer reparação, configurando, assim, excepcionalidade no Direito Administrativo.

Deste modo, de início, é possível assegurar que caso haja alguma responsabilização do Estado pelos atos de multidões, ela será analisada subjetivamente.

A responsabilidade extracontratual do Estado é considerada uma resposta dada a um acontecimento, o qual pode ser lícito ou ilícito, gerador de algum dano a alguém. E, tal fato é praticado por um agente público, ou ainda, decorrente de sua omissão.

Assim, o instituto da responsabilidade possui dois pressupostos essenciais: ocorrência de um fato e imputabilidade a alguém.

A responsabilidade extracontratual está relacionada às atividades estatais, independentemente de pactuação anterior, e incidirá em razão da Teoria adotada pelo Direito Brasileiro: Teoria do Risco Administrativo.

Ocorre que, em algumas situações, a citada teoria não é aplicada, como é o caso das omissões estatais e os atos praticados por multidões, tendo em vista não ter sido o dano causado por agente público. Assim, conseqüentemente, é razoável indagar se diante de uma omissão do agente público, é possível responsabilizar o Estado, e se este não se torna responsável, podendo-se aplicar, excepcionalmente, a Teoria da Culpa Anônima do Serviço.

2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A responsabilidade extracontratual pode ser considerada como fonte de obrigações do Estado. Refere-se a extracontratual, pois é regida pelo Direito Público, decorrente das atividades estatais, sem qualquer relação contratual ou anteriormente pactuada. Decorre, apenas, do simples fato de administrar.

Objetiva-se reparar, indenizar a produção de um dano considerado, objetivamente, específico e anormal, derivado de algum comportamento – comissivo, omissivo, material ou jurídico - do agente público.

Considerando que o Estado, na prática de atos e fatos no dia a dia, é produtor de danos compartilhados por todas as pessoas, nem sempre ele deverá repará-los. De tal maneira que, caso o dano seja considerado normal, o qual produzirá efeitos restritivos, e até mesmo, prejudiciais, no patrimônio daquelas pessoas indistintamente por ele envolvidas, não haverá a responsabilidade de indenizar tais pessoas.

O Estado ao realizar e implementar políticas públicas inevitavelmente poderá gerar danos aos seus indivíduos integrantes, e somente este dano não é capaz de gerar a

responsabilização extracontratual. Neste caso, há a distribuição de modo equitativo dos encargos e das consequências entre as pessoas. Assim, divisão dos ônus sociais.

Haverá problema quando o dano não for normal, e para atingir o interesse público visado, tornar-se necessária a interferência na esfera subjetiva de uma ou outra pessoa.

O dano anormal é aquele sofrido por apenas uma pessoa ou um pequeno grupo delas em detrimento do interesse público, ou seja, do bem estar de toda a coletividade. Este dano deve ser ressarcido, pois não seria correto somente uma pessoa arcar e sofrer com as consequências decorrentes dos ônus sociais em benefício da sociedade.

Sérgio Cavalieri Filho (2011) ensina

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. É a forma democrática de reparar os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Com efeito, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa. Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria surge como expressão concreta dos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. É a forma democrática de reparar os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Com efeito, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa.

Com isso, percebe-se que a responsabilização tem como fundamento o fim ao qual se destina. E sob a justificativa do interesse público, uma pessoa, sozinha, não pode sofrer os ônus decorrentes de referida prática. E, por isso, é justamente indenizada.

A sanção é uma consequência da responsabilidade, que, no caso em estudo, é a indenização. Importante ressaltar que, o Código Civil vigente preleciona que quem pratica ato ilícito é obrigado a repará-lo.¹

Todavia, quando se trata do Estado Democrático de Direito, não necessariamente haverá a necessidade precípua de que o ato seja ilícito para que surja a obrigação de reparar o

¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

dano. Para tanto, basta a existência do risco gerado pela atividade desenvolvida pelo Estado. Esta é a interpretação do art. 927, também do Código Civil² atual.

A Professora Fernanda Marinela ensina que

Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o Administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade. De outro lado, nas condutas lícitas, como, por exemplo, construir um cemitério ou um presídio, ações estatais com as quais toda a sociedade será beneficiada, mas os administrados do entorno terão sérios prejuízos com a obra, não é justo que, enquanto todos ganham, um administrado tenha considerável prejuízo e arque com o ônus dessa obra. Esse fato viola o princípio da isonomia e, para restabelecer o equilíbrio da relação, o Estado, com o dinheiro público (em tese do povo, que é no caso o beneficiário), deve indenizar os prejuízos sofridos por esse particular. Assim, o princípio da isonomia é grande fundamento da responsabilidade civil na teoria objetiva com condutas lícitas.

A responsabilidade extracontratual do Estado, amparada pela Teoria do Risco Administrativo, tem respaldo na obrigação de reparação do dano causado a terceiro, independentemente da discussão e comprovação de culpa. Logo, o Estado por meio de um ato reparador indenizará aquele que sofrer as consequências da realização de seus atos, os quais foram capazes de lesionar e gerar danos.

A Teoria do Risco Administrativo tem por base a lesão sofrida pela vítima, e não exige a comprovação de culpa por esta no fato ocasionador daquela. O nexo de causalidade entre o ato praticado pelo agente público e a lesão no particular. Todavia, importante considerar que, caso o Estado, por meio de seu pleno exercício de direito, via ação regressiva, realize a cobrança do agente público de eventual indenização paga ao particular, deverá comprovar a culpa, não podendo esta ser presumida.

3 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 - prevê a responsabilidade ora estudada no parágrafo 6º do artigo 37.³ Percebe-se que a Teoria adotada pela norma mandamental constitucional, em regra, é a do Risco Administrativo.

Desta feita, a responsabilidade é objetiva, o que significa dizer que basta a demonstração do nexo causal entre o ato praticado pelo agente público e o dano causado na vítima, para que ocorra a obrigação de indenizar.

Necessário realçar que o agente público deve estar no exercício de suas funções perante o Estado, ou ainda, sob o argumento de que iria exercê-las. Caso o agente público pratique ato causador de dano a terceiro no decorrer de sua vida particular, o Poder Público está isento de qualquer responsabilização; devendo, a vítima, neste caso, recorrer-se ao Direito Civil para pleitear o ressarcimento.

Como justificativa à necessidade de comprovação apenas do nexo entre ato e dano, há a posição de subordinação do administrado perante o Estado. Este possui maiores prerrogativas em relação àquele. Assim, deve assumir um risco maior decorrente de seus próprios poderes e atividades.

Sérgio Cavalieri Filho (2011) afirma configurar “a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro.”

Esta responsabilização encontra limites e atenuantes quando a vítima é responsável parcial ou totalmente pelo dano.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que havendo omissão ou não por parte do Poder Público, presentes os pressupostos, haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do poder público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do poder público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a

³ Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do poder público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. (BRASIL, 2012)

São assim referidos pressupostos, componentes da estrutura da responsabilização: ocorrência do dano, o qual não necessariamente será patrimonial; nexo de causalidade entre o “eventos damni” e o posicionamento do agente público, o qual poderá ser comissivo ou omissivo; oficialidade da atividade estatal imputável ao agente público, independentemente de licitude; e, por fim, que não se faça presente qualquer causa excludente da responsabilidade estatal.

Estes requisitos iniciais são determinantes na análise da ação ou omissão do Poder Público, a qual é lesiva ao patrimônio jurídico ou financeiro, bem como aos direitos da pessoa. A perfeita presença de todos eles faz emergir ao Estado o dever de indenizar, por meio do dano moral ou patrimonial.

A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. [RE 113.587, rel. min. Carlos Velloso, j. 18-2-1992, 2ª T, DJ de 3-3-1992.]

Ocorre que o fato de o Estado estar sujeito à responsabilização de maneira objetiva não significa que deva ser ampla e irrestrita. Deste modo, se o lesado for o único causador do dano, a responsabilidade objetiva é afastada, retirando-se do Estado a obrigação de indenizar. E, ainda, se existirem condutas paralelas tanto do Estado, quanto da vítima, ambos serão responsabilizados. A contribuição para o dano, da própria vítima, mitiga a responsabilidade objetiva do Estado.

4 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL POR ATO DE MULTIDÕES

Os atos de multidões decorrem do direito de manifestar e reivindicar alguma situação política, social, econômica, entre outras. Direito este considerado fundamental, tendo em vista a previsão no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Embora como direito e garantia fundamental, as manifestações não podem ocorrer deliberadamente e sem qualquer limitação. Desta maneira, o Estado tem a obrigação de garantir a ordem pública, bem como o transcurso de tais eventos de forma pacífica e sem qualquer ocorrência de danos ao próprio Estado ou a terceiros.

Ocorre que, nem sempre, tais reivindicações e manifestações são realizadas pacificamente, extrapolando assim o que fora assegurado pelo texto constitucional. Espera-se então que o Estado garanta a ordem pública, bem como proteja os direitos e patrimônios de terceiros.

Yussef Said Cahali ensina que

De resto, há sempre de se ter presente que esse “poder de polícia”, inerente à autoridade administrativa, está necessariamente atrelado ao “dever de fiscalização”, em termos de implicação e polaridade. Em outras palavras, toda atividade ou serviço destinado ao grande público, sujeito à autorização, regulamentação, disciplina, ou permissão do Poder Público, deve merecer por parte dos agentes da Administração a permanente fiscalização na regularidade de sua prestação ou desempenho, sob cominação de responsabilidade pelos danos causados por suas omissões ou desídia. (CAHALI, 2007, p. 395)

A discussão em relação a possibilidade de haver responsabilização por parte do Estado inicia-se com o prejuízo causado a muitos particulares pelos participantes das manifestações.

Em relação aos atos de multidões, importante ressaltar que a teoria do risco administrativo, prevista como regra pela CRFB/88, não é aplicada. Isto ocorre pois, efetivamente, os agentes causadores de danos não são públicos, mas sim terceiros.

Além do mais, não estão presentes os pressupostos de responsabilização do Estado: ato do agente público e dano causado na vítima. Neste caso, não há que se falar em conduta administrativa.

Na verdade, em relação ao tema, não há previsão constitucional. O Direito Brasileiro ainda não se posicionou a respeito. Mas, a doutrina e a jurisprudência já vêm discutindo a questão.

Os atos de multidões ocorrem rapidamente, e em muitas situações, não é possível adotar quaisquer condutas, por parte do Estado, que evitem os danos causados por elas. Nestes casos, então, o Estado não está se omitindo. Logo, não haverá responsabilização.

Diante deste posicionamento, é possível discutir a respeito da obrigação estatal de conceder segurança pública por meio de suas polícias a todas as pessoas, prevista no artigo 144 da CRFB/88.⁴

A segurança pública é dever do Estado, contudo, é, além de direito de todos, responsabilidade. Destarte, a sociedade tem o dever de informar às autoridades responsáveis pela preservação da ordem pública sobre a existência de qualquer risco de ameaça aos cidadãos.

É, assim, prerrogativa constitucional indisponível, podendo ser considerada norma constitucional de eficácia limitada, a qual necessita, desta maneira, de uma atuação positiva por parte do Estado. Políticas públicas devem ser implementadas para que este direito seja garantido e efetivado a todos os seus destinatários.

Virgílio Afonso da Silva, no seu Livro Direitos Fundamentais leciona que

Normas de eficácia limitada, por fim, seriam aquelas normas cuja produção plena de efeitos depende de ação do legislador ou de outros órgãos estatais. Isso não significa, como já ressaltado anteriormente, que essas não tenham nenhuma eficácia. Um mínimo de eficácia, sobretudo em face dos poderes públicos, toda norma constitucional tem. Nesse sentido, no caso das normas programáticas – que são, na classificação de José Afonso da Silva, normas de eficácia limitada -, pode-se dizer, nas palavras do autor, que essas normas “regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo”. (SILVA, 2010 apud SILVA, p.214)

Tais políticas públicas devem ser observadas e cumpridas principalmente pelo Estado. E esta responsabilidade de garantir a ordem pública, bem como de proteger o patrimônio não somente estatal, mas sobretudo dos particulares, decorre da segurança pública.

É impossível o Estado estar em todos os lugares, ao mesmo tempo, atuando ativa e preventivamente. Em razão disso, meios reais devem ser utilizados, capazes de manter a ordem pública; mas, caso isso não ocorra, é necessário o auxílio da sociedade para que esta se reestabeleça.

⁴Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.

A sociedade tem o dever de comunicar às autoridades competentes que algo está saindo do controle. O Poder Público não pode ser responsabilizado por omissões das quais não teve ciência, conhecimento. Neste caso, estaríamos diante de um Estado como segurador universal. O que não é permitido no Direito Brasileiro.

Admitir o Estado como segurador universal seria assegurar que este possui responsabilidade objetiva sempre, independentemente de haver ou não nexos de causalidade entre o ato praticado pelo agente público e o dano do administrado; independentemente da situação. Assim, bastaria o dano experimentado pelo particular, o que geraria ao Poder Público a obrigação de ressarcir-lo.

Pode-se citar como exemplos: a agressão sofrida pelo particular em via pública; forte chuva capaz de destruir moradias; ou enchente dela decorrente; atos de vandalismos. Estes fatos, isoladamente, não geram obrigação ao Estado de por eles responder.

Por isso, não há responsabilização do Estado em relação ao simples fato de multidões destruírem patrimônio privado. Todavia, o cenário é alterado quando o Estado é informado de que a ordem pública está sendo ameaçada, ou ainda, quando se faz presente por meio de seus agentes públicos, e nada faz, omitindo-se com relação à proteção da sociedade e de seus direitos.

Tornam-se relevantes, neste estudo, os atos que podem ser evitados pelo Estado, ou que pelo menos, há possibilidade de amenizar as consequências e os danos causados pelas multidões.

Logo a responsabilidade aqui é decorrente da omissão dos agentes públicos. O que significa dizer que há subjetividade quanto à responsabilidade, na qual se aplica a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público.

O Supremo Tribunal Federal tem o seguinte entendimento:

Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, está numa 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. A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexos de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro. (BRASIL, 2014).

Assim, havendo uma violação ao dever de agir do Estado, viola-se o dever prévio de conduta. O Estado tinha o dever de agir, todavia, ficou-se inerte.

Neste caso, o modo de apurar a responsabilidade é subjetivo, e não apenas objetivo. Assim, considerável demonstrar que houve violação de dever prévio de conduta por parte do agente público. Em razão disto, a culpa é inerente à omissão.

Se o agente público se quedou inerte, não há que se falar em responsabilidade objetiva, mas sim, em subjetiva, vez que tinha o dever de agir, e assim não fez.

Em relação aos exemplos citados anteriormente, podemos nos defrontar com situações em que a autoridade policial seja informada da agressão cometida contra alguma pessoa, ou mesmo presencie tal fato, e nada faça para coibi-lo. Outrossim, podemos nos deparar com situações em que o Poder Público, mesmo ciente de que o período de chuvas se aproxima, não determina a realização da limpeza necessária nos bueiros para escoação da água, nem das galerias pluviais; ou, ainda, diante da depredação do patrimônio particular perpetrada por um grupo de pessoas, as autoridades competentes se mantenham omissas

Nestes casos, haverá sim, culpa do Poder Público que tem a obrigação de garantir a ordem pública e a segurança das pessoas e de seus bens. A responsabilização decorre da realização ineficaz ou tardia, ou ainda, da não realização. O que significa dizer que houve culpa do Estado em razão de sua omissão.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012) entende

A omissão do poder público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros.

José dos Santos Carvalho Filho faz a seguinte exemplificação a respeito desta modalidade de responsabilidade.

Suponha-se, para exemplificar, que se esteja formando um agrupamento com mostras de hostilidade em certo local onde há várias casas comerciais. Se os órgãos de segurança tiverem sido avisados a tempo e ainda não tiverem comparecido os seus agentes, a conduta estatal estará qualificada como omissiva culposa, ensejando, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado, em ordem a reparar os danos causados pelos atos multitudinários. Tal hipótese dos fatos imprevisíveis, contudo, a indenização será proporcional à participação omissiva do Estado no resultado danoso. (CARVALHO FILHO, 2012, p.212)

Extrai-se que o Estado nada fez para impedir o dano. Fazendo-se necessária a comprovação do nexa entre a omissão e o dano, vez que aquela é um nada.

A omissão nada produz materialmente na esfera jurídica, em razão disso há a impossibilidade de afirmar objetivamente que ela gerou a lesão ou prejuízo a outrem.

Além de que, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para se constatar se o Poder Público poderia ou não ter feito algo para evitar o resultado, ou ao menos, reduzir seus danos.

O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, tem o seguinte entendimento.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. SUBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. Hipótese em que, conforme se extrai do acórdão recorrido, ficou demonstrado a existência de nexo causal entre a conduta do Estado e o dano, o que caracteriza o ato ilícito, devendo o autor ser indenizado pelos danos suportados. Rever tal posicionamento requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2013).

Como consequência, há três requisitos para se apurar a responsabilidade neste caso, e que quando analisados diante da situação concreta, são considerados como culpa anônima do Estado; o que significa dizer que é necessário demonstrar que o serviço prestado foi falho ou tardio, ou ainda, que não foi prestado.

Percebe-se, então, que a responsabilidade nos casos de omissão decorre de ato ilícito, de um não fazer ou de um fazer ruim. Em razão disso, a culpa do Poder Público está atrelada à omissão deste.

No exemplo extraído do livro de José dos Santos Carvalho Filho, o Estado será responsabilizado caso fique demonstrada a falha no serviço de segurança, ou seja, uma vez comprovado que os órgãos de segurança foram acionados em tempo hábil para evitar a conduta da multidão, e quedaram-se inertes.

O princípio da reserva do possível é considerado, também, nas situações de omissão do Estado. Desta forma, só é possível exigir do Estado o que coerentemente se puder esperar dele. Diante da coletividade, o Poder Público deve agir de modo proporcional tanto em relação às necessidades, quanto em relação às possibilidades. E, caso este tenha se omitido em razão da

impossibilidade de fazer algo ou de realizar alguma providência, não haverá responsabilização. Há o dever de atuar dentro dos limites e possibilidades da situação concreta.

Citado princípio está relacionado com a razoabilidade de fazer algo. O Estado, no exercício de suas atividades, deve atuar de forma racional e em consonância com as necessidades básicas das pessoas. Assim, deve atuar de modo a garantir, com segurança, que o maior número de administrados sejam atingidos por seus atos e proteção.

Os três requisitos relacionados à culpa anônima do Estado são: a) serviço não funcionou; b) serviço funcionou tardiamente; c) serviço funcionou mal. Diante destes requisitos, é possível concluir que o objetivo desta teoria não é identificar, ao menos punir, o agente responsável pela omissão, mas sim o serviço ausente ou inadequado.

O serviço prestado pelo Estado deve ser efetivo e eficaz. Desta maneira, quando embora devidamente à disposição da sociedade, todavia, sem qualquer produção ativa de qualidade e eficiência, pode ser considerado então como não prestado.

Com relação àquele serviço prestado tardiamente ou ainda sem o devido funcionamento, há uma deficiência decorre da obrigação principal do Estado. Esta omissão do Estado também interfere diretamente no âmago dos princípios norteadores da Administração Pública.

O Princípio da Eficiência previsto expressamente na CRFB, no artigo 37, consiste, dentre vários liames, em obter os melhores resultados possíveis dentro do âmbito de atuação. Embora tenha como objetivo também menor gasto, o Estado deve sempre buscar garantir o interesse público e satisfazer as necessidades coletivas.

Ao não prestar o serviço, prestá-lo tardia ou de maneira ruim, o Estado não somente ofende princípios significativos da Administração, mas, sobretudo, assume a responsabilidade perante o particular de todos aqueles danos que sofrer em decorrência daquela omissão.

A vítima, então, deve demonstrar que o seu bem juridicamente protegido foi ofendido pelo serviço prestado insatisfatória, incompetente ou tardiamente, ou ainda, que não foi realizado. Com tal comprovação, é possível deixar claro que houve culpa do serviço, e conseqüentemente, há obrigação do Estado em reparar a ofensa ocasionada.

A jurisprudência dos tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do poder público nas hipóteses em que o *eventus damni* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. Servidora pública gestante, que, no desempenho

de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). Filho recém-nascido acometido da "Síndrome de West", apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do poder público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (BRASIL, 2004)

Presentes tais requisitos, o Poder Público, para que não seja responsabilizado, deverá demonstrar que não há culpa em sua omissão. E, também, que utilizou-se de meios adequados e necessários para evitar o dano aos particulares; especificamente em relação ao presente estudo, que se utilizou de todos os meios necessários e eficazes para evitar os atos praticados por multidões, entretanto que, mesmo diante de todas as maneiras, o dano foi causado.

Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo – liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços – incide a responsabilidade objetiva. (BRASIL, 1996)

São considerados atos omissivos aqueles que deveriam ter sido realizados pelo Poder Público por decorrência legal. Assim, não há que se falar em omissão em relação a ato não previsto para tanto: é o dever legal de agir.

Os danos causados por omissão do Estado decorrem da ilicitude de algum ato, que deveria ter sido realizado, mas não foi.

5 CONCLUSÃO

Conforme se extrai do presente estudo, a responsabilização do Estado é analisada de maneira objetiva, em regra, quando seus atos, exercidos por agentes públicos na respectiva função, causam danos a particulares. Aliás, não haveria de ser diferente, uma vez que o Estado possui inúmeros poderes e prerrogativas para exercer suas funções típicas.

Diante do exercício de tais funções, é possível que adentre na espera privada ou patrimonial de outrem, causando-lhe dano, mesmo sem qualquer vontade para tanto. Esta é a justificativa da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado.

Contudo, não é somente no exercício de suas funções que o Poder Público lesiona a esfera de algum administrado. É possível a omissão daquele perante a sociedade ou algum grupo determinado de pessoas, em relação a atos previstos em lei, relacionados ao dever de agir.

Nestes casos de omissão, há como consequência a previsão da responsabilização do Estado de modo subjetivo. Torna-se necessário, então, demonstração de dolo ou de culpa.

São situações nas quais o Estado está na posição de garante, e como consequência tem o dever legal de proteger a integridade das pessoas, bem como de seus respectivos bens.

Se quando houver o dever de agir, e o Estado se omitir, quando avisado ou procurado, a culpa anônima estará presente. O que significa dizer que constada a falha, ou a realização tardia, ou até mesmo a inexistência do serviço estatal, também haverá possibilidade de responsabilização do Estado.

Esta é a solução quando se realiza a análise da reação estatal frente aos atos de multidões que ocasionam danos a particulares. Se, perante a situação concreta de atos de vandalismo e de destruição de bens particulares, o Estado for comunicado em tempo hábil a prestar assistência e segurança ou, ainda, presenciar estas práticas deverá realizar alguma providência para saná-las ou para evitar a ocorrência de um maior dano.

Entretanto, caso não atenda ao chamado ou nada faça, estará se omitindo, e gerando para si o dever de reparar os danos experimentados pelos particulares. É como se houvesse uma concordância do Poder Público com os agentes que praticam os atos ilícitos.

Há a obrigação de prestar assistência prévia e de defender os administrados, de modo a evitar ou amenizar a atuação destruidora e depredadora das multidões.

O caminho a ser seguido ao analisar as lesões decorrentes de atos de multidões é o seguinte: verificando-se que o Poder Público nada fez, não pode ser o autor do dano, o responsável, inicialmente, por ele mas, ao analisar suas práticas para prevenção, segurança, e impedimento dos resultados ou até mesmo maiores danos, poderá ser responsabilizado. Mas, assim, só será no caso da existência ilícita da omissão.

Conforme analisado, a Teoria da Culpa Anônima do Serviço preceitua que quando o serviço não funcionar, funcionar mal, ou ainda, funcionar tardiamente, o Estado é responsabilizado subjetivamente, tendo em vista a análise destes elementos específicos.

Em relação aos atos praticados por multidões, a Culpa Anônima do Serviço deverá ser analisada, tendo em vista que conseqüentemente só haverá responsabilização do Estado, no caso da inércia intencional deste perante tais atos, os quais se tornaram ilícitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 mar. 2018.

BRASIL. Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Acesso em: 24 mar. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada; Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; **Manual De Direito Administrativo**; 25. Ed. Editora Atlas: São Paulo, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf. Acesso em: 29 mar. 2018

MARINELA, Fernanda. **A Responsabilidade do Estado**. Disponível em: <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2017/05/CADERNODEAULAINSENSIVOIIAULA07RESPONSABILIDADE.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2010.