



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAIS GERAIS  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO INTERINSTITUCIONAL –  
MINTER - FAP

Luís José Tenório Britto

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO PELA OMISSÃO AO  
DIREITO DIFUSO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Belo Horizonte

2018

Luís José Tenório Britto

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO PELA OMISSÃO AO  
DIREITO DIFUSO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Área de Concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2018

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B862r	<p>Britto, Luís José Tenório A responsabilidade civil objetiva do Estado pela omissão ao direito difuso de segurança pública / Luís José Tenório Britto. Belo Horizonte, 2018. 128 f.</p> <p>Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Responsabilidade civil. 2. Direitos sociais. 3. Segurança pública. 4. Eficácia e validade do direito. 5. Direito subjetivo. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
<p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 35.077</p>	

Ficha catalográfica elaborada por Rosane Alves Martins da Silva – CRB 6/2971

Luís José Tenório Britto

**A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO PELA OMISSÃO AO  
DIREITO DIFUSO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Privado

---

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC MINAS (Orientador)

---

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães – PUC MINAS (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. VINICIUS PINHEIRO MARQUES– PUC MINAS (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 10 de julho de 2018.

[...] na primeira noite eles se aproximam e roubam uma flor do nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem: pisam nas flores, matam nosso cão, e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a luz e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E já não podemos dizer nada. Nos dias que correm a ninguém é dado repousar a cabeça alheia ao terror. Os humildes baixam a cerviz: e nós, que não temos pacto algum com os senhores do mundo, por temor nos calamos [...]

No Caminho, com Maiakóvski.

Eduardo Alves da Costa

- Oi mãe!
  - Diga meu filho.
  - Quem são os responsáveis pela educação dos filhos?
  - Os pais, responde pensativa.
  - Até quando?
  - Você pode ter barba no rosto, mas nunca vai deixar de ser minha criança.
  - Então mãe, paga meu Mestrado.
- Dois anos depois...
- Oi mãe!
  - Diga meu filho.
  - Fiz o dever de casa (a dissertação). Senta do meu lado e corrige pra mim?

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a DEUS, senhor JESUS CRISTO, “pois tudo posso naquele que me fortalece”.

Agradeço a minha querida amiga e professora, Adília Maria Tenório Britto, minha mãe.

Mãe! Se tudo tem seu tempo determinado, e tempo para todo o propósito debaixo do céu, eu nasci, estou plantando, edificando, ainda chorando, mas também rindo. Tento espalhar pedras, mas não como empecilho, como oportunidades, juntando-as sempre e, mesmo afastado solícito e necessito de teu abraço. Passo a vida buscando com medo de perder. O quê? Guarda-me, cala-me e faz-me falar, gritar se possível: “te amo”. Mesmo nessa guerra do dia a dia, teu nome implícito por traz do nome de mãe é uma alento, é paz. Hoje começo a colher o que plantei, tirando proveito do árduo trabalho, mas sempre pedindo ao tempo um tempinho a mais para sempre o que já foi poder ser: um eterno aprendiz de teu juízo e poder de pedir permissão para poder espalhar não o um mais um, mas o que pode ser e estar como professor.

Agradeço a meu pai, Esio Tenório Britto, fonte de sabedoria, honestidade e respeito, formador dos três paus de dá em doido, Catingueira, Brauna e Aroeira, seus filhos. Viver eternamente é viver uma vida que vale a pena a ser lembrada. A sua, meu querido pai, lhe eterniza.

Agradeço a meus filhos a espera do brincar, até mesmo dos conselhos. Foram dois anos com aquele: façam silêncio que papai está estudando e escrevendo. Não se compra tempo e nem o recupera, mas podemos sempre começar tudo de novo e sem aquele sentimento de culpa.

Agradeço a minha esposa que gentilmente tomou conta de tudo, ou melhor, toma conta de tudo. Amar com extravagância é necessário para saber que perdoar é o maior poder do mundo.

Agradeço a meu orientador, Adriano Stanley Rocha Souza, verdadeiro transformador social.

Agradeço a Direção, a Coordenação, ao Apoio Acadêmico, e aos docentes de Direito da Faculdade Paraíso, nas pessoas de João Luís Alexandre Fiusa, Cáris de Sá Barreto Fiusa Calou, Giacomo Tenório Farias, Ana Marilaque

Dum de Sá Barreto e Pedro Jorge Monteiro Brito, pela oportunidade, confiança e  
presteza.

## **RESUMO**

Instituído um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, firmou-se uma ordem jurídica de um atuar conforme o direito a este ente, criando nos cidadãos a expectativa de que as prestações positivas, os serviços postos, serão prestados espontaneamente pelo sujeito de dever de forma eficiente, atual, regular, contínua e segura. A omissão constitucional aos direitos fundamentais sociais prestacionais bateu a porta do guardião dos demais direitos: ao direito de segurança pública, comprometendo o próprio poder político, deixando o cidadão um prisioneiro da sua própria insegurança. Os dispositivos constitucionais que firmam os deveres estatais a este direito fundamental possuem eficácia plena, afastando a mera programaticidade e suscitam de proteção através de institutos coletivos e individuais subjetivando sua judicialização, demandando o Estado através do Poder Judiciário para a devida prestação e a reparação advinda de dano de forma objetiva, firmando a eficácia jurídica e social da norma constitucional para lhe dar efetividade, afastando a máxima de que o Estado se converteria em um “segurador universal”.

**Palavras Chave:** Responsabilidade civil. Direito social de Segurança Pública. Eficácia jurídica. Direito Subjetivo. Judicialização.

## **ABSTRACT**

Having established a Democratic State to ensure the exercise of social and individual rights, a legal order was established to act in accordance with the right to this body, creating in the citizens the expectation that positive benefits, the services provided, will be provided spontaneously by the subject of duty in an efficient, current, regular, continuous and safe manner. The constitutional omission of fundamental social rights has hit the door of the guardian of other rights: the right of public security, compromising political power itself, leaving the citizen a prisoner of his own insecurity. The constitutional provisions that affirm the State's duties to this fundamental right have full effectiveness, moving away from mere programmatic and elicit protection through collective and individual institutes subjectifying their judicialization, demanding the State through the Judiciary for the proper provision and reparation arising from objectively, by establishing the legal and social effectiveness of the constitutional rule to give it effectiveness, ruling out the maxim that the State would become a "universal insurer."

**Keywords:** Civil responsibility. Social Law of Public Security. Legal effectiveness. Subjective Law. Judiciary.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 A INTERDISCIPLINARIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS .....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 Conceito e função jurídica da responsabilidade .....</b>	<b>11</b>
<b>2.2 Elementos constitutivos da responsabilidade.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2.1 Conduta.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2.2 Dano.....</b>	<b>15</b>
<b>2.2.3 Nexo de causalidade .....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.3.1 Teoria da equivalência das condições (antecedentes) – conditio sine qua non. ....</b>	<b>18</b>
<b>2.2.3.2 Teoria da causalidade adequada .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.3.3 Teoria da causalidade direta ou imediata .....</b>	<b>20</b>
<b>2.2.3.4 Teoria adotada pelo código civil brasileiro.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3 Classificação / espécies de responsabilidade frente à conduta .....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.1 Quando ao seu fato gerador: responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual ou aquiliana. ....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.1.1 Responsabilidade civil contratual .....</b>	<b>23</b>
<b>2.3.1.2 Responsabilidade civil extracontratual.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.2 Quanto ao seu fundamento: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.2.1 Responsabilidade subjetiva.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3.2.2 Responsabilidade objetiva.....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.3 Quanto ao agente: responsabilidade direta e responsabilidade indireta ...</b>	<b>31</b>
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1 Evolução da responsabilidade civil do Estado brasileiro.....</b>	<b>35</b>
<b>3.2 A faute du service. ....</b>	<b>39</b>
<b>3.3 Teoria (ou princípio) da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos ou da igualdade dos ônus e encargos sociais.....</b>	<b>43</b>
<b>3.4 A responsabilidade dos órgãos públicos sob a perspectiva do código de defesa do consumidor.....</b>	<b>47</b>
<b>3.5 A responsabilidade dos órgãos públicos sob a perspectiva do Código Civil de 2002.....</b>	<b>50</b>
<b>4 DIREITO DE SEGURANÇA PÚBLICA E SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA .....</b>	<b>56</b>
<b>4.1 Os direitos fundamentais sociais prestacionais e sua eficácia jurídica ...</b>	<b>57</b>
<b>4.2 Direito difuso de segurança e dever de segurança do Estado.....</b>	<b>69</b>
<b>4.3 Serviço de segurança pública.....</b>	<b>76</b>
<b>5 DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO A REPARAÇÃO POR DANOS CAUSADOS PELA OMISSÃO ESTATAL AO DIREITO DE SEGURANÇA PÚBLICA.....</b>	<b>84</b>
<b>5.1 A eficácia sócio jurídica da norma constitucional de direito fundamental social prestacional a segurança pública e sua à omissão. ....</b>	<b>92</b>
<b>5.1.1 A Eficácia sócio jurídica da norma constitucional de direito fundamental social prestacional a segurança pública. ....</b>	<b>92</b>

5.1.2 A omissão do direito fundamental social prestacional a segurança pública e a reserva do possível.....	96
<b>5.2 Instrumentos a eficácia constitucional .....</b>	<b>102</b>
5.2.1 Estado de coisas <i>inconstitucional</i> .....	105
5.2.2 Enunciado 502 do STF e a ADPF 347 / DF, responsabilidade objetiva do Estado frente à omissão genérica ao direito de segurança pública. ....	110
5.2.2.1 Enunciado 502 do Supremo Tribunal Federal .....	111
5.2.2.2 Ação de descumprimento de preceito fundamental 347/DF .....	115
5.3 Projeto de lei ao art. 245 da Constituição Federal .....	118
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>121</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>125</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A construção e constituição do Estado foram e têm sua razão de ser para atender às necessidades dos administrados firmadas sob as bases da paz social e do bem comum.

O Estado brasileiro firmado sob fundamentos, objetivos e princípios delineados constitucionalmente, tendo como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana, estabeleceu um ordenamento jurídico de deveres positivos e negativos, exigindo um atuar conforme, explicitando a pretensão adjetiva de Estado Democrático de Direito, legitimando o exercício do regime e do poder limitados pelo direito.

Na consecução da almejada paz social e bem comum, as finalidades estatais explicitam nos textos da magna carta a preponderância de direitos individuais e sociais, tutelando os bens terrenos mais importantes, a vida, a liberdade e a segurança, obrigando o Estado a prestar determinados serviços, dentre eles o da segurança pública.

Como guardião dos direitos fundamentais, o direito à segurança pública vem sendo negligenciado. O desrespeito à ordem jurídica constituída, não é apenas daqueles que através de conduta típica, ilícita e culpável atentam contra a norma, mas advém do próprio Estado que não cumpre seus objetivos constitucionais, negando efetividade, visto programaticidade às normas explícitas dos direitos fundamentais sociais, instituindo-se, pela falta destas políticas prestacionais, a desordem e insegurança.

A atividade ou inatividade desconforme estatal implica na necessidade do uso de instrumentos a eficácia das normas constitucionais e, gerando a conduta comissiva ou omissiva danos estabelece um regime jurídico de responsabilidade, urgindo o sistema estabelecer os fundamentos da reparabilidade.

Estabelecer que tipo de normas expressa o dispositivo que consagra o direito de segurança pública, verificando sua eficácia jurídica e social, sua efetividade, delineando sua subjetividade jurídica apta a judicialização, refletirá no direito sucessivo de responsabilidade quando frente à omissão geradora de danos, sejam coletivos ou individuais, fundamentando sua objetividade.

Utilizando de uma pesquisa bibliográfica sob as fontes de livros doutrinários, jurisprudências, enunciados, leis e súmulas, através de um método

dialético de procedimentos analítico, descritivo, comparativo e exploratório este trabalho se valeu de quatro capítulos.

Inicialmente foram delineados conceitos e a função jurídica da responsabilidade civil, estabelecendo seus elementos constitutivos e, de forma sucinta, as classificações ou espécies, adentrando em seguida na responsabilidade civil do Estado, percorrendo sua evolução teórica e suas principais teorias, com a finalidade de delinear o sistema sucessivo da obrigação original, se subjetiva ou objetiva.

O terceiro capítulo procurou analisar que tipo de normas expressam os direitos fundamentais sociais prestacionais, sua eficácia jurídica e social, delimitando o tema no direito de segurança pública, procurando sua efetividade.

O último capítulo se ateve a subjetividade do direito fundamental social de segurança pública e a possibilidade de sua judicialização através da normatividade originária constitucional, explicitando alguns instrumentos de controle a eficácia para a devida prestação e a reparabilidade quando da omissão geral ou específica advier danos.

O instituto da responsabilidade civil é interdisciplinar, não se refere o tema apenas ao Direito Civil, absorvendo todos os ramos do Direito.

A casuística do instituto é infindável. Entender os elementos que constituem a responsabilidade civil frente ao direito difuso de segurança pública, um direito fundamental social prestacional, é de suma importância para que se fundamente o alcance da consequência de sua omissão constitucional, a indenização, quando geradora de danos.

O tema não se exauriu. Sua complexidade exige do operador do direito, em especial do Poder Judiciário um exercício de controle que legitime a seara político-jurídica, para que o processo argumentativo e dialético de poderes possam verdadeiramente proteger os direitos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, não tornando esta uma carta de intenções, evitando estabelecer um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional.

## 2 A INTERDISCIPLINARIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

A ordem jurídica protetora do atuar conforme o direito obriga aquele a assumir as consequências de sua atividade ou inatividade desconforme.

As diversas formas do atuar ou do não atuar do homem poderá gerar a problemática da responsabilidade.

O ordenamento jurídico estabelece deveres positivos e negativos, de dar e fazer e de não fazer ou tolerar alguma coisa.

Cavalieri (2008, p. 01) abrindo sua obra, Programa de Responsabilidade Civil, salienta que “alguns deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas”.

Em uma situação concreta de violação a um dos deveres tutelados há aqueles que indagam: “de quem é a responsabilidade”? Aguiar (2007, p. 17) enfrenta a problemática com uma indagação de outra forma: “quem deve reparar os danos?” e não: “quem é o responsável?”

Gagliano (2009, p. 01) alerta que “antes de saber de quem é a responsabilidade, é preciso entender o que é a responsabilidade”.

Este capítulo se presta a discorrer o conceito jurídico de responsabilidade, diferenciando-a de obrigação, seus elementos constitutivos e suas espécies, oportunidade em que em seguida se adentrará naquela imputada ao Estado, procurando a sustentabilidade da obrigação de indenizar quando do não atuar, ou do atuar ineficiente, através da análise da teoria do *faute du service* e do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

### 2.1 Conceito e função jurídica da responsabilidade

Estabelecido pelo ordenamento jurídico os deveres, sua violação configura um ilícito. Alguns ilícitos acarretam danos e, estes devem ser reparados.

A doutrina estabelece a existência de um dever jurídico originário que violado gera um dever jurídico sucessivo. Distingui assim os autores a obrigação de responsabilidade. Aquela se trata do dever jurídico originário, sendo a responsabilidade um dever jurídico sucessivo.

Cavalieri (2008, p. 02) citando Larenz expõe que “a responsabilidade é a sombra da obrigação” e acrescenta que “assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”. O autor traz os sentidos etimológico e jurídico da responsabilidade dando a esta à ideia de encargo, contraprestação, bem como “o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico”.

Diante da distinção entre obrigação e responsabilidade, dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo, para responder a indagação de “quem é a responsabilidade (?)”, necessário se faz identificar o imputado legal pela obrigação, pois esta e aquele são preexistentes pela lei.

Positivados estão vários deveres originários, tutelando bens jurídicos para a harmônica e passiva convivência social e, violados seja dolosa ou culposamente, causando prejuízo a outrem, estabelecerá em relação ao imputado o dever jurídico sucessivo de assumir as consequências do fato, devendo reestabelecer o estado *quo* ou reparar o dano.

A compatibilidade do exposto com a verbete apresentada por Gagliano (2009, p. 3) do Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas atende a finalidade do que se segue quando firma que a responsabilidade é “a obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito”.

O estado *quo* do prejudicado reestabelecido atende aos anseios de justiça, equilibrando, inclusive, a ordem jurídico-econômica outrora rompida com o dano causado.

Diniz (2003, pag. 34) define a responsabilidade civil como “[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros [...]”.

Reis (2000, p. 79) traz a responsabilidade civil três fundamentos: “reparar, punir e educar”.

Ao primeiro fundamento a responsabilidade civil resta simples, lastreada no princípio da *restituio in integrum* que, conforme advoga Cavalieri (2008, p. 13) é “[...] tanto quanto possível, repor a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano”.

A ideia de punição não é a finalidade básica da responsabilidade civil, mas importaria ao ofensor a persuasão de não mais lesionar, incidindo na ultima

função, visto a publicidade desta que esculpira uma mensagem de cunho geral de que condutas semelhantes não serão toleradas.

## **2.2 Elementos constitutivos da responsabilidade**

Os elementos constitutivos da responsabilidade civil se extraem da quebra (violação) de um dever jurídico (obrigação) originária de uma atividade humana, por si ou por meio das pessoas jurídicas, *a priori* ilicitamente, que gera dano (prejuízo).

Comprovados os elementos constitutivos da responsabilidade civil impõe-se o deferimento da pretensão indenizatória<sup>1</sup>, em especial quando não é possível repor *in natura* o estado *quo*.

Dada a falta de generalidade a culpa será objeto de estudo quando frente a responsabilidade subjetiva.

A doutrina utiliza-se de uma precedência lógica no estudo dos elementos que constituem a responsabilidade civil, tendo a conduta como o primeiro elemento, seguindo o dano e o nexo de causalidade.

Não se pretende neste capítulo a profundidade acerca destes elementos constitutivos, a meta é tão somente dispor de um panorama para dar sustentabilidade à ocorrência da conduta no viés omissivo por parte do Estado, justificando a reparação indenizatória em sua forma objetiva, sendo este ente o responsável por reparar o dano, independentemente daquele agente responsável pelo dever de agir ou do agir eficiente.

### **2.2.1 Conduta**

Pressuposto necessário à configuração da responsabilidade civil é o elemento da conduta, seja esta positiva (ação) ou negativa (omissão), sendo importante no caso concreto não apenas verificar o sujeito responsável, mas aquele que deverá reparar o dano<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 186 do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>2</sup> Existem situações relacionadas ao serviço administrativo em que não é possível identificar o agente que causou o dano, ensejando o que chamam de culpa anônima ou culpa do serviço, tema a ser tratado quando da abordagem da *faute du service*.

A expressão da atividade humana é a voluntariedade. Aquele que possui discernimento, consciência do fazer ou não fazer, e em sua liberdade de escolha age ou deixa de agir provocando dano ou prejuízo, incide em responsabilidade.

Essa conduta humana é dominada pela vontade, não a de causar em si um dano, mas da consciência daquilo que está fazendo ou deixando de fazer, lembrando, assim, Stoco (2001, p. 50) que “[...] não se insere no contexto de voluntariedade o propósito e a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo”.

A violação do dever originário, seja por ação ou omissão, não restaria na consciência do prejuízo, do dano, mas na consciência do conhecimento dos atos materiais que estão ou não se praticando.

A conduta humana pode ser manifestada de forma positiva ou negativa. A forma negativa, a omissão relevante, a que se presta a atenção deste trabalho, importa no plano jurídico e não no físico, estando ligada a um dever de agir que gera dano atribuível ao omitente que não agiu quando por lei assim estava obrigado.

O Código Civil em seu art. 186 expressa a obrigação de indenizar a todo aquele que “por ação ou omissão voluntária” causar prejuízo a outrem.

A prática danosa não exige que o ato praticado tenha advindo de uma conduta ilícita, sendo possível que de um ato lícito, conforme o direito surja a necessidade de indenização, motivo pelo qual Gagliano (2009, p. 31) lembra que “[...] não se pode dizer que a ilicitude acompanha necessariamente a ação humana danosa ensejadora da responsabilização”<sup>3</sup>.

O Estado pode delinquir? Bandeira de Mello (2012, p. 1024) salienta que o Estado é uma pessoa, pessoa jurídica, e que apesar de ser uma entidade real, porém abstrata, “não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias”. Continua o autor afirmando que “[...] não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, juridicamente falando”, isso porque “[...] é a sua vontade e sua ação constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes [...]”. A expressão da voluntariedade, ou seja, a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma construção do Direito, é uma realidade jurídica, firmando o mesmo autor que “o que o agente queira, em

---

<sup>3</sup> Exemplos: indenização devida por expropriação e estado de necessidade.

qualidade funcional – pouco importa se bem ou mal desempenhada -, entende-se que o Estado quis, ainda que haja querido mal”.

Em uma situação fática e relevante, objetivamente, entre a vítima de um dano e o Estado, não será considerado se o agente responsável agiu ou deixou de agir conforme ou em desconformidade com o Direito, seja culposa ou dolosamente; o que deverá verdadeiramente ser considerado é se o Estado agiu ou deixou de agir, pois entre o Estado e seu agente existe uma relação orgânica, uma relação de unidade.

Bandeira de Mello (2012, p. 1025) arremata demonstrando “quem são as pessoas suscetíveis de serem consideradas agentes públicos, cujos comportamentos, portanto, ensejam, engajamento da responsabilidade do Estado [...]. O autor tem o cuidado de alertar sobre o atuar destes agentes nas decisões e nas realizações das atividades alcançadas pelo Estado, seja de cunho jurídico ou material, desde que havidas pelo ente abstrato como pertinente a si próprio, afirmindo serem “todas aquelas que – em qualquer nível de escalão [...]” assim agirem ou deixarem de agir, acrescentando, também, a responsabilidade estatal pelo agir ou não agir quando assim praticarem condutas graças ao fato da condição de agente público, finalizando que “não importará, de conseqüente, para os efeitos de responsabilidade estatal, estabelecer se o agente atuou culposa ou dolosamente”.

### *2.2.2 Dano*

Este elemento constitutivo e indispensável, advindo de um atuar, seja lícito ou ilícito, dá a substância da responsabilidade, determinando o indenizar.

Cavalieri (2008, p. 70) afirma que “o dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em resarcimento, se não houvesse o dano”.

O autor nesta premissa adianta a objetividade deste trabalho quando menciona que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”, referenciando a responsabilidade objetiva.

Gagliano (2009, p. 36) conceitua o dano ou prejuízo “como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Desta conceituação é fixado que o dano poderá decorrer não somente da violação a uma diminuição do patrimônio de alguém, economicamente aferível, mas poderá atingir direitos relativos à condição de homem.

Fachin (2001, p. 51) discorre que:

A pessoa e não o patrimônio é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.

Aguiar (2007, p. 7) dedicando um título a Ético-humanização do Direito demonstra sua percepção na alteração técnica legislativa ocorrida ao longo do último século, sobretudo nas legislações privadas à tendência de tutela à pessoa humana individual e na sua forma plural, a sociedade “[...] como verdadeiras razões da existência de qualquer sistema jurídico”.

Esta nova técnica legislativa traz delimitação do tema da objetividade da responsabilidade a este trabalho, quando daquela percepção de humanização do Direito, a forma plural de tutela à pessoa, à sociedade, neste, o Direito difuso de segurança, destruindo o mito de que o dano, “para o Direito Civil, toca, apenas, a interesses individuais”, Gagliano (2009, p. 37).

Todo dano pressupõe uma violação de um bem jurídico tutelado. O Código Civil acompanhou a Constituição Federal de 1988 quando expressou no art. 186 a reparabilidade, também, ao dano moral.

Restariam dissertações e teses somente ao tema acerca da certeza do dano, tendo como viés àquele a dignidade da pessoa humana, não se prestando este trabalho dissertativo tamanha profundidade, pois a problemática perseguida desta dissertação não é o quanto indenizatório, mas a verificação da responsabilidade objetividade na conduta omissiva por parte do Estado no direito difuso de segurança, o que traria à baila não apenas o aspecto individual, mas também a possibilidade de dano moral coletivo indenizável tendo como referência a violação deste direito transindividual, satisfazendo em momento a citação de Diniz (2003, p. 60) quando afirma que “a certeza do dano refere-se à sua existência, e não a sua atualidade ou ao seu montante”.

A necessidade da restituição ao *status quo ante* deve subsistir no momento da exigibilidade da obrigação de indenizar, findando assim como Gagliano (2009, p. 40) leciona os três aspectos de um dano reparável: “a violação de um interesse jurídico – patrimonial ou moral; a efetividade ou certeza e a subsistência”, salientando o autor que a existência do dano “[...] no momento de sua exigibilidade em juízo [...]”, arrematando que “[...] não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante. Obviamente, se a reparação tiver sido feita a expensas do lesionado, a exigibilidade continua”.

A violação a um direito de segurança extrapola a esfera individual, visto as macrolesões (danos, prejuízos) possíveis de sua ocorrência a toda uma coletividade frente à omissão da prestação dos serviços públicos em suas diversas áreas ou mesmo a sua má prestação (ineficiência), necessitando de uma tutela específica, invocando aqueles legitimados quando da ocorrência de danos difusos, coletivos e individuais homogêneos quando não intentadas em juízo individualmente, a “ação coletiva” ou outro meio de controle de eficácia para fazer valer a norma constitucional.

O direito difuso de segurança será tratado em tópico específico deste trabalho, oportunidade em que será apresentado a base legal, destinatários, natureza, elementos de ligação e os instrumentos de defesa quando da violação dos direitos inerentes, em especial quando da conduta omissiva por parte do Estado.

### **2.2.3 Nexo de causalidade**

Indispensável à investigação da causa que deu origem a responsabilidade jurídica.

Entre o fato, a *priori* ilícito, e o dano por ele produzido existe um nexo causal, um elo, um liame, um comportamento, uma conduta, positiva ou negativa.

Em busca deste liame, em especial quando da conduta omissiva, será verificada a sustentabilidade da responsabilidade objetiva do Estado, utilizando este trabalho, para tanto, da análise das principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade, em especial quando frente a *faute du service*.

Cavalieri (2008, p. 45) abre o tema invocando o art. 13 do Código Penal, salientando a clareza do dispositivo quando prescreve que “o resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”,

suscitando por ele uma afirmação: “vale dizer, ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado casa ao dano”, todavia, o autor, utilizando-se de Serpa Lopes alerta para que não haja confusão entre a relação de causalidade e a imputabilidade, pois a investigação desta se dá de maneira subjetiva a seu autor e a investigação daquela “que diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado *objetivamente* à ação ou omissão de uma pessoa”.

Cavalieri (2008, p. 46) acrescenta que “o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”. Salienta ainda em continuidade o autor que o nexo causal “determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente”.

Com o intuito da leitura deste trabalho não se afastar de seus objetivos específicos indaga-se frente às afirmações de Cavalieri: para a responsabilidade objetiva por omissão se faz necessário o exame de culpa? É possível verificar uma omissão sob o aspecto naturalista?

Dentre várias teorias, a doutrina, em especial a de Gagliano e Cavalieri, apontam três principais: a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata. Estes autores alertam que apesar da importância prática que o estudo alcança nenhuma teoria irá “oferecer soluções prontas e inacabadas para todos os problemas envolvendo o nexo causal”.

#### **2.2.3.1 Teoria da equivalência das condições (antecedentes) – *conditio sine qua non*.**

Esta teoria não diferencia causa e condição, sendo causa todo antecedente que concorra para o evento danoso, possuindo aqueles a mesma relevância, ou seja, a mesma equivalência de condições.

Citando os criadores desta teoria, Von Buri e Stuarte Mill, Cavalieri (2009, p. 47) menciona que “sustentam seus defensores que o resultado é sempre uno e indivisível, não podendo ser dividido em partes, de forma a ser atribuído a cada uma das condições isolada e autonomamente”.

Gagliano (2009, p. 87) alerta para a ultima parte do dispositivo do art. 13 do Código Penal e de lá extraí a fórmula de “Thyrén”, a eliminação hipotética, “segundo a qual causa seria todo o antecedente que, se eliminado, faria com que o resultado desaparecesse”.

Várias críticas e inconvenientes são apontados a esta teoria em especial àqueles acerca do regresso ao infinito e exagero nas causas subsequentes.

Mirabete (1999, p. 136), penalista, acrescenta a análise do dolo e da culpa do agente com o intuito de limitar os exageros desta teoria, visto que algumas condutas não possuem a necessária previsibilidade da ocorrência do dano, assim lecionando que “[...] não basta a relação causal para que se possa imputar a prática do ilícito a um agente que, no campo material, colaborou para o resultado. É indispensável que a conduta tenha sido praticada com dolo ou culpa [...]”.

### **2.2.3.2 Teoria da causalidade adequada**

Cita a doutrina o filósofo Von Kries como criador desta teoria, salientando que esta não apresentaria tantos inconvenientes como a anterior.

Cavalieri (2008, p. 48) afirma que sob esta teoria a causa “[...] é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado, logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquelas que for a mais adequada à produção do evento”.

Esta teoria faz diferença entre causa e condição, procurando o ou os antecedentes que tiveram maior relevância.

A eliminação hipotética ainda é a fórmula para verificação dos antecedentes, mas destes será extraído aquele mais adequado, determinante, desconsiderando assim as demais.

Embora limite a teoria anterior, restam críticas à causalidade adequada, pois a falta de regra teórica, a solução será casuística, caso a caso.

Cavalieri (2008, p. 48) e Gagliano (2009, p. 89) mencionam a lição de Antunes Varela salientando que este exige além de que no caso concreto o fato seja um antecedente hipotético, constitua, também, em abstrato uma causa adequada ao dano, segundo o curso normal das coisas e a experiência da vida.

Ainda assim Gagliano (2009, p. 90) admite “[...] um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incube avaliar, no plano abstrato, e segundo

o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente causa do resultado danoso”.

### **2.2.3.3 Teoria da causalidade direta ou imediata**

O resultado fático danoso estaria ligado por um antecedente necessário à sua consequência direta e imediata. Assim causa seria aquele antecedente que determina direta e imediatamente o resultado danoso.

A doutrina denomina esta teoria, também, de teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, citando o seu desenvolvimento através das lições de Agostinho Alvim.

Alvim (1972, p. 356) afirma que “a escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. [...] Suposto certo o dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente”.

O dano indenizável a esta teoria seria aquele que estaria ligado a uma causa que lhe seja necessária, pois como continua o autor “[...] por não existir outra que explique o mesmo dano”.

Esta última afirmativa de Alvim (1972) é de extrema importância na análise acerca de causas supervenientes, ainda que relativamente independente, pois as causas posteriores interrompem o nexo causal, impedindo que seja estabelecido um ele o entre o resultado e aquela causa que originou os acontecimentos, tornando remoto o nexo de causalidade anterior, estabelecendo um novo vínculo entre a “nova causa” e o resultado.

### **2.2.3.4 Teoria adotada pelo código civil brasileiro**

Cavalieri (2008, p. 49) é favorável à teoria da causalidade adequada, citando este Aguiar Dias e a lição do eminente Des. Martinho Garcez Neto salientando que “[...] em sede responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado”.

O autor salientando que por esta teoria nem todas as condições do resultado são necessariamente equivalentes afirma que “[...] só o são, é certo, em concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não, porém, em geral ou em abstrato, que é como se deve plantar o problema”.

Gagliano (2009, p. 93 e 94) adota a teoria da causalidade direta ou imediata, na vertente da causalidade necessária. Para tanto o autor faz menção ao art. 403 do Código Civil<sup>4</sup> que expressamente aponta que o resultado danoso, das perdas e danos advém de forma direta e imediata da inexecução, antecedente necessário a causa. Em sequência o autor ainda cita Carlos Roberto Gonçalves e Tepedino que segue a mesma linha de raciocínio afirmando que “das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403 [...]”.

Acerca deste artigo 403 do Código Civil, Cavalieri (2008, p. 50 e 51) dedica um tópico específico e critica a parte da doutrina e jurisprudência que sustenta que o Código Civil brasileiro positivou a teoria da causalidade direta e imediata, afirmando que “a expressão efeito direto e imediato não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas”.

Cavalieri (2008, p. 51) continua sua cruzada de atribuir ao Código Civil brasileiro a teoria da causalidade adequada a ser empregada nas soluções de responsabilidade civil, explicitando o comportamento do direito comparado acerca da matéria através dos dispositivos dos Códigos Civis Francês, italiano e Argentino<sup>5</sup>, onde as consequências imediatas e direta seriam aquelas conforme o “curso natural e ordinário das coisas”, não indicando a causa cronológica mais ligada ao evento.

---

<sup>4</sup> Código Civil, Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

<sup>5</sup> Código Civil Francês – art. 1.151: “[...] as perdas e danos não devem compreender [...] mais do que for consequência imediata e direta da inexecução [...].” Código Civil Italiano – art. 1.223: “A indenização do dano [...] deve compreender também a perda sofrida pelo credor pela falta de ganho, desde que seja ela sua consequência imediata e direta”. Código Civil Argentino – art. 520: “no resarcimento das perdas e danos só se compreenderão os que forem consequência imediata e necessária da falta de cumprimento da obrigação”. Código Civil Argentino – art. 901: “As consequências de um fato que costuma suceder, segundo o curso natural e obrigatório das coisas, chamam-se [...] consequências imediatas. As consequências que resultam somente da conexão de um fato com um acontecimento chamam-se de consequências mediadas”.

A imprecisão doutrinária existe, a jurisprudência e a doutrina independentemente da teoria que segue tem em comum a investigação da necessariedade da causa.

A problemática ainda se torna mais desafiadora quando a busca do nexo causal se depara com a conduta omissiva.

A relação de causalidade do ponto de vista natural é um “nada, e do nada, nada vem” (Estefam, 2014, p. 279). Acrescenta este autor penalista que “o não agir não constitui causa real e efetiva de algum evento. Aquele que não age, quando muito, deixa de interferir numa relação de causalidade preexistente, mas não cria por si só”.

A omissão relevante, em especial quando imputado ao Estado, se verá que não é causal, mas normativa, baseada no dever jurídico (normativo) de agir.

Verificado os elementos que constituem a responsabilidade civil segue a dissertação apontando suas espécies e analisando como aqueles que sofrem danos se comportam para justificar a pretensão reparatória frente ao agir, ao agir ineficiente ou ao não agir (este último o objetivo temático) estatal ao direito difuso de segurança.

### **2.3 Classificação / espécies de responsabilidade frente à conduta**

A conduta voluntária violadora de um dever jurídico é o elemento nuclear da responsabilidade e, como ensina Cavalieri (2008, p. 13) “[...] torna-se possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever [...]”.

#### *2.3.1 Quando ao seu fato gerador: responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual ou aquiliana.*

Não será levada em conta a discussão acerca das teorias unitária ou dualista, salientando apenas a crítica da primeira à segunda que entende que os efeitos da responsabilidade civil, seja sob quais forem os aspectos, são uniformes, não sendo necessária tal dicotomia, mesmo porque o Código do Consumidor, segundo Cavalieri (2008, p. 16) “[...] superou essa clássica distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços [...]”, citando o autor o art. 17 desse diploma

legal que teria submetido à responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, “[...] tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo”.

A didática se faz necessário a esta dissertação visto a perspectiva da relação jurídica existente entre o Estado e seus administrados consolidada na Constituição Federal no art. 6º e art. 144<sup>6</sup>.

### **2.3.1.1 Responsabilidade civil contratual**

Ocorre entre partes uma relação jurídica obrigacional preexistente. Neste caso específico um contrato e, aquela parte que não cumpri o estipulado terá como consequência o dever de indenizar caso resulte dano ou prejuízo.

O dever jurídico é gerado através de um negócio jurídico. A fonte frequente dos negócios jurídicos são os contratos.

Não convém esta dissertação explanar de forma detalhada as diversas espécies de contrato.

O art. 389 do Código Civil assim dispõe: “Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Diante deste afirma Sílvio Rodrigues (2002, pag. 09) que “na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção”.

O dever de ressarcir devido ao dano, ao prejuízo sofrido pela outra parte, se dá em virtude do descumprimento do inadimplemento<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

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

<sup>7</sup> Não será discutido neste trabalho as excludentes de responsabilidade, tendo como referência o Art. 393 que assim prescreve: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

### **2.3.1.2 Responsabilidade civil extracontratual**

O dever jurídico preexistente é imposto pela lei, não exigindo a existência de vínculo anterior ao fato.

A norma legal descreve um dever e este violado, causador de dano ou prejuízo deve ser submetido a disciplina da responsabilidade, verificando, de certo, os demais pressupostos ou requisitos constitutivos.

A *Lex Aquila*<sup>8</sup> previa a responsabilização de alguém pelo dano mesmo que entre as partes não existisse um contrato anterior.

Venosa (2003, p. 18) afirma que a “[...] *lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil”.

### **2.3.2 Quanto ao seu fundamento: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva**

A ideia de culpa é sedutora, a ponto de autores, respeitando sempre as diversas posições, inseri-la como elemento constitutivo da responsabilidade.

Cavalieri (2008, p. 16) inicia seus argumentos acerca desta classificação advogando no sentido de que “a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir”.

A utilização por parte do ilustre autor da expressão “regra” parece levar em consideração que a responsabilidade objetiva seria a exceção, salientando que a culpa de acordo com a doutrina clássica seria o “[...] principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva”.

Gagliano (2009, p. 121) dedica um tópico específico dentro do capítulo IX da Responsabilidade Civil Subjetiva e a Noção de Culpa e, logo em seu enunciado

<sup>8</sup> A *lex aquilia* era uma lei romana que proporcionava uma compensação aos proprietários de bens feridos por culpa de alguém, estabelecidos no século III aC, na República Romana. Esta lei protegeu os cidadãos romanos de algumas formas de roubo, vandalismo e destruição de bens. A *Lex Aquilia* (estritamente, um plebiscito) foi possivelmente decretada em 286 aC, ou em algum outro ponto do século III aC. Estava preocupada com o dano causado pela *dinastia iniuria datum*, “danos infligidos ilegalmente”, uma espécie de delito (ou delito), embora com diferenças de delito, como é conhecido nos sistemas modernos de direito comum e a Lei escocesa de Delici. As disposições mais pertinentes estavam no primeiro e terceiro capítulos da lei. [https://en.wikipedia.org/wiki/Lex\\_Aquilia](https://en.wikipedia.org/wiki/Lex_Aquilia)

percebe-se a importância do estudo, em especial a esta dissertação, pois quando menciona o breve histórico e conceito de culpa, asseverando: “da gloria ao declínio”.

### **2.3.2.1 Responsabilidade subjetiva**

Provar a culpa e responsabilizar o seu causador, pois ninguém pode causar dano a outrem. A responsabilidade subjetiva era a regra na legislação anterior, expressando a normatividade no art. 159 daquele diploma legal, imputando-a a quem por “[...] ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem [...]”.

Exigia assim como consequência do mal causado que fosse demonstrado no caso concreto o elemento subjetivo, aquele que “pudesse viabilizar a imputação psicológica do dano ao seu agente” (Gagliano 2009, p. 122).

Dias (1994, p. 110) citando Savatier sustenta que para conceituar a culpa, devem ser observados dois elementos: o dever violado e a imputabilidade do agente, o primeiro sendo um aspecto objetivo e o segundo um aspecto subjetivo, definindo-a como sendo “[...] a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual”.

A dificuldade foi e é apresentar critérios para definir o aspecto subjetivo. A doutrina utilizou-se do conceito de *bonus pater famílias*, o bom pai de família, como um conceito padrão de referência, exigindo uma avaliação sobre o comportamento de um protótipo de um cidadão médio com discernimento e prudência normal para a culpa ser avaliada de forma abstrata.

A terminologia da culpa é observada *latu sensu* (sentido amplo) e *estricto sensu* (sentido restrito).

Quando uma pessoa age de forma voluntária dirigida a uma finalidade e esta é alcançada, o atuar foi por *dolo*, aqui a culpa em sentido amplo e, quando o atuar voluntário tem como consequência um resultado involuntário, este advindo de uma negligência, imprudência ou imperícia o agir foi culposo, aqui a culpa em sentido estrito.

Stoco (2001, p. 97) afirmou que “quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, [...]. Se não houver

esse intento deliberado, proposital, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa”.

O Código Civil de 2002 expressa em seu art. 186 à culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. Cavalieri (2008, p. 16) alerta que a palavra culpa ali empregada está em “[...] sentido amplo, *latu sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo”.

A culpa deriva de uma inobservância de um dever de conduta. Os deveres de conduta estão previamente impostos pela ordem jurídica, tutelando os bens imprescindíveis para o convívio harmônico e paz social.

Não basta para definir a responsabilidade subjetiva a prática da conduta, exige, ainda, um juízo de censura, a reprovabilidade e, o caso concreto deve demonstrar um conjunto de condições pessoais daquele que praticou a conduta. Verificar a capacidade deste de responder pelas consequências e exigir dele uma conduta diversa. Deverá ser observado naquele que pratica uma conduta danosa se no momento em que praticava possuía a capacidade de entender o caráter reprovável e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Gagliano (2008, p. 124) admite a “difícil fixação de um conceito tão subjetivo”. A legislação não pôde conceituar a culpa de forma a subsumi-la a todo caso concreto. O Código Penal no seu art. 18, I e II traz uma norma explicativa acerca do elemento subjetivo ora estudado, expressando sua forma ampla ou estrita quando menciona que o crime será “doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e “culposo, quando o agente deu casa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Querer o resultado e dá causa ao resultado, estes elementos que constituem o agir ou o não agir causador de dano são imprecisos, devendo sua análise ser verificada caso a caso, pois ao exigir o elemento anímico nem todo comportamento será apto a gerar o dever de indenizar.

O exame da culpa sob as perspectivas objetiva e subjetiva apresentadas pode-se dar de maneiras diversas quando violadoras do dever jurídico de cuidado, desde a análise de sua intensidade, “graus”: grave, leve e levíssima e de suas conformidades, contratual, extracontratual, *in elegendo*, *in vigilando*, *in custodiando* e *in omittendo*, além da possibilidade de sua concorrência.

Não se pretende neste tópico a profundidade acerca dessas classificações de culpa, a meta é tão somente expor a dificuldade conceitual e falta

de subsunção a casos complexos motivo pelo qual foi dada a responsabilidade civil objetiva um posto maior de importância, pondo de lado estas presunções, mas sem destacar a importância da matéria, em especial quando frente a análise do art. 944 do Código Civil de 2002 quando deixa de levar em conta não somente a extensão do dano para a reparação, mas também a verificação da “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

Ao longo do século XX por meio de leis especiais o sistema de responsabilidade objetiva foi se moldando chegando a possuir uma cláusula geral firmada no art. 927 do Código Civil de 2002, que será melhor analisada no tópico seguinte.

### **2.3.2.2 Responsabilidade objetiva**

Esta espécie ou modalidade de responsabilidade civil não exige para o dever de indenizar o elemento culpa e, existindo será irrelevante.

A passagem da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva é o declínio da admissão do elemento culpa para a solução dos casos complexos. Cavalieri (2008, p. 135) demonstra que ocorreu uma “evolução da análise da culpa”, começando com os tribunais que passaram a admiti-la com maior facilidade para uma culpa presumida, “ampliando o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos”. O ilustre autor acrescenta que os fatos para a evolução da responsabilidade objetiva foram a “[...] revolução industrial do século passado, o progresso científico e a explosão demográfica que nele ocorreu [...]”.

Interessante esta premissa de Cavalieri em trazer à baila as motivações para a mudança paradigmática: o desenvolvimento do maquinismo, da indústria, da ciência e a explosão demográfica que como consequência refletiu nas bases econômicas do País, pois neste contexto várias relações jurídicas surgiram e com elas vários conflitos em virtude do consequencialismo danoso, em especial, como cita o autor, os acidentes de trabalho, que em suas soluções mostrou que a noção de do elemento subjetivo (culpa) era insuficiente como fundamento para a responsabilidade, gerando injustiças frente ao operário desamparado obrigado a

provar a culpa do patrão. Outras situações semelhantes não escapam da análise na obra civilista referenciada que ensejariam uma retórica a meta deste tópico.

Glaglano (2009, p. 135) sob o mesmo ponto de vista de Cavalieri salienta que esta nova faceta contemporânea, a responsabilidade civil objetiva, [...] “impôs uma mudança dos antigos paradigmas da lei anterior”. Justifica o autor que a atual posição de destaque da responsabilidade civil objetiva atende os princípios de solidariedade social e da justiça distributiva, estatuídos na Constituição como objetivos fundamentais da República, retirando [...] da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada [...].

Verdade que a responsabilidade civil objetiva era admitida apenas em hipóteses prevista em lei e, não resta esta dissertação traçar uma historicidade da legislação acerca de como a responsabilidade civil evoluiu em nosso ordenamento jurídico, apontando cada diploma legal. Os ilustres autores referenciados em suas respectivas obras o fazem com maestria, restando aqui as motivações paradigmáticas já apontadas, contudo em dado momento se faz e se fará necessário uma comparação com a legislação civil de 1916.

A cláusula geral de responsabilidade era essencialmente subjetiva, mencionada no art. 159 do Código Civil de 1916, hoje, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, esta firmada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Cavalieri (2008, p. 151) alerta que para a melhor interpretação deve o art. 927 ser conjugado com o art. 187 do mesmo diploma legal, para que o abuso de direito seja entendido como ato ilícito.

A doutrina se espanta com a textura aberta, como a amplitude, do parágrafo único do art. 927: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Cavalieri (2008, p. 163) em uma cruzada examinando os reais contornos desta cláusula deixa uma mensagem importante para contextualizar o que se segue: “tem-se dito que o intérprete não pode sentir a lei sem que, ao mesmo tempo, sinta o mundo que o cerca, cabendo-lhe a árdua tarefa de interpretar a norma em sintonia com as exigências atuais do espírito do povo”. Nessa missão ainda expõe o que fora objeto do enunciado nº 38 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que os demais membros da coletividade<sup>9</sup>.

Adota o Código Civil de 2002 a “teoria do risco criado” que independentemente dos casos previstos em lei “haverá obrigação de reparar o dano [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Importante investigação realizou Cavalieri (2008, p. 163 – 164) acerca da expressão atividade e da expressão natureza. Esta investigação dará sustentabilidade em perquirir, ademais, a responsabilidade objetiva do Estado.

Acerca da expressão atividade o autor a tem como ação e omissão, praticada não de forma isolada, como uma conduta individual, mas “[...] como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial [...]. Com relação da expressão natureza que também é vaga utilizou o autor uma análise quando empregada ao risco da atividade, momento em que diferenciou o risco inerente do risco adquirido, sendo de fundamental importância para excluir responsabilidades reparatórias.

Existem atividades<sup>10</sup> que os ricos lhe são inerentes e poderá ocorrer que por mais que sejam prestados com toda a técnica e segurança o resultado não seja aquele almejado. Cavalieri (2008, p. 165) explica que “transferir as consequências desses riscos (inerentes) para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade”.

O risco adquirido ou nas obrigações de resultado se apresenta nos bens e serviços que os riscos não são superiores àqueles legitimamente esperados, mas como salienta o autor “tornam-se perigosos por apresentarem algum defeito”.

A responsabilidade surge quando o exercício da atividade perigosa causa dano a outrem.

Tendo a teoria do risco como um fundamento para a responsabilidade objetiva Cavalieri (2008, p. 136) leciona que “risco é perigo, é probabilidade de dano,

---

<sup>9</sup> Proposição sobre o art. 927 da Jornada de Direito Civil (Brasília, 11 a 13 de setembro de 2002) publicada na Tribuna da Magistratura – Associação Paulista de Magistrados, Caderno Especial Jurídico, set. 2002, ano XIV, n. 122, p.9.

<sup>10</sup> Serviços médico-hospitalares.

[...] dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente".

Essa doutrina expressa que existe uma dicotomia entre o homem e a própria atividade (serviço), arrematando o autor em seguida que "a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço [...] a culpa é pessoal, subjetiva [...] o risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas [...] pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza".

Várias espécies de riscos para a configuração de uma responsabilidade objetiva são comentadas pela doutrina: risco-proveito, profissional, excepcional, criado, integral, contudo este trabalho se valerá apenas das duas últimas modalidades.

Pereira (1992, p. 24) menciona que "aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo".

Pereira (1992) traz com esta conceituação de risco criado importantes observações que ademais serão melhores trabalhadas nesta dissertação: a ação de um serviço causador de dano e a omissão imprópria causadora de dano.

Cavalieri (2008, p. 138) na análise do risco criado salientando o funcionamento de uma atividade posta afirma que esta "responde pelos eventos danosos que [...] gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência, a negligência, a um erro de conduta [...]".

A observação da teoria do risco é o fato e não a ideia de culpa e àquele responsável pela atividade (serviço) deve assumir as consequências.

A teoria do risco integral advoga no sentido de que exista reparação civil mesmo nos casos de inexistência do nexo causal, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

Uma das críticas à teoria do risco integral é a negação do princípio da justiça social vez a imposição extremada e cega do dever de reparar. Comporta-se de acordo ou não se comporta de acordo parece irrelevante a teoria do risco. Ninguém deveria responder por coisa alguma apenas pela atividade de risco, devendo exigir, então, algo a mais.

Algumas atividades são necessárias. Nestas devem ser demonstrado não apenas a natureza do risco em si, mas a violação do dever jurídico.

O texto civilista, art. 927, parágrafo único, evidencia não apenas o risco, mas também a violação de um dever jurídico. A inteligência de Cavalieri (2008, p. 167) nesta análise afirma que o dever jurídico violado é o de segurança, sendo o contraponto ao risco, afirmindo que “quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a outrem, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa”. Assim deve o ser humano estar protegido das atividades (serviços), devendo aquele que as presta não violar o direito subjetivo de segurança.

Diante deste dever jurídico, o fato, aquele advindo do serviço, será indenizável quando for violado o dever de segurança, quando o serviço foi prestado com defeito (má prestação ou prestação ineficiente).

O Código do Consumidor apresenta em seu art. 14 e no §1º que o fornecedor responde independentemente da existência de culpa, ou seja, objetivamente, pelos danos causados por defeitos relativos à prestação dos serviços, oportunidade em que define o que seja serviço defeituoso: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança [...]”.

O alcance da incidência da norma do art. 927, parágrafo único do Código Civil é enorme e, em tópico específico será analisado quando o serviço (a atividade) de risco for realizada pela administração pública e, se irá na sua forma omissiva gerar responsabilidade reparatória, em especial no serviço de segurança pública.

### *2.3.3 Quanto ao agente: responsabilidade direta e responsabilidade indireta*

Responder pelo que faz é a regra. A responsabilidade direta é aquela proveniente de um fato próprio.

Excepcionalmente nas hipóteses previstas em lei uma “pessoa” poderá responder pelo fato de outrem, ensejando a responsabilidade indireta.

A responsabilidade indireta exige que entre aquele que praticou a conduta e aquele que iria ser responsabilizado e consequentemente reparar o dano exista um vínculo jurídico.

Cavalieri (2008, p. 182) citando a doutrina francesa demonstra que “[...] a chamada responsabilidade por fato de outrem [...] é a responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância”.

A conduta daquele que causa o dano seria a causa imediata da omissão daquele que tem o dever jurídico de guarda ou vigilância. Cavalieri (2008, p. 183) leciona que nesta espécie de responsabilidade, no domínio extracontratual, serão focalizados dois sujeitos passivos, ambos responsáveis pelo resarcimento do dano perante a vítima: “de um lado, o agente, autor do fato material ou da omissão lesivos do direito de outrem; de outro, os civilmente responsáveis pelas consequências [...]”.

Nesta perspectiva se faz necessário deixar claro que a responsabilidade não é por um fato alheio, mas por um fato próprio que decorreu de uma violação do dever jurídico de vigilância.

A melhor doutrina ainda advoga no sentido de dá um título diferente a esta modalidade de responsabilidade: responsabilidade por infração dos deveres de vigilância.

A questão agora é analisar se essa responsabilidade pela quebra do dever de vigilância exigirá a culpa comprovada, presumida ou objetiva.

O Código Civil apresenta um rol no art. 932<sup>11</sup> acerca da obrigação de indenizar por parte de responsáveis por conduta de outrem. Ali estaria por analogia no inciso III a figura do Estado com relação a seus agentes? A Constituição Federal traz no Art. 37, §6º<sup>12</sup> uma redação que fica evidenciado uma “pessoa” (a administração pública) se responsabilizando por atos de outra (seus agentes). O art. 41 do Código Civil expressa que a União, Estado, Municípios e o Distrito Federal são pessoas jurídicas de direito público interno.

O art. 933<sup>13</sup> do Código Civil firma que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Diante destes dispositivos legais restam aqueles que violaram o dever jurídico de vigilância uma responsabilidade objetiva.

<sup>11</sup> Código Civil, art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

<sup>12</sup> Constituição Federal 1988. Art. 37, § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>13</sup> Código Civil, art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Cavalieri (2008, p. 192) confronta a cumulação do art. 932, III com o art. 933 do Código Civil frente ao parágrafo único do art. 927 do mesmo diploma legal, afirmando ser aquela cumulação uma norma subsidiária que “[...] só aplicável em casos especiais de preposição não enquadráveis nas normas acima referidas – como por exemplo, empregos domésticos, motoristas particulares [...]”, em especial quando as atividades desenvolvidas pelos responsáveis forem de risco. E que em relação ao Estado “[...] a Constituição de 1988, no seu art. 37, §6º, mudou a base jurídica dessa responsabilidade, ao estabelecer a responsabilidade direta e objetiva para os prestadores de serviço públicos, tal como o Estado”.

A dimensão da matéria exige uma obra que não se limite aos objetivos e as problemáticas predispostas em uma dissertação, tendo a singela classificação atingido o seu objetivo de preparar as discussões que se seguem no tópico posterior, quando será enfrentada responsabilidade do Estado. No discorrer dos parágrafos serão apresentadas quais dessas classificações melhor se adequam quando da omissão e da má prestação dos serviços públicos, em especial o de segurança pública.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade jurídica resulta da sujeição de uma pessoa à sanção adotada e regulada pelo Direito.

O intervencionismo acabou substituindo a iniciativa privada pela pública, incrementando a atividade do Estado.

O Estado possui a função de atender de forma concreta e imediata as necessidades coletivas e, algumas foram estatuídas constitucionalmente como direitos fundamentais sociais no art. 6º. Através da atividade estatal advirão atos que poderão causar danos aos administrados.

As regras gerais expostas acerca da responsabilidade civil que ora estão em atividade no ordenamento jurídico brasileiro serão analisadas sobre a incidência da atividade estatal.

A expressão terminológica utilizada neste tópico, responsabilidade civil do Estado, não é uniforme na doutrina. Dias (2004, p. 14 a 16) citando vários autores renomados menciona que Hely Lopes Meirelles “manifesta expressamente sua preferência pela expressão *responsabilidade civil da Administração Pública*” e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Juracy C. Silva, José Augusto Delgado e José Cretella Júnior pela expressão “a responsabilidade do Estado”, pela qual se filia.

Explica o autor o porquê de sua opção indagando que “[...] como a obrigação patrimonial, a responsabilidade civil, embora possa coexistir com a responsabilidade criminal e com a responsabilidade administrativa, com estas não se confunde”. Firma que seja uma impropriedade utilizar a expressão *responsabilidade da administração pública*, “já que esta é desprovida de personalidade jurídica, não sendo titular de direitos e obrigações”.

Acerca desta terminologia finaliza o autor expondo que seria um pleonástico a expressão *civil*, pois o Estado “[...] pessoa jurídica de direito público, somente se poderia cogitar responsabilidade civil, nunca responsabilidade penal” e, citando José Augusto Delgado critica a expressão *responsabilidade da Administração Pública*, “[...] por sugerir visão estreita do fenômeno obrigacional que suscita, denotando, tão-somente, a obrigação indenizatória decorrente de atos lesivos praticados pelo Estado em razão do exercício da função administrativa [...]”.

A responsabilidade do Estado denota um tríplice aspecto conforme leciona Bazhuni (1992, p. 10) “[...] pelos atos da Administração pública, ou seja, nos

limites do Poder Executivo; os praticados no exercício da função jurisdicional ou atos do Poder Judiciário; e os consequentes à ação do Estado Legislador ou atos do Poder Legislativo”.

Dias (2004, p. 13 e 14) chama a atenção para a importância terminológica. Citando Lourival Vilanova afirma que “o direito é um fato cultural, um de cujos componentes é a linguagem, sendo a linguagem jurídica, aduz, o suporte material das formas”. O autor salienta que a semiótica jurídica auxilia a ciência do direito e serve como “[...] vetor de sua expressão [...]”, sendo “[...] essencial para a compreensão não só das regras de direito, mas também dos próprios fenômenos jurídicos”.

O dispositivo que firma a responsabilidade do Estado possui sede constitucional no art. 37, §6º.

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

O art. 43 do Código Civil seguiu a regra constitucional firmando que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros [...].

Este trabalho utilizará a expressão *responsabilidade civil do Estado* como tópico visto a área dissertativa: direito privado, deixando evidente sua separação com a esfera criminal e administrativa, todavia, nos textos que se seguem utilizará a depender do contexto das demais expressões.

Segue a dissertação em analisar a responsabilidade do Estado, procurando, diante da análise dos dispositivos, Constitucional e do Código Civil, além do Código de Defesa do Consumidor seu fundamento, destacando a concepção ou opção objetivista que fora construída em uma longa e lenta evolução.

### **3.1 Evolução da responsabilidade civil do Estado brasileiro**

Desponta a doutrina uma historicidade que se fundamenta em textos legais e decisões dos tribunais acerca da irresponsabilidade estatal ao risco administrativo.

Dias (2004, p. 21) afirma que “o problema relativo à responsabilidade do Estado pode ser considerado uma lenta conquista do Estado de Direito [...].”.

A contextualização deste autor utilizando-se de Canotilho aponta que a responsabilidade do Estado tornou-se um instrumento da legalidade sob dois aspectos: “Primeiro, assegurar a conformidade dos atos estatais ao direito estabelecido. Segundo, garantir aos indivíduos indenização pelos atos de autoridade causadores de prejuízos, que lhes são impostos pelo Estado [...]”.

Arremata o autor que este duplo aspecto da responsabilidade do Estado permite “[...] a realização da justiça material”.

As fases enfrentadas por Dias (2004, p. 22) em sua didática exposição são três.

A primeira fase seria da irresponsabilidade do Estado, onde existia uma “[...] concepção absolutista, que perdurou sobremaneira até o século XVIII, entendendo que a responsabilização do Estado implicava em atentado contra a soberania [...]”.

A segunda fase exposta pelo autor é a da responsabilidade do Estado, “porém de forma parcial [...].” Expõe Dias que “[...] somente admitia em alguns casos, tomando-se por base teorias e conceitos do Direito Civil, com predominância da ideia de culpa [...]”.

A terceira fase salienta Dias que é da responsabilidade do Estado, agora “[...] sob o enfoque único do Direito Público, a partir de concepções da doutrina francesa e da elaboração teórica da doutrina alemã em torno do Estado de Direito, que desponentaram ao final do século XIX [...]”.

Finaliza Dias sobre estas fases afirmando que esta ultima permitiu “[...] o desenvolvimento de teorias publicitas, que despersonalizaram a culpa, em primeiro estágio, substituindo-a, depois, pelo risco, em nova e engenhosa forma de responsabilidade objetiva do Estado [...]”.

O aspecto evolutivo das fases apontadas por Dias (2004, p.40) refuta o que Amaro Cavalcanti sustentava: “[...] em nosso país, sempre foi aceita a tese da responsabilidade do Estado pelos atos lesivos de seus representantes [...]”.

O Brasil independente outorgou uma Constituição, a Imperial, de 25 de março de 1824 expressando em seu artigo 99 a irresponsabilidade estatal quando estabelece os fundamentos de um Estado absolutista: “A pessoa do imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Esta teoria da irresponsabilidade é apontada por Dias (2004, p. 22) “[...] como a teoria feudal, regalista ou regaliana (de *regalis*, e, adjetivo de *res*, *regis*, rei), informada pela concepção político-teocrática de soberania, segundo a qual o poder do monarca ou soberano teria origem divina”.

O texto Constitucional Imperial mencionava ainda que a responsabilidade do Estado era restrita aos funcionários públicos, aqui mencionando a prática comissiva e omissiva destes nos exercícios de suas funções, ou seja, somente estes eram os responsáveis, a título de culpa, pelos danos causados a terceiros, aparentando um entendimento doutrinário no sentido de se entender uma solidariedade do Estado, todavia, Dias (2004, p. 41) afirma que “[...] o indicado texto constitucional, bem às claras, apegava-se à teoria da irresponsabilidade do Estado, acobertando-o da responsabilidade pela prática de atos ilícitos, estes considerados, se ocorrentes, condutas culposas dos funcionários [...]”.

Com a proclamação da República dois textos mereceram destaque por Dias (2004, p. 41): “[...] O Decreto nº 451 – B<sup>14</sup>, de 31 de maio de 1890, [...] e o Decreto nº 847<sup>15</sup>, de 11 de outubro de 1890 [...]”, os quais passaram a atribuir obrigação ao Estado de indenizar danos. Contudo, de uma forma surpreendente, em 1891, a Constituição Republicana permanece fiel à teoria da irresponsabilidade do Estado quando mantém em seu texto a responsabilidade exclusiva dos funcionários públicos<sup>16</sup>.

Mesmo antes do advento do Código Civil de 1916, duas leis federais<sup>17</sup> já expunham o Estado à obrigação de indenizar, fugindo da teoria da irresponsabilidade.

Sob a égide da Constituição Republicana surge o Código Civil brasileiro, que entra em vigor no dia 1º de janeiro de 1917 e, em seu art. 15, em oposição ao texto constitucional, adota as teorias da culpa e da representação do Estado pelo seu funcionário<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Decreto nº 451 – B, de 31 de maio de 1890, Estabelece o registro e transmissão de imóveis pelo Sistema Torrens no Art. 61.

<sup>15</sup> Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, Promulga o Código Penal. Art. 86. § 2º A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indemnização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indemnização.

<sup>16</sup> Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, Art. 82.

<sup>17</sup> Lei Federal nº 221, de 30 de novembro de 1894, Art. 13, § 10 e Lei Federal nº 1.939, de 28 de agosto de 1908.

<sup>18</sup> Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro. Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem

Dias (2004, p. 42) citando Clóvis Beviláqua, autor intelectual do código civilista, salienta que o dispositivo legal “[...] apontava os fundamentos jurídicos de responsabilidade primária ou direta do Estado [...]”.

A Constituição de 1934 foi o texto que apresentou a gênese da responsabilidade estatal, passando a admitir a responsabilidade direta e solidária do Estado pelos atos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos<sup>19</sup>.

No ano de 1937 é promulgada uma nova Constituição e, no que tange ao assunto, apenas reproduz em seu art. 158 o já exposto pela de 1934, firmando a teoria da responsabilidade direta e solidária do Estado.

A Constituição de 1946, também promulgada, firma em seu Art. 194 a teoria publicista da responsabilidade objetiva do Estado, tendo como amparo o risco administrativo, salientando em seu parágrafo único a ação de regresso em caso de “culpa” de seus funcionários<sup>20</sup>, sendo, conforme Dias (2004, p. 43) “[...] o notável avanço na evolução do tema [...]”, salientando que foi consagrado no Direito brasileiro, “[...] em definitivo, a moderna teoria publicista da responsabilidade objetiva do Estado informada pelo risco criado ou pelo risco administrativo”..

Em 1967 advém outra Constituição e em seu art. 105 repete o art. 194 da Carta de 1946, acrescentando apenas, no que tange à ação de regresso estatal, a figura do “dolo”.

A cruzada constitucional é finalizada com a promulgação da Constituição de 1988, estatuindo em seu art. 37, §6º a responsabilidade objetiva do Estado, seguindo a Constituição de 1946.

Dias (2004, p. 44) afirma que foi “[...] consagrada a responsabilidade objetiva e direta de todas as pessoas jurídicas de Direito Público, ancorada na atual teoria publicista do risco criado ou teoria do risco administrativo”.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 que dispõe sobre o Código do Consumidor no art. 22, parágrafo único demonstra, também, a responsabilidade objetiva do Estado pela falta do serviço (omissão) ou pela sua ineficiência.

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> Constituição federal 1934. 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.

<sup>20</sup> Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa deste.

O arremate final ficou a cargo do Código Civil de 2002, Lei 10.406 que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, onde em seu art. 43 conforme Dias (2004, p. 47) “[...] no assunto, segue fielmente a matriz constitucional [...], denotando acatamento à teoria da responsabilidade objetiva do Estado [...]”.

O contexto evolutivo estabeleceu a possibilidade atual da responsabilidade civil do Estado, restando estabelecer o seu fundamento, analisado a luz das teorias aplicáveis ao instituto.

### **3.2 A *faute du service*.**

Teoria desenvolvida através de julgados do Tribunal de Conflito Francês<sup>21</sup> transportada ao Direito brasileiro na perspectiva de imputar a “culpa” do Estado nos casos de falta do serviço.

Hachem (2014, p. 1 e 2) afirma que a teoria do *faute du service* aplicada em nosso ordenamento jurídico “[...] muitas vezes não corresponde ao real sentido”. Na obra deste autor é analisada uma nova perspectiva a responsabilidade do Estado por omissão, estabelecendo um regime não subjetivo, mas um regime de responsabilidade objetiva entre a vítima do dano e a entidade pública, mesmo na forma genérica nos casos em que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado.

Conforme Hachem (2014, p. 2 a 5) os fundamentos que deram ensejo à teoria francesa restou por incidir em duas situações: “[...] quando é plenamente possível identificar o agente público que causou o dano [...] e, nas hipóteses em que não há como identificar o responsável pela conduta estatal que gerou o dano [...]”.

A primeira situação torna importante que se distinga a *faute du service* e *faute personnelle*, apurando no caso concreto se a responsabilização será direta (da pessoa jurídica estatal) ou indireta (da pessoa do agente). Na segunda situação a imputação da responsabilidade será feita diretamente ao serviço, sem perquirição da participação de qualquer agente.

Diante destas afirmações, Hachem (2014, p. 7) admite que [...] “no direito francês seja avaliado concomitantemente a conduta imputável ao Estado e ao

---

<sup>21</sup> *Arrêt Blanco de 08 de fevereiro de 1873*, caso *Rotschild de 1855*, *arrêt Pelletier de 30 de julho de 1873*, e caso *Laumonnier-Carriol*.

comportamento atribuível ao agente público”, o que nos leva a indagar-nos se estas situações são identificadas nos dispositivos constitucionais do Brasil.

Na leitura do artigo 37, §6º da Constituição Federal observa-se de forma literal que foram separados expressamente esses dois domínios, imputando somente ao Estado a responsabilidade decorrente de falta atribuível ao serviço, pois o dever de reparação dos danos causados pelos agentes, “nessa qualidade”, isto é, no exercício das competências que lhes foram conferidas pela ordem jurídica, é do ente público.

Quando é identificado o responsável (o agente) que causou o dano, a Administração Pública será responsabilizada objetivamente, podendo no caso concreto acionar ação regressiva em desfavor deste caso comprovado culpa ou dolo. A falta pessoal, *faute personnelle*, totalmente adversa do exercício da função administrativa, caso ocorra, é regida pelo Direito Privado entre a vítima do dano e o servidor que lhe deu causa.

A falta, não culpa anônima, ocorre nas situações em que não é identificado, pela impossibilidade ou mesmo pela falta de utilidade o autor (agente público) do prejuízo, hipótese em que a causa é a própria Administração, em virtude de sua má organização ou do serviço defeituoso, e, nestes casos, conforme Hachem (2014, p. 7) “a própria noção de culpa torna-se secundária, passando a predominar a noção de dano por funcionamento do serviço público”.

Quando ocorre esta ineficiência do serviço, “poderá” provocar a responsabilidade estatal, devendo no caso concreto ser verificado se houve hipóteses de descumprimento estatal do dever de eficiência, todavia, salientando que a “culpa” é irrelevante.

Assim, Hachem (2014, p. 8-9) afirma que interpretar que a omissão estatal pode gerar responsabilidade subjetiva não é a interpretação mais apropriada, e apresenta quatro motivos:

- a) a teoria da *faute du service* não remonta necessariamente, à responsabilidade subjetiva; b) o critério para distinguir a responsabilidade *faute du service* (por falta) da responsabilidade *san faute* (sem falta) no direito francês não é de natureza omissiva da conduta; c) na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; d) os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.

A *faute du service* na modalidade de omissão, afirma Hachem (2014, p. 9), “tem a noção de um descumprimento de uma obrigação preexistente”, ou seja, incorre-se em falta (*faute*) quando não se comporta como deveria: “quando a ação ou abstenção de agir são conducentes a justificar uma repreensão”. O Estado tem um dever objetivo juridicamente imposto e deixa de observá-lo, incorrendo em omissão.

O descumprimento desta obrigação é desprovido de aspectos subjetivos, pois nenhuma referência à intenção é concebível em matéria de *faute du service*. Neste sentido Hachem (2014, p. 10) explica que *faute* traduzido para o português seria como “falta”, não no sentido de “ausência”, mas na acepção de “infração”, sem a acepção de “culpa” e, salientando que a Administração não pode ser culpada ou mesmo punida, afirma que “não se faz sentido tentar imputar culpa à Administração, mas tão somente perquirir o descumprimento objetivo de um dever de agir”. O que ensejaria nesta lógica de argumentação do autor é que a abstenção estatal que ensejaria responsabilidade seria a derivada de um descumprimento de um determinado dever jurídico e, esse descumprimento prescinde da ideia de culpa, resultando assim uma responsabilidade objetiva.

O dever de eficiência imposto constitucionalmente ao Poder Público dispensa perquirir a culpa.

Adotando o raciocínio de que o Estado não comete falta, em verdade, um de seus agentes que é quem a cometeu, torna-se sem sentido falar de “culpa da Administração” ou “culpa do serviço”. Incorrem em culpa ou dolo pessoas físicas dotadas de subjetividade, e, ao Estado não se pretender avaliar se houve culpa ou dolo, “basta constar que houve o descumprimento de uma obrigação imposta pelo ordenamento jurídico” (HACHEM, 2014, p. 12).

Assim a sistemática francesa da responsabilidade civil do Estado não possui a dicotomia da responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, procura esta teoria a ocorrência ou não de uma falta (e não culpa), compreendida como o descumprimento de uma obrigação jurídica, e, é usada tanto nas condutas comissivas quanto às omissivas, diferente do Direito brasileiro que apenas a usa nas condutas omissivas, arrematando Hachem (2014, p. 14):

Ora, se o próprio Direito francês, tanto na seara doutrinária quanto na jurisprudencial, admite explicitamente a responsabilidade objetiva do Estado

por omissão, qual seria a justificativa para negar tal possibilidade no Direito brasileiro utilizando paradoxalmente uma teoria francesa?.

Não seria possível recepcionar a teoria francesa no Brasil se não houvesse em nosso ordenamento jurídico uma compatibilidade, e há. Contudo, utilizada, conforme Hachem (2014) de forma equivocada, fazendo menção o Direito brasileiro unicamente à teoria do risco para explicar a responsabilidade objetiva.

Quais os elementos ou requisitos que justificam uma responsabilidade objetiva do Estado pela atuação ineficiente? Hachem (2014, p. 17) expressa:

[...] (a) descumprimento de um dever jurídico concreto de agir (omissão) ou comportamento precário (ação) por parte do estado ou de quem lhe faça às vezes; (b) ocorrência de dano individual ou coletivo; (c) nexo de causalidade [...].

Um comportamento ineficiente poderá ser comissivo ou omissivo, acarretando responsabilidade objetiva. Omissão por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública. Hachem (2014, p. 18) firma que “tratando-se de omissão, é necessário que haja o descumprimento de um dever específico, concreto imposto pelo ordenamento jurídico ao Estado”.

A Constituição federal prevê o direito ao serviço público adequado quando expressamente salienta a obediência ao princípio da eficiência. Alguns desses direitos são deveres específicos do Poder Público, arrematando o autor em seguida que “alguns ligados à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais, outros relacionados à perspectiva objetiva de tais direitos”.

Bandeira de Mello (2012, p. 1033 e 1034) menciona quando da ocorrência de danos gerados pela omissão do Estado:

1. Fato da natureza a cuja lesividade o Poder Público não obstou, embora devesse fazê-lo. [...]
2. Comportamento material de terceiros cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo.

Esta última ocorrência é objeto deste estudo dissertativo, todavia, Hachem (2014, p. 19), citando autores renomados<sup>22</sup>, critica esta passagem de Bandeira de Mello, informando que “há situações em que o dever de ação é distinto

---

<sup>22</sup> Weida Zucaner em sua obra Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública, Revista dos Tribunais, 1981 e Emerson Gabardo em sua obra Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé.

do dever de impedir o ato de terceiro ou fato externo”, oportunidade em que fundamenta tal alegação com supedâneo no Art. 37, X da Constituição Federal.

É necessária a comprovação de que o dano experimentado foi uma consequência da conduta estatal de descumprir obrigação devidamente imposta, e não uma culpa, implicando assim em antijuridicidade que é relevante e não a culpabilidade. Não agindo quando deveria agir, pela imposição jurídica há omissão e há nexo de causalidade. Não se procura sequer, no caso concreto, em especial quando envolve direito fundamentais sociais, se existia ou não a “possibilidade material de agir”.

O princípio da eficiência afasta a teoria da “reserva do possível<sup>23</sup>”, esta usada pelo Estado como causa excludente das obrigações. Caso fosse aceita a teoria da “reserva do possível” para excluir a responsabilidade estatal, importaria admitir a responsabilidade subjetiva?

Bacellar Filho (2007, p. 243) [...] afirma que a “reserva do possível não pode encontrar acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, sequer como excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão”. A Administração Pública continua sendo antijurídica, mesmo quando emprega todos os meios possíveis, mas se não for eficiente, será responsabilizada, embora não seja culpada.

A teoria da *faute du service* não se resume a omissão estatal e não implica a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, demonstra que é possível a omissão estatal e de forma objetiva.

### **3.3 Teoria (ou princípio) da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos ou da igualdade dos ônus e encargos sociais**

Estabelecendo a premissa que a atividade administrativa é uma atividade de risco, mas uma atividade que deve ser desenvolvida como função estatal, surge dentre os teóricos a teoria (ou princípio) da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

Os tópicos e enunciados em doutrina salientam como teoria do risco administrativo, advindo da jurisprudência francesa que a utilizou para as hipóteses

---

<sup>23</sup> O dever de agir só se importaria quando as condições financeiras e fáticas permitissem a atuação estatal.

de responsabilização objetiva do Estado independentemente de falta ou culpa de serviço.

A ideia foi arrimada na segurança social que deve suportar a coletividade quando do prejuízo de determinados indivíduos em virtude da falta ou do mau funcionamento dos serviços públicos.

A atividade administrativa voltada àqueles atendimentos concretos e imediatos das necessidades coletiva que a todos devem beneficiar caso venha a ensejar danos particulares sobre determinados indivíduos romperia o equilíbrio normal, ferindo a isonomia, devendo tal prejuízo ser reparado.

Esteves (2003, p., 57) citando Fernando Andrade de Oliveira que em sua obra *Apontamentos sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado Administrador* cita Bandeira de Mello, menciona que o princípio da igualdade dos indivíduos ante os encargos públicos é “cabível nas hipóteses em que a teoria da falta do serviço seja tecnicamente insuficiente para fundamentar a reparação de prejuízos”.

Através desta teoria sequer se cogita a ideia de “falta”. A existência do dano e o nexo causal entre o prejuízo e a atuação (ou não atuação) do Estado é o suficiente.

A coletividade é a destinatária do proveito dos serviços da administração, devendo assim assumir o ônus de ressarcir o lesado, estabelecendo o equilíbrio impresso na ideia de igualdade.

Aguiar Dias em sua obra *Da Responsabilidade Civil*, 1944, p. 206, citado por Esteves (2003, p. 57) lembra que para que haja a manutenção pacífica de uma sociedade “todo prejuízo [...] incômodos e sacrifícios correntes exigidos [...] devem ser considerados como violação da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”.

Esta teoria funda-se na repartição das cargas públicas, dando ensejo a uma responsabilidade objetiva do Estado que repara o dano independentemente do viés subjetivo decorrente da relação de causalidade.

Esta teoria ou princípio é um desdobramento do princípio geral de igualdade, inspirando em seu fundamento a equidade e solidariedade, socializando a reparação dos prejuízos experimentados por determinados cidadãos lesados pelos serviços que beneficia a coletividade.

O Estado é o garantidor do risco social proveniente de sua atividade. Não é o Estado responsável por uma falta externada por seus agentes. É o Estado responsável por ser o assegurador administrativo contra todo o risco social.

O risco administrativo atribui ao Estado suportar esse ônus coletivo, sendo uma forma democrática reparti-lo com todos aqueles beneficiados por sua atividade de Administração Pública.

Cretella Júnior (2002, p. 134) versa que “O Estado é uma verdadeira empresa em funcionamento. Ao funcionar corre riscos. E estes devem ser suportados pela empresa, que é o Estado”. Na relação Estado administrado o autor continuando sua dissertação salienta que “[...] os cidadãos de uma dada comunidade devem participar das vantagens e desvantagens do grupo. Desse modo, pagam impostos, mas também se beneficiam com as partes positivas do serviço público”. Acerca do fundamento do princípio da igualdade o autor salienta que quando a atividade administrativa causa dano a um dos administrados “[...] está rompido o equilíbrio social [...]”, necessitando assim que o direito controlando esta variação componha o prejuízo sofrido, “[...] lançando-se mão dos recursos públicos para os quais concorreu também o próprio cidadão prejudicado”.

Mirelles (1998, p. 623 e 624) expõe que “não se deve pensar em culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público”. Continua o autor afirmando que a atividade da administração pública é baseada no risco e “[...] na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais”. Esse ônus que um determinado individuo sofre causa uma desigualdade e “[...] todos os componentes da coletividade devem concorrer a fim de reparar o dano, através do fisco, representado pela Fazenda Pública”. O risco administrativo e a solidariedade social dariam o suporte a teoria, conduzindo como bem frisa o mesmo autor “[...] a mais perfeita justiça distributiva”.

A teoria do risco administrativo é atenuada, não tendo sido aceita a versão extremada do risco integral, este originário nas lições de Leon Duguit<sup>24</sup> que levaria a uma iniquidade social caso devesse o Estado ressarcir todo e qualquer dano suportado pelo particular, motivo pelo qual no caso concreto permite o ordenamento jurídico que a administração prove a desconstituição do nexo causal.

---

<sup>24</sup> Pierre Marie Nicolas Léon Duguit jurista francês especializado em direito público.

Dias (2004, p. 32) afirma que a teoria do risco não nega a teoria do *faute du service* (culpa, ou melhor a falta administrativa), expressando que “atualmente, na França, coexistem os dois sistemas de responsabilidade do Estado, consagrados na Jurisprudência firmada pelo Conselho de Estado [...]. Acrescenta o autor que a teoria do risco “[...] a título complementar (responsabilidade objetiva), em situações especiais de danos suportados pelos particulares, essencialmente em face de atividades ou serviços potencialmente perigosos relacionados direta ou indiretamente com a atuação do Estado [...]”.

Um dos exemplos citados por Dias são “[...] de acidentes causados por ações policiais com o uso de arma de fogo”.

Josserrand (1941, p. 556) afirma que “[...] quem cria um risco deve, se este risco vem a verificar à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida”. Arremata o autor que “assim, o ponto de vista objetivo toma o lugar do ponto de vista subjetivo, e o risco toma lugar da culpa, esta espécie de pecado jurídico”.

Dias (2004, p. 34) alerta acerca da importância da “doutrina alemã nas construções teóricas edificadas sobre a tese da personalidade jurídica do Estado e, sobretudo, sobre a teoria do Estado de Direito”. Neste aspecto Dias afirma que “[...] iniciou-se, na Alemanha, a busca da solução para a questão da responsabilidade do Estado, por meio de debates a respeito do tema, em três importantes congressos jurídicos realizados nos anos de 1867, 1869 e 1871”. Continua o autor salientando que o ultimo congresso firmou um enunciado: “O Congresso Jurídico alemão manifesta a sua persuasão de que o Estado deve estabelecer na sua legislação, relativamente aos danos causados por seus funcionários, o princípio da responsabilidade direta do Estado”.

O Estado de Direito submete o Estado à lei constitucional e, conforme Dias (2004, p. 35) “[...] vinculando-o ao reconhecimento de certos direitos fundamentais do indivíduo ali claramente estabelecidos, permitindo a este a defesa eficaz contra os excessos do poder estatal [...]”.

Citando Canotilho, Dias (2004, p. 36), expressa que a dimensão do Estado de Direito “encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de princípios e regras dispersos pelo texto constitucional”. Dentre os princípios arremata Dias “[...] o princípio da responsabilidade do Estado por danos causados aos indivíduos”, este que está em nossa carta magna no art. 37, §6º.

Esta teoria implica com a *faute du service* tanto nos casos de ação ou omissão o sistema de responsabilidade objetiva, depreendendo um regime uniforme de responsabilização, seja para excessos, seja para inoperâncias da Administração.

### **3.4 A responsabilidade dos órgãos públicos sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor**

Alerta Dias (2004, p. 25) que “a considerada inovação não seja tratada ou cogitada pelos autores que discorrem sobre a responsabilidade do Estado”.

O Código de Defesa do Consumidor é tratado como um microssistema multidisciplinar, dialogando com os demais ramos do direito, citando o art. 22 desse diploma legal, o diálogo com o Direito Administrativo, com o direito Público.

No dispositivo consumerista mencionado a análise do dispositivo suscita expor um conceito de serviço público e, o adequado a defesa do que se discorre é dado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 612), o qual firma que “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral”. O autor salienta que o Estado “assume como pertinente de seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público” os serviços que os administrados irão usufruir de forma singular.

O art. 175 da Constituição Federal expressa que os serviços públicos serão prestados diretamente ou indiretamente pelo Estado. Neste ultimo caso através de concessão e permissão.

Uma análise constitucional do art. 22 do Código de defesa do Consumidor nos remete ao artigo 6º, que discorre sobre os direitos sociais, estes que obrigam ao Estado oferecer aos cidadãos através de serviços prestados direta ou indiretamente por sua administração.

Não se pode ter o art. 6º da Constituição como um rol taxativo de serviços públicos próprios do Estado.

Fato é que diversos serviços públicos ofertados pelo Estado à luz do Código de Defesa do Consumidor transformam este ente administrativo em um fornecedor, estando no polo ativo de uma relação de consumo, respeitando o que preceitua o art. 3º desse diploma legal que afirma ser fornecedor “toda pessoa física

ou jurídica, pública ou privada, [...] que desenvolvem atividade de produção, [...] ou prestação de serviços".

Sendo o Estado-Fornecedor esta relação com o Administrado-Consumidor será regulada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Na relação consumerista são observados alguns princípios, estes estatuídos no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Este dispositivo expõe que a Política Nacional das Relações de Consumo "tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores".

A análise deste dispositivo consumerista que firma pelo respeito a dignidade do consumidor, por sua saúde e segurança dando-lhe uma melhor qualidade de vida o reconhece como sendo a parte vulnerável da relação de consumo.

Ainda transcorrendo a narrativa deste importante texto legislativo, expondo o que interessa a esta dissertação, observa-se que ao consumidor lhe é dado a "garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade", bem como a "racionalização e melhoria dos serviços públicos".

A dignidade da pessoa humana é o núcleo axiológico de nosso ordenamento jurídico e não economizou o Código de Defesa do Consumidor em deixar cristalina tal afirmação.

Alvim (1995, p. 44 a 50) reconhece seis princípios do Código de Defesa do Consumidor: Princípio do Dever governamental; Princípio da Garantia de Adequação; Princípio da Boa-fé nas relações de consumo; Princípio da Informação e o Princípio do Acesso à Justiça.

Não resta esta dissertação estender-se a explicação de cada princípio, sugerindo ao leitor a obra Código de Defesa do Consumidor Comentado da Editora RT, São Paulo 1995 de Arruda, Thereza e Eduardo Arruda Alvim.

A análise consumerista advém da necessidade de verificar qual o fundamento de responsabilizar o Estado-Fornecedor quando da prestação dos serviços, direta ou indiretamente, causar danos aos Administrados-Consumidores.

Os artigos 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor são claros: Responsabilidade objetiva, pois os fornecedores de serviços à luz deste diploma legal "responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores", no caso em que se examina "por defeitos

relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

O art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor versa ainda que são direitos do consumidor “[...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor [...]”.

Assim o estabelecido no Código de Defesa do Consumidor é que o Estado-Fornecedor responda perante o Administrado-Consumidor de forma objetiva, lembrando o art. 22 deste diploma legal que os serviços públicos prestados pelo Estado “[...] por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, implicando em seu parágrafo único que “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código”.

A imposição da reparação dos danos ao Poder Público evidente nesta normatização exige do Estado um serviço adequado, eficiente e seguro.

Os atos da Administração Pública devem pautar-se por princípios, e aqui se ergue o princípio da eficiência, impondo, como menciona Dias (2004, p. 27) “[...] a obrigação de manter adequados os serviços públicos prestados diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão (art. 175, parágrafo único, inciso II [Constituição Federal])”.

A despeito das dificuldades de se estabelecer um conceito de eficiência, no caso concreto deve procurar o judiciário seu conteúdo e extensão, pois é inherente ao Estado, continua o autor, que esta eficiência deve “obediência à lei e a utilização de meios racionais e técnicas modernas, que permitam produzir o efeito desejado, ou seja, serviço público bem aparelhado [...] apto a atingir resultado que se revele útil ou eficaz ao povo”.

Os serviços públicos prestados pelo Estado devem ser eficientes e atuais, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, generalidade e cortesia..

Identificar quais os serviços públicos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, em especial aqueles prestador pelo Estado, direta ou indiretamente se faz necessário, sendo análise de tópico próprio quando discorrido o serviço de segurança pública.

### **3.5 A responsabilidade dos órgãos públicos sob a perspectiva do Código Civil de 2002**

A Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 instituiu o novo Código Civil brasileiro que entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003.

Este diploma legal seguiu fielmente a norma geral publicista acerca da responsabilidade civil do Estado estatuída no art. 37, §6º do texto constitucional, que estabelece o regime objetivo de reparação indenizatória.

O art. 43 do Código Civil estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros [...]”.

O dispositivo civilista, assim como a matriz constitucional, exige culpa e dolo para o direito de regresso contra o funcionário.

A doutrina e jurisprudência francesa permeiam tanto a norma geral constitucional quanto o dispositivo do Código Civil estabelecendo como menciona Dias (2004, p. 47) “duas normas de direito, a da responsabilidade objetiva do Estado perante o particular e a responsabilidade subjetiva do agente público para com o Estado”.

Bandeira de Mello (2012, p. 813 a 814) salienta que o Estado não tem vontade nem ação, mas “tal fato não significa, entretanto, que lhe faltem vontade e ação, juridicamente falando”, firma o autor que “[...] como o Direito constrói a realidade (jurídica) ‘pessoa jurídica’, também constrói para ela as realidades (jurídicas) vontade e ação [...]”.

O agir ou o não agir do Estado são dos agentes públicos que o representa.

Determinadas situações expostas aos administrados poderão advir danos sem que necessariamente sejam identificados os agentes públicos que agiram ou deixaram de agir, intitulando ao Estado a culpa anônima ou culpa da administração. A estas situações se sobressai a teoria francesa do *faute du service* que incide em duas situações como lembra Hachem (2014, p. 2-5): a) “[...] quando é plenamente possível identificar o agente público que causou o dano [...] e, b) nas hipóteses em que não há como identificar o responsável pela conduta estatal que gerou o dano [...]”.

Independentemente das situações apresentadas resta ao Estado a reparação indenizatória para com o administrado que sofreu o dano.

Amparado na norma geral constitucional do art. 37, §6º e no dispositivo do Código Civil do art. 43 a afirmação de que foi consagrada a responsabilidade objetiva do Estado não restaria mais nenhuma discussão. A subjetividade do agente público que agiu ou deixou de agir seria apenas relevante para a exigência do direito de regresso do Estado. No entanto não se deve deixar de mencionar situações e interpretações importantes que mencionam os autores que são citados no transcorrer discursivo.

Algumas situações como demonstrado neste capítulo não são resolvidas apenas à luz de uma única teoria. O risco administrativo, fundamentado na Teoria (ou princípio) da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, não deve ser analisado de forma extremada. Meirelles (2008, p. 859) lembra que “[...] o risco administrativo não se confunde com o risco integral”. O ilustre autor continua e afirma que “a teoria do risco integral é a modalidade da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social”.

A teoria do risco administrativo não admite que o Estado suporte de forma objetiva a obrigação de indenizar por todo e qualquer dano dos administrados, existem situações em que se exclui totalmente ou é atenuada o valor indenizatório da responsabilidade civil do Estado, tendo como exemplo a culpa exclusiva da vítima.

Dias (2004, p. 46) traz uma discussão não isolada que acompanham dentre outros autores Cavalieri Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello de que ainda existe a previsão da responsabilidade subjetiva do Estado, mencionando que no exame de casos particulares o sistema jurídico-constitucional em virtude de circunstâncias específicas de cada um podem ser concedidas variadas condições de responsabilidade do Estado, “[...] notadamente nas situações de atos comissivos e atos omissivos causadores de danos.” O autor aqui citando Bandeira de Mello afirma que “a doutrina correta, perante as disposições normativas do país, é aquela que sufraga a tese de que a responsabilidade do Estado é objetiva no caso de comportamento danoso comissivo e subjetiva no caso de comportamento omissivo”.

A conclusão do autor nesta dicotomia é fundada na interpretação que faz em conciliar dois artigos constitucionais: o art. 37, §6º com o art. 21, XXIII, alínea c.

O dispositivo constitucional do art. 21, XXIII, alínea c discorre que “a responsabilidade civil da União por danos nucleares independe da existência de culpa”. Dias (2004, p. 45) afirma “ainda que não existisse esse preceito, por força da norma geral do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, a responsabilidade da União, [...] nas hipóteses de danos decorrentes de serviços e instalações nucleares, estaria configurada e seria objetiva”. Continua o mesmo autor afirmando que “a regra da alínea c, do inciso XXIII, do artigo 21, pareceria uma superfetação”<sup>25</sup>, mas que “[...] é necessário um esforço interpretativo, a fim de afastar as possíveis falhas da falta de precisão técnica e da aparente superfetação sugerida”.

Finaliza o autor acerca desta discussão firmando que “[...] a interpretação adequada a se extrair daquela norma todo o seu conteúdo só poderia levar ao entendimento de que a culpa ali mencionada é a culpa administrativa, a culpa anônima do serviço público, evidenciada pelo mau funcionamento [...]. Sugerindo assim que:

[...] a Constituição brasileira está a permitir coexistência, no direito interno, de dois sistemas jurídicos de responsabilidade do Estado, um fundado no risco administrativo (responsabilidade objetiva), outro apoiado na culpa anônima do serviço público ou culpa administrativa (responsabilidade subjetiva), à semelhança do que sucede na França.

Dante das afirmações de Dias não resta suficiente o art. 43 que reproduz o art. 37, §6º da Constituição Federal para firmar que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, seja na forma comissiva, seja na forma omissiva, devendo o operador do direito se valer do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Este dispositivo legal traz duas cláusulas gerais de responsabilidade objetiva de reparação de dano: “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”.

Este dispositivo poderá ser aplicado como um reforço para fundamentar a responsabilidade objetiva do Estado, para aqueles operadores do direito que comunguem com Dias, ou seja, para aqueles que sustentam que a responsabilidade do Estado quando da conduta omissiva admite entre este e a vítima a modalidade subjetiva, estabelecendo, assim, uma relação para expor outras hipóteses que não mencionadas no art. 21, XXIII, alínea c da Constituição Federal. No caso de danos

---

<sup>25</sup> Concepção de um feto quando existe já outro no útero, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/superfeta%C3%A7%C35A3o>, consultado em 24.10.2017.

nucleares será objetiva e nos demais deverá ser se verificada em lei ou quando da atividade desenvolvida por sua natureza cause risco para os direitos de outrem.

O Código Civil adota a teoria do risco criado quando das hipóteses não previstas em lei para a responsabilidade objetiva, desde que seja demonstrado no caso concreto que a atividade desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O dispositivo do parágrafo único do art. 927 do Código Civil pode ser aplicado às atividades desenvolvidas pelo Estado direta ou indiretamente caso tenha como consequência dano ao administrado? A investigação realizada por Cavalieri (2008) é de suma importância para tal entendimento. Este autor procurou definir as expressões “atividade” e “natureza”.

Através das premissas elencadas por Cavalieri será verificado se as atividades do Estado se encaixam como as atividades que por sua natureza implicam risco para os direitos de outrem, assim preenchendo lacunas que porventura foram expostas e sugeridas por Dias.

Em linhas transatas este trabalho utilizou-se de Cavalieri (2008, p. 164) para expressar o significado da expressão atividade<sup>26</sup>, salientando ser “[...] conduta reiterada, habitualmente exercida e organizada de forma profissional ou empresarial [...]”.

Tendo o Estado como foco, Cavalieri intensificou suas análises verificando como se comporta o direito administrativo acerca desta expressão e, explica que este ramo do direito “define-se serviço público com o emprego da palavra atividade”. O autor ainda cita o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 3º, §2º o qual afirma que “serviço público é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo [...]”, deixando confortável o operador do direito quando da utilização do art. 927 do Código Civil em ter a expressão atividade como serviço público, alocando ali o Estado.

Também em linhas transatas foi por Cavalieri (2008, p. 165) analisado o alcance da expressão natureza, que em virtude de sua vaguedade utilizou-se para explicá-la da diferença entre o risco inerente e o risco adquirido, oportunidade em que o mesmo autor pode também transcorrer breves explicações acerca do risco criado e do risco integral, este conforme a doutrina de Meirelles (2008, p. 659) “[...] é

---

<sup>26</sup> Vide item 1.3.2.2

a modalidade da doutrina do risco administrativo, abandonada, na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social".

Outra importante análise realizada por Cavalieri já transata, que se faz necessário na análise de caso, é que o texto civilista, art. 927, parágrafo único, não está evidenciando apenas o risco, mas também evidencia uma violação de um dever jurídico. Nas atividades estatais devem ser demonstrado não apenas o risco em si, mas também se no caso concreto ocorreu a violação de um dever jurídico, em especial quando diante de um ato por omissão.

Cavalieri (2008, p. 167) lembra que o dever jurídico violado é o de segurança.

O dever jurídico de segurança no desenvolvimento das atividades - serviços estatais é o contraponto ao risco.

Os serviços públicos conforme o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, devem ser “[...] adequados, eficientes, seguros [...]”.

Qualquer atividade perigosa, qualquer serviço público, terá que ser prestado com segurança, devendo aquele que as presta não violar o direito subjetivo de segurança.

Todo o fato danoso que advir da violação do dever de segurança, quando o serviço foi prestado com defeito (má prestação ou prestação ineficiente) deverá ser indenizado.

Como demonstrado em tópico próprio o Código do Consumidor em seu art. 14 e no §1º afirma que o “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança [...]” e que o fornecedor responde independentemente da existência de culpa, ou seja, objetivamente e, o consumidor pode ser comparado ao administrado e o fornecedor ao Estado.

Sobre a natureza da atividade no serviço de segurança pública será trilhado um caminho de argumentos e, a resposta se este serviço é um dos considerados no art. 927, parágrafo único do Código Civil, bem como aqueles previstos sobre a incidência protetiva do Código do Consumidor, gerando ao Estado responsabilidade objetiva.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil compatibiliza a expressão atividade que implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem com os serviços públicos oferecidos pelo Estado, direta ou indiretamente, que causem riscos

aos direitos dos administrados, tornando o fundamento da reparação indenizatória em uma responsabilidade civil objetiva, seja de forma comissiva, seja de forma omissiva.

#### **4 DIREITO DE SEGURANÇA PÚBLICA E SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 6º, de forma genérica e abstrata, os direitos sociais. Estes direitos, considerados imprescindíveis, têm por objetivo dar garantias de condições aos indivíduos para que possam em sociedade gozar de forma plena e digna de seus direitos individuais.

Os Direitos Sociais, dimensão dos direitos fundamentais do homem, dependem, para sua concretização, na sua maioria, de uma atuação, de prestações positivas do Estado, sendo assim, pressupostos para a fruição material dos direitos individuais e determinantes para o estabelecimento de um Estado de bem-estar social.

Conforme Tavares (2012, p. 837) os direitos sociais são os direitos que “exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”. Para Silva (2009, p. 286-287) “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos [...]”.

Bulos (2011, p. 789) afirma que tais “prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais [...]”.

Novelino (2008, p. 371) esclarece que para implementar direitos sociais “[...] exige prestações positivas dos poderes públicos, razão pela qual são denominados direitos de promoção ou direitos prestacionais”. Acrescentando o autor que os direitos sociais pertencem à segunda geração de direitos fundamentais, ligados ao valor igualdade, tem como “[...] principais destinatários da proteção conferida [...] os hipossuficientes e os mais fragilizados”.

Os direitos sociais continua Novelino “[...] são normas de eficácia limitada, geralmente de princípio programático, cuja textura aberta (*open texture*) possibilita a concretização legislativa e/ou administrativa de acordo com as circunstâncias fáticas e a vontade da maioria”.

O Estado implementa os direitos sociais através de políticas públicas, estas que irão concretizar determinadas prerrogativas individuais e coletivas. Sobre esta indagação frisou Novelino (2008, p. 372) que:

A inegável relação entre o grau de concretização e as limitações do Estado faz os direitos prestacionais (caráter positivo) serem dotados de carga eficacial menor que a dos direitos de defesa (caráter negativo).

Adverte o autor, todavia, que “[...] não se pode ignorar que as diretrizes e programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórias para os poderes públicos”.

Novelino (2008, p. 372) acerca desse caráter programático arremata citando o Ministro Celso de Mello quando lecionou que “[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudar justas expectativas nele depositadas pela coletividade”. Finaliza o autor que “a aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais depende, em elevado grau, do enunciado das normas que os consubstanciam [...]” e que alguns “[...] poderão ser concretizados judicialmente [...]”.

O art. 5º, 1º§ da Constituição Federal de 1988, firma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Acerca deste texto Barroso (2011, p. 329) versa que “o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição [...]. O autor alerta que “[...] entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional [...]”. Assim se posiciona para que o interprete evite “[...] no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”.

Esta exposição de Barroso acerca do dispositivo constitucional em espeque leva a interpretação de que não se trata de uma regra, mas de um princípio, o da máxima efetividade, exigindo às casualidades este raciocínio de aplicabilidade nos casos concretos, refutando, pelo menos em teoria, que seria utópico crer o Estado possa assegurar o pleno exercício destes direitos, transcorrendo assim nos casos concretos entre a reserva do possível e o mínimo existencial, vedando, veemente, o retrocesso.

#### **4.1 Os direitos fundamentais sociais prestacionais e sua eficácia jurídica**

Diante das considerações de Tavares, Silva, Bulos, Novelino e Barroso acerca da classificação dos direito sociais como dispositivos programáticos, de

eficácia limitada e principiológica, necessário se faz algumas indagações: 1) possuem aplicabilidade direta? 2) possuem eficácia jurídica plena? 3) pode o seu titular buscar diretamente com base de forma original na norma constitucional a obrigação de sua prestação?.

Queiroz (2011) realizou uma investigação para responder as indagações que fazem parte da problemática enfrentada em sua obra, restando esta dissertação, de forma singela, expressá-las com o intuito de ademais demonstrar a sustentabilidade quando da recorribilidade do lesado diante de fato danoso em virtude da omissão estatal na aplicabilidade eficaz dos direito sociais.

Na busca de demonstrar que tipo de normas é os direitos sociais prestacionais Queiroz (2011, p. 21) questiona: “a denominação de direitos fundamentais individuais e de direitos fundamentais sociais implica uma diferenciação entre direitos do indivíduo independentemente da sociedade e direito da sociedade independente do indivíduo?” Respondendo negativamente Queiroz informa que “as diferentes denominações se assentam em questões históricas apenas”, salientando que na atualidade esta dicotomia não se sustenta afirmando que “[...] todos os direitos fundamentais são do indivíduo em sociedade, tendo como objetivo sua realização social”.

Barroso (2006, p. 102) salienta que “onde há fluidez terminológica, é sempre necessário um alargamento dos sentidos para se evitarem equívocos na transmissão das ideias”.

Queiroz (2011, p. 22) versa que “os direitos fundamentais sociais abrangem as liberdades sociais [...] e os direitos sociais a prestações positivas materiais [...]. Estas prestações visam a melhoria dos indivíduos em sociedade, motivo pelo qual a terminologia que achou a autora adequada foi de “direitos fundamentais sociais prestacionais”, terminologia que esta dissertação adotará.

Incomodada com as diferentes denominações: direitos individuais e direitos sociais, Queiroz em sequência indaga: “[...] se há direitos individuais, no sentido de próprio do indivíduo isolado, e direitos sociais, no sentido de próprio da sociedade como um todo, sem essa propriedade do indivíduo?”. Salientando que as gerações de direitos são cumulativas, não se excluindo, mas uma completando a outra, firma a autora que estas gerações de direitos (primeira, segunda, terceira e até quarta geração) formam “[...] um todo que ampara a dignidade do homem no meio social”.

Esta dissertação não se dedicará a uma historicidade das gerações de direitos fundamentais, deixando os grandes doutrinadores e suas obras aqui mencionadas perfazerem tal deleite, todavia, algumas indagações e afirmações de Queiroz se fazem necessárias acerca das duas primeiras gerações de direitos: a primeira que são os direitos civis e políticos, os chamados direitos individuais de liberdade; a segunda os direitos sociais, ou como prefere “direitos fundamentais sociais prestacionais”. Lembra Queiroz (2011, p. 24 e 25) que os direitos civis e políticos “surgem com a ideia de direitos naturais que afirmam a existência de um espaço privado natural do indivíduo, que se conserva a despeito da criação de uma sociedade civil e de uma organização política pelo Pacto Social”.

Continua Queiroz ainda versando sobre os direitos de primeira geração e informando que “o indivíduo se liberta do estado de natureza pela construção de uma ordem civil, mas mantém seus direitos naturais, [...] e se firma perante a organização que surge a partir do Pacto e a ela se contrapõe [...]”, onde esta contraposição se dá “[...] exigindo o máximo de proteção do indivíduo contra o Estado, o qual não pode interferir nas relações privadas entre os indivíduos”, faz uma indagação: “[...] será que podemos hoje falar em direitos de liberdade essencialmente individuais e preexistentes à sociedade, cuja garantia se dá apenas pela inação estatal [...]”? A conclusão, segundo a autora, é que é “difícil pensar hoje em exercício das liberdades que passem apenas pela inação estatal ou da sociedade, se não que esses direitos exigem também uma atuação [...]. Esta atuação é um agir do Estado e da sociedade. Atuação esta que deve possibilitar aos cidadãos a capacidade de poder exercer o gozo de suas liberdades adquiridas.

A doutrina em prol deste contexto de proteção a liberdades usou para estes direitos de primeira geração o termo: direitos de defesa, dissertando a autora que assim imperou o formalismo legal, tendo os direitos sua fundamentação na validade da lei, sem nenhuma pretensão de valor moral. Neste contexto Queiroz (2011, p. 29) afirma que “surge daí a ideia de direito subjetivo como poder absoluto, que reservava a seu titular o uso conforme seu benefício, sem qualquer preocupação com seus efeitos sociais”, todavia, a história constatou que o homem sozinho não se estabelece como igual motivo pelo qual conforme a autora esta evidência abalou “[...] as bases da liberdade e autonomia humanas do liberalismo, exigindo a intervenção do Estado nas relações entre indivíduos, com o objetivo de torná-las mais justas e humanizadas”. Surge o Estado social. Queiroz (2011, p. 31)

versa que este Estado surge “[...] a partir da ideia de liberdade pelo Estado e não contra o Estado [...]”.

Nesta premissa passa o Estado a reconhecer uma série de direitos para proporcionar condições materiais ao homem para que este possa gozar das liberdades que lhes foram dispostas.

Queiroz (2011, p. 32) advoga no sentido de que:

Os direitos humanos e fundamentais individuais não são direitos de um contra todos, do indivíduo contra a sociedade, e os direitos humanos e fundamentais sociais não são direitos de todos contra um, não são da sociedade contra o indivíduo [...].

A autora em continuação, analisando a doutrina que estrutura os direitos fundamentais sociais prestacionais como normas vagas e abertas, que indicam “[...] muito mais um programa para a realização do direito em si do que o próprio direito, necessitando de uma intervenção legislativa e/ou executiva para sua definição”, traz uma perspectiva diferenciada, advogando no sentido de que a norma constitucional pode ser invocada de forma original subjetivamente.

Acerca do contexto histórico de Estado liberal e Estado social, dos direitos individuais, de defesa, aos direitos sociais, prestacionais, Queiroz (2011, p. 33) afirma que “[...] os termos, já não comportam as mudanças na face dos direitos, visto que todos os direitos fundamentais são direitos que objetivam a realização do indivíduo na sociedade [...]”. Firma a autora que a integração destes direitos se dá no “[...] Estado social democrático de direito, paradigma contemporâneo de Estado que supera a dicotomia do homem como ser individual e social [...]”, esvaziando assim estas distinção “[...] individual de defesa e social prestacional”, pois “[...] o contexto contemporâneo social exige uma atuação tanto negativa como positiva nas várias gerações de direitos [...]”, arrematando que “[...] difícil é imaginarmos um direito de liberdade que não requeira uma atividade positiva estatal que não tenha uma dimensão prestacional [...]”.

Sobre a dicotomia Queiroz (2011, p. 41) firma que não se pode mais referir aos direitos fundamentais como direitos de defesa ou prestacionais, “[...] senão estaremos invalidando as possibilidades de gozo efetivo de quaisquer dos direitos, por estarem tão entrelaçados que a negativa de um implicaria a negação do outro [...]”, pois “[...] a falta da prestação de um resulta a impossibilidade de se recorrer à defesa do outro por absoluta inexistência do objeto”. Sobre este ponto,

finalizando a autora que “as classificações podem ter um bom efeito didático”, mas “[...] a decisão de enquadrar os direitos numa ou nutra classe é uma decisão convencional mais ou menos arbitrária”.

Fato é que este enquadramento e as dificuldades de implementação de seus objetos, a prestação, põe em discussão a eficácia jurídica de sua normatividade, estruturada de forma vaga e aberta, impedindo, conforme posicionamento de boa parte da doutrina que estes direitos sejam pleiteados diretamente ao Poder Judiciário, tendo como referência as normas constitucionais, pois exigem programas legislativos e/ou executivos anteriores.

Esclarecer que tipo de normas são as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais é de fundamental importância para ademais verificar a subjetividade positiva do lesado pela falta da prestação destes direitos.

Uma breve análise acerca da lógica das proposições normativas e suas estruturas apresentadas por Kelsen e Telles Jr. somadas às teorias modernas verificará se há diferenças a ponto de afetar seu pleito direto.

Kelsen (1999, p. 30), por Robert Walter em Teoria das Normas, apresenta as espécies de normas jurídicas informando que as normas jurídicas coercitivas seriam “[...] normas de um sistema, que, para o caso de violação da norma, prevê, no final, uma sanção, isto é, uma força organizada, especialmente uma pena ou uma execução”, estas em sua estrutura, “[...] possuem, pois uma parte ordenadora e uma parte sancionadora”. As normas de autorização “[...] são as que chamam determinadas pessoas [...] para criar ou derrogar um direito”, segundo o autor estas “[...] podem ser denominadas produtoras de direito”. Ademais Kelsen admite as normas jurídicas derogativas e as permissivas. As primeiras “[...] possuem, precisamente, o conteúdo para anular outra norma jurídica” e, a segunda como “[...] parte restritiva de uma norma coativa”.

Telles Jr. (1980, p. 347) afirma que “a norma jurídica se define: imperativo autorizante”. O autor explica que “ela é um imperativo porque é um mandamento. E é autorizante porque autoriza a reação contra a ação que a viola”.

Nestas vertentes uma posição se faz necessário acerca das normas fundamentais: os enunciados normativos fundamentais expressam um imperativo. Este que deve ser obedecido pelos sujeitos de dever, sob a possibilidade de sanção.

O conteúdo do enunciado normativo fundamental é a princípio amplo, devendo ser preciso no caso concreto, ou seja, a norma possibilita a sanção, a

norma autoriza o sujeito lesado exigir o seu cumprimento ou a reparação do dano, em fim a norma permite o exercício da coação.

Reale (2007, p. 93) descreve que:

Alguns autores, sob a influência de Hans Kelsen, que efetivamente trouxe preciosa contribuição ao esclarecimento do assunto, começam por dizer que a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conforme com o seguinte esquema: Se F é, deve ser C.

Reale alerta que “segundo essa concepção, toda regra de direito contém a previsão genérica de um fato, com a indicação de que, toda vez que um comportamento correspondente a esse enunciado, deverá advir uma consequência [...]”, contudo, o autor entende “[...] que essa estrutura lógica corresponde apenas a certas categorias de normas jurídicas [...], mas não se estende a todas as espécies de normas, como, por exemplo, às de organização, às dirigidas aos órgãos do Estado ou às que fixam atribuições, na ordem pública e privada”.

Explica Reale que nas normas de organização, por exemplo, “[...] nada é dito de forma condicional ou hipotética, mas sim categórica, excluindo qualquer condição”.

Reale (2007, p. 95) explica que o que caracteriza uma norma jurídica, “[...] é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de obrigação ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”.

Não aprofundando a discussão da estrutura normativa em Kelsen sobre o ser e o dever ser, Reale (2007, p. 95) afirma que a norma “[...] enuncia um dever ser porque nenhuma regra descreve algo que é [...]”, oportunidade em que cita como exemplo o art. 1º da Constituição Federal salientando que “é certo que a Constituição declara que o Brasil é uma República Federativa, mas é evidente que a República não é algo que esteja aí, diante de nós, como uma árvore [...]. Conforme Reale “[...] aquele norma enuncia que o Brasil deve ser organizado e compreendido como uma República Federativa”.

Seguindo este raciocínio existem normas sem sanção, mas que são imperativos objetivos.

Queiroz (2011, p. 46) firma que “é um imperativo objetivo porque não comporta a alternativa de aplicação e, se não há alternativa de cumprimento ou não da regra, não há hipoteticidade [...]”, arremata a autora que “[...] não cabe outra

opção de escolha, como cumprir a regra ou assumir consequências por seu não cumprimento”.

Queiroz (2011, p. 47) apresenta o art. 6º, o centro desta dissertação, e refazendo a indagação que fez utilizando a educação, indaga-se: se os indivíduos na sociedade não têm segurança adequada deve ocorrer o quê? A autora afirma que “as normas constitucionais não regulam imediatamente a relação entre particulares, com uma definição precisa da conduta e da sanção, mas regula a relação entre os particulares e a sociedade como um todo e, mas especialmente, com a sociedade estatal [...]”, instituindo garantias para a efetividade destas relações.

Enfrentado a discussão entre as duas vertentes apresentadas por Kelnsen, Telles Jr. e Reale, Queiroz (2011, p. 48) firma que “a sanção não evidenciada na formulação do enunciado da norma jurídica está espraiada no ordenamento jurídico, que garante a força imperativa de cada norma, quando não respeitado o mandamento”.

Telles Jr. (1980, p. 373 e 374) afirma que “a norma jurídica não é coativa”. Explica o autor que “[...] a norma jurídica autoriza o lesado a exercer a coação sobre o violador”. Arremata que “a coação é a força a serviço do Direito. E, precisamente por ser uma força a serviço do Direito, a coação não constitui o próprio direito”.

Adotando esta linha de pensamento a coação como firma Kelsen não é elemento essencial da norma jurídica para Telles Jr., isso porque a norma não coage, mas somente autoriza a coação.

Queiroz (2011, p. 49) diante destas premissas indaga, tendo como referência o art. 6º da Constituição Federal:

Se a sociedade não tem educação de base adequada ou acesso a serviços de saúde básica ou carece de moradia em condições ao menos para abrigar-se das intempéries da natureza e proporcionar o mínimo de segurança social, as pessoas afetadas estão, por essa norma constitucional, autorizadas a pleitear no Judiciário medidas que ponham fim à omissão estatal e da sociedade.

Queiroz continua e afirma que “o autorizamento implica a possibilidade de sanção, como medida colocada pelo direito à disposição do sujeito lesado para eventual uso, ligado à violação da norma e não à norma jurídica”, evidenciando que a prescrição da conduta é autônoma em relação a coação, havendo direito não onde

há coação, mas onde se possibilita a coação, mesmo que sua possibilidade seja precária.

Queiroz (2011, p. 50 e 53) finalmente acerca desta segunda problemática pode afirmar que “[...] quem toma a coação como possibilidade no direito admite direitos subjetivos das normas fundamentais, ainda que haja carência dos meios coercitivos de fazer os sujeitos de dever cumprir com a obrigação [...]”, afastando a estrutura programática como característica específica das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, reserva [...] à programaticidade a ideia de uma melhor forma de ação para realizar esses direitos [...]”.

Ruy Barbosa, Afonso José da Silva, Luís Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet descreveram cada qual sua classificação das normas constitucionais.

Uma análise rasteira na descrição dessas classificações estabelecerá uma sustentabilidade para firmar a eficácia normativa dos dispositivos de direitos fundamentais sociais prestacionais, afastando a mera programaticidade.

Barbosa (1993, p. 495) tendo como base a doutrina americana elaborou uma classificação das normas constitucionais, observando sua eficácia: plena ou dependente, dividindo-as normas constitucionais em normas auto executáveis e não auto executáveis.

Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto executável (*self-executing*), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei”.

Barbosa (1993, p. 475) advogava no sentido de que “[...] não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições [...]. Desta forma arremata o autor que “[...] todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos”.

Extrai-se de Barbosa (1993) que os dispositivos de direitos fundamentais sociais prestacionais embora não aplicáveis diretamente e imediatamente, sendo normas não autoexecutáveis, são normas revestidas de juridicidade.

Silva (2004, p. 75 e 76) propondo sua classificação das normas constitucionais salienta que “a classificação pura e simples das normas

constitucionais em *auto aplicáveis* e *não auto aplicáveis* não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica [...]” advogando no sentido de que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução”.

A classificação proposta por Silva (2004, p. 82) é em normas de eficácia plena onde “[...] incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais [...], todos os objetivos visados pelo legislador constituinte”. Silva firma que a estas o legislador criou “[...] desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui o objeto”; em normas de eficácia contida que “[...] se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”; e, por fim as de eficácia limitada que “[...] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade [...]”.

Silva (2004, p. 86) apresenta um esquema que divide as normas de eficácia limitada em dois grupos: “normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos”.

Silva (2004, p. 151) acerca dos direitos sociais disse que “certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”, todavia não é a posição do autor o qual firma que “a doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito a nacionalidade”.

Continua o autor esclarecendo que os direitos sociais:

São direitos fundamentais do *homem-social*, até se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdade.

Barroso (2006, p. 91 a 117) toma em conta a destinação e o que a norma define. Acerca das normas de organização seriam aquelas que “[...] contém o arcabouço da organização política do Estado. Ela institui os órgãos da soberania, define-lhes a competência e determina as formas e processo de exercício do poder

político". As normas definidoras de direitos "[...] definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal". Estes direitos geram situações subjetivas imediatamente desfrutáveis a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. As normas programáticas "[...] destinam-se à consecução de determinados fins", estabelecendo princípios ou finalidades públicas a serem alcançadas pelo Estado.

Queiroz (2011, p. 63) afirma que "[...] em boa medida, tem a importância por afastar dos direitos fundamentais sociais prestacionais a "pecha" de normas programáticas".

Sarlet (2009, p. 162) por sua vez dedicando um capítulo de sua obra a criticar as concepções clássicas, em especial as apresentadas em linhas transadas, advoga em sentido contrário ao de Queiroz (2011), apresentando sua classificação em dois grupos: direitos de defesa e direitos à prestação, este ultimo grupo dividido em direitos prestacionais em sentido amplo e direitos prestacionais em sentido restrito, atrelando-se ao critério funcional que assumem os direitos na Constituição.

Salet (2009, p. 163) salienta que "[...] a classificação de acordo com o critério funcional é suficiente abrangente e elástica para viabilizar sua adaptação às peculiaridades do direito constitucional positivo [...]" . Acrescenta o autor que esta classificação funcional propiciará "[...] elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais, com a aplicação na seara hermenêutica, inclusive no que concerne ao problema da eficácia das normas de direitos fundamentais".

Para o autor "os direitos de defesa costumam ser considerados como previstos em normas de eficácia plena [...]" e os direitos a prestações, "[...] se apresentam problemas comuns que levam a doutrina e a jurisprudência a encará-los, no mais das vezes, como contidos em normas de eficácia limitada".

Sarlet (2009, p. 167 a 207) expõe um esquema de sua classificação, restando de forma resumida expor que os direitos de defesa "[...] constituem em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade", todavia, alerta que "[...] há que tecer algumas considerações sobre quais direitos fundamentais efetivamente integram este grupo".

A esta observação Sarlet (2009, p. 166) dispõe que "[...] verificar-se-á que no âmbito dos direitos sociais convivem simultaneamente direitos de defesa (liberdade e igualdade) e direitos prestacionais". O cuidado do autor se dá porque

“[...] à luz do critério adotado, a expressão direitos sociais não se revela adequado para servir de epígrafe ao grupo dos direitos a prestações”.

Sarlet (2009, p. 173) traz um subtema: “dos direitos fundamentais sociais como direitos de defesa”. Neste ponto o autor adverte que

Especificadamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, impõem-se aqui ao menos uma breve referência ao fato de que o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito a saúde, educação, assistência social, etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa.

Acerca desta afirmação Sarlet (2009, p. 186) arremata que:

Com efeito, o direito à proteção judiciária e à segurança, pelo menos em relação aos direitos como tais requeridos pelas constituições liberais, pode ser reconduzido às funções do Estado de Direito, pois abrange todos os direitos e não apenas os direitos sociais.

Sarlet (2009, p. 185) discorre que os direitos fundamentais como direitos a prestações “[...] objetivam, em ultima análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também a liberdade por intermédio do Estado [...]”.

Continua o autor salientando que “[...] o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos”.

Ainda buscando robustecer que tipo de normas constituem os dispositivos acerca dos direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial o direito de segurança, resta expor breves comentários acerca da ampliação do sentido das normas jurídicas, passando estas a gênero, tendo como espécies regras e princípios.

Dentre vários consagrados autores esta dissertação, no que tange esta discussão, se valerá de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin (2002, pag. 39 e 42) afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”. Salientando o autor que a diferença entre regras e princípios está na dimensão da validade discorre que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida [...] ou não é válida”. Já acerca dos princípios Dworkin afirma que

“não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. Os princípios para o autor “[...] possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”, esta que deve ser considerada em cada questão jurídica.

Alexy (2017, p. 85 a 90) traz a distinção entre princípios e regras. Esta distinção é de suma importância para analisar a estrutura das normas de direitos fundamentais. O método que o autor adota não envolve o grau de generalidade ou abstração das normas, mas uma distinção qualitativa. Advoga Alexy (2017, p. 90) que sem essa distinção não se estabelece uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico, versando, assim, que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios, são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

A distinção entre regras e princípios estabelece a tese central da obra do autor: os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização, firmando Alexy (2017, p.103) que “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”.

Alexy (2017, p. 510) salienta que “todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos”.

Alexy afasta dos direitos fundamentais sociais prestacionais a qualificação de normas programáticas, concebendo-os como direitos *prima face*. Conforme o autor somente em um caso concreto poderá ser expresso de forma definitiva os direitos sociais fundamentais, pois como proposições de princípios não estipulam direitos definitivos, mas mandamentos de otimização.

Os direitos fundamentais sociais prestacionais enunciam mandados de que algo seja feito da melhor forma possível, observando no caso concreto as possibilidades fáticas e jurídicas.

Queiroz (2011, p. 69) versa que o “[...] o conteúdo do direito enunciado é o máximo dentro das possibilidades jurídicas”, acrescentando que “o conteúdo em si do direito é definitivo, os seus limites é que são ponderados; é o alcance do direito, a extensão de seu conteúdo, à primeira vista amplo, que se define numa dada questão jurídica pelo processo ponderativo”, arrematando que “[...] são os limites, o alcance dos direitos, a primeira vista amplo, que se pondera e não os direitos em si”.

Esta dissertação filia-se a concepção de que as disposições de direitos fundamentais sociais prestacionais são princípios imperativo autorizante que conforme Queiroz (2001, p. 70) “[...] ordenam a concretização do objeto na maior medida possível e autorizam a reação do sujeito lesado, no sentido de compor seu direito, a primeira vista amplo, diretamente a partir da Constituição [...]”, ou seja “[...] são definidoras de direitos *prima face* e não programas, assim como os direitos subjetivos que partem delas”, diferenciando, assim, direito e programação para a realização do direito, estes que de ações legislativas ou executivas tornarão melhor exequíveis as disposições constitucionais que se prestam.

O direito à segurança pública, estatuído no art. 6º da Constituição Federal é realizado coletivamente através de programas, um viés desse direito social que o é independentemente daqueles programas ou imposições constitucionais destinados a assegurar sua efetividade.

Direito de segurança como se verá no transcorrer deste trabalho gera direitos subjetivos fundamentais originários, mesmo que *prima face*. A falta de programas para sua concretização não retira a fundamentabilidade de direito, podendo o lesado em um caso concreto se valer do texto constitucional, de forma originária, para buscar reparação, em especial quando da omissão estatal.

#### **4.2 Direito difuso de segurança e dever de segurança do Estado**

Como encarar a luz da atual realidade brasileira, seja no aspecto socioeconômico e jurídico, o direito fundamental social de segurança pública?

Santin (2004, p. 23) salienta que o clima de insegurança que assola o país inteiro, põe em destaque a segurança pública “[...] proporcionando um campo fértil para discussão dos mecanismos públicos de combate à criminalidade, principalmente sobre a eficiência e adequação das atividades públicas [...]”, sejam estas preventivas ou repressoras.

Fato é que existe um descontentamento e um sentimento de insegurança generalizado, não necessitando de dados estatísticos que comprovem tal afirmação, sugerindo assim conforme o autor “[...] a necessidade de estudos de análise e verificação da quantidade, qualidade e eficiência do serviço de segurança pública”.

Santin (2004, p. 25 a 34) lembrando a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale versa sobre a importância da intervenção normativa do legislador, visto que “[...] pela sucessão de fatos na sociedade a eficiência da segurança pública transformou-se num valor social [...]”, onde as “[...] políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para execuções de lei)”, arrematando o autor que estas políticas “não são apenas atos meramente políticos ou de governo [...].

Em linhas transatas este trabalho versou sobre as gerações de direitos, trilhando uma discussão acerca dos direitos fundamentais sociais, sua terminologia e a eficácia jurídica dos dispositivos constitucionais que os firmam. Neste tópico uma especial atenção acerca do direito de segurança, utilizando as lições de Santin (2004, p. 76 e 77) que expôs uma narrativa histórica acerca do direito de segurança lembrando que este “[...] sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como no Estado moderno [...]. O autor frisou que o direito de segurança se estabelece “[...], pelo fornecimento de proteção ao povo para a garantia da paz e tranquilidade e da incolumidade pessoal [...].”

Santin (2004, p. 77) cita dos diplomas legais a Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem (1789) encabeçando a primeira geração de direitos, estas que fizeram explicitar os “[...] os direitos da liberdade, igualdade, segurança, propriedade, direito de voto e direitos individuais (direitos individuais e da liberdade)”.

Continua o autor e no que tange a esta dissertação informar que “o direito à segurança pública aparece expressamente nos principais documentos normativos caracterizadores da época”. Na declaração dos Direitos da Virgínia, expedida em 1776, prevê o art. 3º: “O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade”. Na Declaração do Homem e do Cidadão, em 1789, estabelece no art. XII que: “A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita da força pública; esta força é instituída pela vantagem de todos e não para a utilidade particular daqueles aos quais foi confiada”,

e o art. 8º da Constituição de 1793 define a segurança como “a proteção concebida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”.

Santi (2004, p. 78) versa sobre a segunda geração de direitos e para tanto cita a Constituição Mexicana, de 1917 e Constituição Russa, de 1919 quando foram “[...] destacados os direitos sociais, relações trabalhistas, educação, direitos econômicos e culturais”. Nestes o autor salienta que “[...] a segurança pública continua presente, por sua integração como direito social [...]”.

Seja na primeira ou na segunda geração não se prescinde de inclusão ou atenção o direito à segurança pública, absorvendo este vários direitos, sendo componente do direito da personalidade.

A dimensão atual do direito à segurança pública tem previsão expressa na Constituição Federal do Brasil, desde o preambulo e nos arts. 5º, 6º e 144.

Santi (2004, p. 80) acrescenta que sendo o direito de segurança pública “[...] decorrente do Estado democrático de Direito [...]” se extrai previsão da cidadania e dignidade da pessoa humana, valores princípios estatuídos no art. 1, II e III e dos objetivos fundamentais da república, sociedade livre, justa e solidária e bem de todos, previstos no art. 3º, I e IV.

Novelino (2008, p. 229) afirma que “o reconhecimento e a mera declaração de um direito pela Constituição não são suficientes para assegurar sua efetividade”. O autor salienta que “é necessária a existência de mecanismos capazes de protegê-los contra potenciais violações” e, a Constituição criou instrumentos para assegurar a proteção desses direitos, exigindo do Estado um mínimo de garantia para que sejam normatizados.

Investigar o que vem a ser segurança pública do ponto de vista da ciência do Direito e buscar sua natureza jurídica é de fundamental importância para o norte de como este direito deve ser encarado.

Santin (2004, p. 80 e 81) sustenta que “o termo segurança constante do preâmbulo e dos arts. 5º e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública [...]”<sup>27</sup>. Salienta o autor que

---

[...] estranha a consideração do termo segurança como segurança jurídica, relativa à firmeza do ordenamento legal e das relações jurídicas, porque o

<sup>27</sup> Apesar dos diversos sentidos ao termo “segurança”, esta dissertação se satisfaz com o que defende Santin (2004, p. 80 e 81).

próprio sistema constitucional e normativo já configura a própria segurança jurídica, embasada num estatuto fundamental, a Constituição Federal, prevendo direitos e garantias individuais e coletivas e a formação do Estado Democrático de Direito, em que o direito tem grande importância. Numa visão da segurança pública em relação à validade, vigência, eficácia e vigor, percebe-se que não há barreira normativa para a exigência do fornecimento de serviço com eficiência.

Firma então o autor que este direito deve ser “[...] predominantemente de caráter difuso, que visa tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, acrescentando que o direito de segurança pública é “[...] componente importante para a proteção da dignidade da pessoa humana [...] e exercício dos direitos sociais e individuais [...]”.

Acerca da normatividade constitucional que versa sobre o direito de segurança pública, tendo como base o que fora transcorrido e analisado no subitem anterior Santin (2004, p. 81) não diverge, expondo que os dispositivos que “[...] impõe o dever do Estado de fornecer serviço de segurança pública para a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio tem validade formal e material [...]”. Acrescenta o autor que esta afirmação se deve “[...] porque foram obedecidas as condições de competência do órgão legiferante, por meio do constituinte originário [...]”.

Arremata o autor:

A norma fundamental tem dupla função porque estabelece o próprio direito à segurança pública como garantia fundamental individual e social, dando o conteúdo específico do direito (receber proteção do Estado para a manutenção da ordem pública e incolumidade pessoal e do patrimônio, art. 144, *caput*, CF), de forma eficiente (art. 37, *caput*, CF e 144, §7º, CF), e também atribui competência para o legislador sobre a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

Ainda sobre a eficácia normativa dos dispositivos constitucionais acerca do direito fundamental (individual e social) de segurança pública afirma Santin (2004, p. 83) que “[...] é plena, não limitada como poderia parecer da previsão do texto constitucional de que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública de maneira a garantir eficiência de suas atividades [...]”.

Continua o autor expondo que “não é suficiente para a diminuição da exigibilidade e rotulagem como mera norma programática e dependente de

legislação infraconstitucional [...]. Alerta o autor que “[...] os órgãos policiais foram organizados e estão em funcionamento há muito tempo”.

Santin (2004, p. 84) acrescenta que “a previsão da disciplina pelo verbo futuro (disciplinará) não transforma o texto constitucional em mera norma programática destituída de efeito ou importância no cenário normativo”. Sobre a utilização de verbos no futuro pelo texto constitucional frisa o autor que deve se seguir o mesmo raciocínio quando da observação ao verbo obedecerá, no art. 37, *caput*, onde “[...] não se cogita a inexigibilidade de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência”, assim como ocorre também no art. 125, *caput* quando versa que a lei disporá. O autor alerta que a este ultimo “[...] não se duvida que estes órgãos públicos já funcionavam e atuavam normalmente logo após a promulgação da Constituição Federal, independentemente de outras providências legais”. Lembra o autor que aqueles órgãos “[...] já estavam regulamentados em funcionamento na ocasião, por normas jurídicas (leis orgânicas e outras fontes) anteriores, que foram perfeitamente recepcionadas pelo novo ordenamento jurídico [...]”.

Alvim (2003, p. 1) afirma que “de todos os bens terrenos, o direito à vida, à liberdade e o à segurança constituem a santíssima trindade dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Salienta o autor que sem estes bens terrenos “[...] o homem não passa de um prisioneiro da sua própria insegurança [...]”. Continua o autor afirmado que “o direito à segurança, na verdade, é o direito guardião dos direitos fundamentais, pois sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada”. Continua o autor em versar que se o Estado de direito não prover segurança a seus administrados, este “[...] se transforma no estado da desordem, da insegurança e do desrespeito à ordem juridicamente constituída”, sendo “[...] um ente virtual, incapaz de cumprir os seus objetivos constitucionais [...]”.

Arremata o autor que sem segurança se faz “[...] cada vez mais presente o estado marginal, que amplia cada vez mais os seus domínios, descendo o morro para ocupar o asfalto”.

A Segunda Turma do STF através do julgamento do RE 559.646 – AgR de 07 de junho de 2011 afirmou que o direito à segurança “é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”.

Este julgamento ainda acrescentou que “[...] é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas [...].”

A Constituição Federal traz no Título V Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas e, no Capítulo III Da Segurança Pública, explicitando o art. 144 do texto constitucional que o dever de segurança pública é do Estado.

A segurança pública não é apenas uma opção de governo, é um dever do Estado. Possui natureza jurídica de direito fundamental, sendo classificado como um dos Direitos humanos.

Santin (2004, p. 80) versa que “pelos valores que protege e resguarda para a qualidade de vida comunitária tranquila e pacífica [...] não há divergência sobre a condição de direito fundamental do direito à segurança pública”.

As políticas públicas que deve o Estado adotar para que o direito social de segurança atenda ao princípio da máxima efetividade, ou seja, seja eficiente, deve atender ao que se dispõe no dispositivo constitucional o qual sustenta que a segurança pública “[...] é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...].”

O exercício do dever estatal para assegurar o direito de segurança pública é realizado através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, policiais militares e corpo de bombeiro militares. Cada órgão possui, constitucionalmente, suas competências e atribuições devidamente definidas.

Os municípios, conforme dispõe o §8º do mesmo dispositivo constitucional, “[...] poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Bastante salientar que segurança pública não se restringe a atividade policial.

Silva (2012, p. 649), expressa que a segurança pública “[...] consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e defesa de seus legítimos interesses”.

Para o alcance de um estado de paz e harmonia social a Administração Pública deve atuar em outras áreas, em especial a social.

Expressando a Constituição Federal de 1988 no art. 6º o direito social à segurança, explicita a existência legal e reconhecimento deste direito, todavia,

necessário se faz assegurar as prestações positivas por parte do Estado através dos órgãos responsáveis, instituídos conforme o art. 144 mediante a adoção de verdadeiras políticas públicas para que os direitos individuais de todos que compõem a sociedade possam efetivamente ser exercidos.

Alvim (2003, p. 1) afirma que “a falta da segurança no Estado de direito afeta não apenas os direitos fundamentais da pessoa humana, mas, principalmente, as instituições públicas [...]. Retrata o autor através de vários exemplos<sup>28</sup> que infelizmente “[...] as forças policiais que, criadas para dar segurança à sociedade, não cumprem esse objetivo”, gerando uma sensação de insegurança que “[...] vem obrigando a sociedade a se organizar para ocupar o espaço que deveria ser ocupado pelo Poder Público [...]”.

Alvim versa que “[...] sem segurança, o próprio poder político fica comprometido”.

Arremata o autor que o direito segurança “[...] é objeto de gozo individual apenas enquanto seja possível o seu gozo coletivo por todos [...]”, pertencendo assim a uma categoria de direitos que “[...] não pertencendo a ninguém, em particular, pertence a todos, em geral [...]”.

A forma correta de expressar a natureza jurídica do direito de segurança é de fundamental importância, pois irá refletir na legitimidade *ad causam* para em situações concretas buscar a tutela destes direitos.

Sendo o direito de segurança como um direito difuso, transindividuais, metaindividuais ou superindividuais, visto a esfera deste ultrapassar a individualidade, seu interesse também é difuso, pois seus titulares, assim como expressa o art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor são “[...] pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O direito protegido é um interesse difuso (legítimo) e, este interesse como afirma Alvim (2003, p. 1) “[...] constitui uma situação marcada por uma garantia instrumental da legalidade do comportamento administrativo”.

---

<sup>28</sup> "Comboio do tráfico ataca PMs na Linha Amarela (O Globo, sexta-feira, 12 de julho de 2002, 1º caderno, p. 19); O torcedor Antônio Carlos Machado, de 26 anos, morreu anteontem à noite com um tiro de fuzil no peito disparado por traficantes, quando um ônibus da torcida do Fluminense passava pela Linha Amarela. A 50 metros do local, policiais faziam uma blitz."( O Globo, domingo, 1 de setembro de 2002, 1º caderno, p. 1)".

Como um direito e um interesse difuso o particular o exerce de forma *uti universi* e não *uti singuli*, visto a natureza indivisível, motivo pelo qual sua proteção ou tutela eficaz se alcança melhor de forma coletiva.

O direito de segurança pública, sendo um interesse difuso, é protegido através de tutela coletiva e, de forma reflexa tutelando-o, eventuais direitos subjetivos estarão sendo protegidos.

A legitimidade para exigir do Estado a tutela da segurança pública de forma difusa tem como um dos legitimados<sup>29</sup> o Ministério Público como prevê o art. 129, III da Constituição Federal de 1988 e o art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor e a Lei 7.373 de 24 de julho de 1985 que dispõe sobre a Ação Civil Pública, caso o Estado, seja nas esferas federal e estadual não adotar as medidas que possam concretizar e assegurar a inviolabilidade do direito à segurança, podendo o ente de poder ser condenado a uma obrigação de fazer no caso de omissão.

Alvim (2003, p. 1) traz uma reflexão interessante neste ponto quando afirma que:

Seria um absurdo que a poluição atmosférica numa favela autorizasse o ajuizamento de uma ação civil pública para fazer cessar os danos à saúde dos favelistas, e a atividade marginal do tráfico de drogas que põe em risco permanente o seu direito à vida, não autorizasse [...].

Todavia, uma vez violado o direito de segurança seja pela omissão ou por má prestação do serviço, de forma individual, caso advenha dano, poderá o prejudicado, exercer seu direito subjetivo, buscando reparação indenizatória do Estado que, conforme dispõe o dispositivo Constitucional do art. 5º, XXXV, “[...] não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

#### **4.3 Serviço de segurança pública**

Estabelecer uma noção do que seja serviço público, firmando ademais um conceito não é uma tarefa tão simples, como afirma Bandeira de Mello (2012, p. 637 e 638), alertando que “[...] adotar uma noção com contornos desatados não apresenta préstimo algum, sobretudo para a problemática atual do Direito

---

<sup>29</sup> Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e V - a associação que, concomitantemente: [...].

Administrativo e em particular para a sistematização das atividades administrativas [...]”.

Meirelles (2008, p. 333) afirma que “o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico [...]. Acrescenta o autor que “Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época”.

Continua Meirelles (2008) salientando que

Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem outras, sabidamente dispensáveis pela comunidade, que são realizadas pelo Estado como serviço público [...].

Ainda neste prisma o autor afirma que “Também não é a atividade em si que tipifica o serviço público [...], aqui o autor alerta que “[...] algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos [...]”.

Bandeira de Mello (2012, p. 689) firma que “o serviço público constitui-se em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem assento constitucional [...]. Alerta o autor que a Constituição especifica “[...] um vasto campo de deveres do Estado Brasileiro em relação à sociedade [...]” que devem ser cumpridos através de atividades denominadas de serviço público.

Meirelles (2008, p. 333 a 334) explicita seu conceito de serviço público como “[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”, salientando que a qualificação de serviço público ou de utilidade pública “[...] é vontade soberana do Estado [...].”

Esta dissertação respeitando a conceituação de serviço público fornecida por Hely Lopes Meirelles e outras tanto se valerá para fundamentar demais afirmações do conceito de serviço público oferecido por Bandeira de Mello (2012, p. 687):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob o regime de Direito Público – portanto, consagrador de

prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Através de determinado serviço público o Estado deverá propiciar e assegurar a satisfação do interesse público nele esculpido.

Para que o serviço público possa garantir de forma eficiente a convivência em coletividade se faz necessário que o regime jurídico que o define atente a dado sistema de princípios e regras.

Bandeira de Mello (2012, p. 690) salienta que “[...] só merece ser designado como serviço público aquele [...] que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo”. O autor, neste ponto conceitual afirma que, “[...] um conceito jurídico é necessariamente um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípio e normas”, concluindo que a noção de serviço público se compõe, necessariamente de dois elementos: “[...] um substrato material, consistente na prestação da utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados e um traço formal [...] consistente em um específico regime de Direito Público”, chamando este ultimo de “unidade normativa”.

Fato é que o Estado, de forma constitucional, assumiu como próprias determinadas atividades que devem ser oferecidas aos administrados em geral como utilidades ou comodidades materiais. Algumas destas atividades sequer estarão dispostas a esfera da livre iniciativa privada.

Citando a doutrina francesa de René Chapus, Abudi e Ducos-Ader, Laubadere, Venezia e Gaudemet e no Brasil Hely Lopes Meirelles, Bandeira de Mello (2012, p. 692 a 695) ressaltando que “no serviço público [...] a figura estelar não é seu titular nem o prestador dele, mas o usuário”, visto que “[...] é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe”, explicita dez princípios do serviço público firmando o seu regime jurídico:

Em nosso entender, os princípios do serviço público – que se constituem no aspecto formal do conceito e compõe, portanto, seu regime jurídico – são os seguintes: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) Princípio da universalidade; 5) princípio da continuidade; 6) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas e 10 ) princípio do controle.

O Estado possui diante deste regime jurídico o dever inescusável de promover a prestação do serviço público, tendo como norte obrigatório as conveniências da coletividade e aberto a generalidade deste público sem qualquer discriminação, adaptando-se, atualizando-se, ou seja, sendo moderno, continuo, sem suspensão ou interrupção, bem como transparente, fundamentando, motivando as decisões que lhe sejam inerentes e sobre as condições de sua prestação, desfrutando o administrado, se assim for de modicidade de tarifas.

Chama atenção Bandeira de Mello (2012, p. 697) de que a titularidade do serviço poderá não ser a titularidade da prestação do serviço, pois “o fato de o Estado [...] ser titular de serviços públicos [...] não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua [...]”.

Alguns serviços públicos são deveres do Estado, impostos pela Constituição ou leis infraconstitucionais e, não os prestando, estará conforme o autor “[...] obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação”.

Não convém este trabalho, visto a especificidade do tema escolhido, segurança pública, tratar sobre autorização permissão ou concessão de serviços públicos, sugerindo a leitura das obras administrativas de Bandeira de Mello e de Hely Lopes Meirelles, todavia, explicitando de forma sucinta, em momento, as espécies ou classificações dos serviços públicos conforme a doutrina deste último autor, tecendo comentários acerca daquelas que desenvolvem o raciocínio desta dissertação.

Como dito por Meirelles (2008, p. 334) a qualificação de serviço público ou de utilidade pública “[...] é vontade soberana do Estado [...]”, entretanto o autor alerta que “essa distribuição de serviços não é arbitrária, pois atende a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, que respondem pela legitimidade, eficiência e economicidade na sua prestação”.

Meirelles (2008, p. 334) afirma que “Diante dessa realidade, impõe-se classificar os serviços públicos pelos caracteres comuns do gênero e traços distintivos das espécies em que se diversificam”. O autor apresenta então sua classificação “[...] levando-se em conta a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços [...]”, classificando os serviços públicos em: “[...] públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *"uti universi"* e *"uti singuli"* [...]”.

Os serviços públicos propriamente ditos, conforme o autor, a Administração Pública os presta de forma direta, sem delegação a terceiros, visto a “[...] exigência de atos de impérios e medidas compulsórias em relação aos administrados”. Estas espécies de serviços públicos são reconhecidos pelo Estado como essenciais e necessários “[...] para sobrevivência do grupo social e do próprio Estado”. Cita como exemplos “[...] os de defesa nacional, os de polícia [...]”.

Aqueles que o autor intitula como sendo de utilidade pública, em que a Administração “[...] reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros [...]”, estes sob o regime de concessão, permissão ou autorização. Cita como exemplo os serviços de “[...] transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone”. Estes que “[...] nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários”.

Os serviços próprios do Estado, afirma Meirelles (2008, p. 334), “[...] são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.)”. Frisa que “[...] para a execução [...] a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados” e, “por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares”.

Acerca dos serviços impróprios do Estado continua o autor afirmando que “[...] são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros [...]. Estes serviços são prestado pela Administração direta ou indiretamente de forma remunerada, [...] mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente”.

Serviços administrativos para Meirelles (2008, p. 335) “[...] são os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público”. Cita como exemplos “[...] os da imprensa oficial [...]”.

Os serviços públicos ainda podem ser prestados conforme Meirelles (2008, p. 335) de forma *uti universi* ou gerais e *uti singuli* ou individuais. Os primeiros afirma o autor que “[...] são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública [...]. Acrescenta que “[...] esses serviços satisfazem

indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro". O segundo salienta o autor que "são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares". Diferente dos gerais os individuais, "[...] desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares".

Estas premissas firmam que segurança pública é uma atividade do Estado que deve ser prestada através de serviços públicos.

O serviço de segurança pública é de relevância pública e, sendo de prestação exclusiva do poder público é indelegável.

A Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007<sup>30</sup> em seu art. 3º firma que o serviço de segurança pública é imprescindível "[...] à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]".

A prestação do serviço de segurança pública é de forma *uti universi*, visto a indeterminação de seus destinatários. Em linhas transatas foi mencionado que para a tutela difusa deste direito, no que se refere à prestação e à qualidade desta, um dos legitimados é o Ministério Público.

Sendo o serviço de segurança pública indivisível, visto esta impossibilidade de determinar o seu usuário, o seu custeio se faz mediante impostos e não através de taxa<sup>31</sup>, motivo pelo qual citando como exemplos: a Cobrança de Taxa de Segurança Preventiva (TSP) instituído pela Lei Estadual nº 10236, de 28 de

<sup>30</sup> Esta legislação revogou a Lei 10.277, de 10 de setembro de 2001.

<sup>31</sup> Não se pode confundir o fato gerador da taxa (exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição – art. 77, do CTN) com a atividade policial enquanto serviço público de segurança. É porque, como já mostramos, a Polícia não se confunde com o poder de polícia, embora o detenha. A taxa pelo exercício do poder de polícia, conforme melhor doutrina, só pode ser cobrada se houver um benefício específico, individual à custa dos cofres públicos, o que não ocorre com os serviços de segurança pública, vez que têm caráter geral. 18 “Em face do artigo 144, caput, inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público. Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública.” (ADI 1.942-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22/10/99 )”. In <http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao>, Acessado em 14 de novembro de 2017.

dezembro de 1992, no Estado do Paraná que viabilizaria recursos financeiros para o Fundo de Modernização da Polícia Militar (FUMPM) sofre Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3717), intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a taxa pela Utilização Potencial do Serviço de Segurança Pública, instituído pela Lei Estadual nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975 do Estado de Minas Gerais, art. 113, III, sofreu Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 102.059-3); e a Cobrança de Taxa de Utilização de Serviços Prestados por órgãos de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, Lei Estadual nº 13.084, de 29 de dezembro de 2000 que criou o Fundo Especial de Reaparelhamento dos órgãos de Segurança Pública e Defesa da Cidadania do Estado do Ceará (FUNDECI) que sofreu Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2424-8).

Salutar que serviços prestados por órgãos que compõe a Secretaria de Segurança Pública quando de forma *uti singuli* estão sofrendo cobrança de taxas, tendo como referência o Decreto Estadual nº 31859, de 29 de dezembro de 2015 do Estado do Ceará que estabeleceu Taxas de Fiscalização e Prestação de Serviços Públicos.

Analizando o Decreto Estadual nº 31859 do Estado do Ceará, tendo como base o art. 1º, I e II que logo expressa que tem como fato gerador: “o exercício regular do poder de polícia e a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte e posto à sua disposição”, remonta o trabalho aos ensinamentos doutrinários de Bandeira de Mello (2012, p. 699) quando diferencia o serviço público do poder de polícia. Este que conforme o autor o Estado “[...] mediante lei, condiciona, limita, o exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social”.

O autor é bastante incisivo quando esclarece a seu leitor a diferença entre serviço público e poder de polícia quando salienta que “para o leigo, insciente das coisas jurídicas, podem aparecer como serviços públicos [...]”, oportunidade em que cita como exemplo algumas atividades: “[...] perícias, exames, vistorias, efetuadas pelo Estado ou suas entidades auxiliares [...]”.

O Decreto Lei nº 31859 do Estado do Ceará traz em seus anexos as atividades que serão objeto de taxa.

Bandeira de Mello (2012, p. 700) acerca desta diferenciação arremata que:

Enquanto o serviço público visa oferecer ao administrado uma utilidade ampliando assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social.

Finalmente o autor finaliza afirmando que o poder de polícia “[...] são atos rotineiros de polícia administrativa [...]” (não devendo confundir com atos de polícia judiciária ou polícia militar que também possuem poder de polícia), distintos dos atos de prestação de serviço público.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 22 trouxe importante esclarecimento acerca de uma das características do serviço público: a continuidade. Os serviços de segurança pública não podem ser interrompidos, pois são essenciais e contínuos. A Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, que revogou a Lei nº 10.277, de 10 de setembro de 2001, considera os serviços de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio imprescindíveis.

O mesmo dispositivo consumerista ainda traz referência a adequação, eficiência e segurança dos serviços públicos, devendo assim se prestar aqueles oferecidos pela segurança pública, sujeitando a sua falta ou má prestação, reclamação, conforme o art. 37, §3º da Constituição Federal por parte dos administrados usuário.

Expressado o direito de segurança pública e seu serviço, segue a análise de sua natureza e sua reparação através de institutos de controle constitucional quando frente à omissão.

## 5 DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO A REPARAÇÃO POR DANOS CAUSADOS PELA OMISSÃO ESTATAL AO DIREITO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Verificado o fundamento e espécies de responsabilidade civil e superado a questão sobre a classificação das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, resta este trabalho analisar a possibilidade de sua subjetividade e judicialidade direta e originária constitucional, especialmente quando o administrado estiver frente a um dano causado pela omissão do Estado ao direito de segurança pública.

Queiroz (2011, p. 76) verifica em sua obra “[...] em que posição jurídica subjetiva se encontra os sujeitos de direitos dos direitos fundamentais sociais prestacionais”. Lembra a autora que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são normas definidoras de direitos, “[...] ainda que *prima face* [...]”, indagando então: “[...] que tipo de direitos subjetivos geram essas normas?” Esta resposta segundo a autora requer uma “[...] abordagem sobre a eficácia das normas, sua exigibilidade e a relação destas com o direito subjetivo, e, ainda uma diferenciação das posições jurídicas subjetivas”.

Kelsen (1999, p. 88 a 102) inicia e desenvolve o tópico “direito subjetivo: atribuição de um direito e atribuição de um poder ou competência”. A didática escolhida pelo autor é interessante à compreensão, segundo sua ótica, acerca do que seja direito subjetivo. Para tanto não dispensou críticas ao jusnaturalismo visto as concepções dualistas entre direito objetivo e direito subjetivo, onde este “usualmente contrapõe-se ao dever jurídico o direito como direito subjetivo, colocando este em primeiro lugar”, a ponto de “na descrição do Direito, o direito (subjetivo) avulta tanto no primeiro plano, que o dever quase desaparece por detrás dele e aquele”.

Expõe o autor que a linguagem jurídica utilizada na Alemanha e na França para designar o direito, sistema das normas é a palavra *Recht* e a palavra *Berechtingung* como direito subjetivo, direito de determinado sujeito, acrescentando que “[...] na linguagem jurídica inglesa dispõe-se da palavra *right* quando se quer designar o direito (subjetivo), o direito de um determinado sujeito, para o distinguir da ordem jurídica, do Direito objetivo, da *law*”, alertando que “o entendimento da

essência do direito subjetivo é dificultado pelo fato de com esta palavra serem designadas várias situações muito diferentes umas das outras".

Kelsen buscando a definição de dever jurídico para ademas versar que é deste que se deriva o direito subjetivo que aqui se busca definir, verifica duas situações: a primeira que se "[...] se refere à afirmação de que um indivíduo tem o direito de se conduzir de determinada maneira [...]" e a segunda um ou todos os indivíduos "[...] estão juridicamente obrigados a conduzirem-se por determinada maneira diretamente em face de um outro indivíduo, o indivíduo que é titular do direito".

Assim a obrigação de um indivíduo em face de um outro indivíduo pode se apresentar no fazer ou não fazer, no agir ou não agir (omissão), em uma conduta positiva ou negativa.

Este trabalho analisará a acepção da conduta quando diante da obrigação de um indivíduo em face de outro. Em especial quando este indivíduo estiver revestido de instituição, o Estado.

Nesta acepção Kelsen (1999, p. 89) afirma que "a conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é designada, num uso de linguagem [...] como conteúdo de um direito, como objeto de uma pretensão correspondente ao dever". O autor esclarece que "esta situação, designada como direito ou pretensão de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros" e, que "essa conduta do outro correlativa da conduta devida do primeiro indivíduo, particularmente enquanto se traduz na exigência da conduta devida, é considerada como exercício de um direito".

O direito subjetivo para Kelsen (1999, p. 90) parte então da ideia de reflexo do dever jurídico. Salienta o autor que "se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como "direito", este direito é apenas um reflexo daquele dever", sendo o sujeito da relação "[...] apenas o obrigado, isto é, aquele indivíduo que pela sua conduta pode violar ou cumprir o dever", pois "o indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual esta conduta há de ter lugar, é apenas objeto da conduta [...]".

Alerta Kelsen (1999, p. 91) que não se deve presumir um "[...] direito subjetivo reflexo em todos os casos de um dever jurídico", ou seja não se tem direito subjetivo derivado de todo dever jurídico".

Acerca da pretensão Kelsen afirma que esta “[...] a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não cumprimento do dever se possa fazer valer através de uma ação judicial”.

Kelsen (1999, p. 93) versa que a jurisprudência tradicional traz o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, oportunidade em que tece críticas ao dualismo do Direito Natural, pois contrapõe o direito em sentido subjetivo ao direito em sentido objetivo. Afirmando que

Do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse - protegido pelo Direito -, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo. E esta proteção consiste no fato de a ordem jurídica ligar à ofensa desse interesse uma sanção, quer dizer, no fato de ela estatuir o dever de não lesar esse interesse.

Kelsen apresenta o Direito subjetivo como poder jurídico, inclinando sua doutrina a teoria da vontade, salientando que com esta é definido um objeto diferente daquela “[...] a saber, define-se uma autorização ou atribuição de competência, um poder jurídico conferido ao indivíduo pela ordem jurídica”.

Este poder segundo Kelsen (1999, p. 94):

[...] existe quando, entre os pressupostos da sanção que constitui um dever jurídico, se conta uma atuação, em forma de ação judicial, normalmente realizada pelo indivíduo em face do qual o dever existe, atuação essa endereçada ao órgão aplicador do Direito e visando a execução daquela sanção.

Aqui se indaga se o direito de segurança pública, norma jurídica geral, diante da doutrina kelsiana, a ser aplicada no caso concreto pelo órgão jurisdicional está na disposição de determinado indivíduo ou grupo de indivíduos em face do qual um outro, o Estado, é obrigado a determinada conduta?

Ainda nos traz a baila a indagação: O direito objetivo, a norma constitucional do art. 6º é de fato direito do indivíduo (s), gerando direito (s) reflexo (s), a ponto de servir-se do *Berechtigung* que estará revestido do poder jurídico, para fazer valer o seu cumprimento através de uma ação judicial?

O indivíduo no exercício da pretensão do dever jurídico de um sujeito de dever é um sujeito de direito, versando assim Kelsen (1999, p. 95) que “somente quando a ordem jurídica confere um tal poder jurídico é que existe um direito, no sentido subjetivo, diferente do dever jurídico – um direito subjetivo em sentido

técnico, que é o poder jurídico conferido para fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico”.

Kelsen assim arremata:

Segundo a teoria tradicional, em todo o direito subjetivo de um indivíduo está contida uma “pretensão” (*Anspruch*) à conduta de um outro indivíduo, ou seja, uma pretensão à conduta a que o outro indivíduo é obrigado em face do primeiro, quer dizer, à conduta que forma o conteúdo do dever jurídico que se identifica com o direito reflexo. Mas uma “pretensão” em sentido juridicamente relevante apenas é sustentada no exercício do poder jurídico de que um direito reflexo tem de estar provido para ser um direito subjetivo no sentido técnico da palavra.

A norma jurídica constitucional que dispõe sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais traz ao sujeito de dever segundo Kelsen “[...] uma conduta, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências”.

Kelsen (1999, p. 96) afirma pois que:

a essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como “órgão” da comunidade, designado na teoria tradicional como “pessoa privada” - normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta - o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever.

Kelsen (1999, p. 101) afirma então que “o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo, isto é, o reflexo de um dever jurídico existente em face deste indivíduo; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico”, ou seja, firma o autor que o direito subjetivo é “o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual [...]”.

A problematização da definição do conceito de direito subjetivo é controvertido na doutrina. Este trabalho não tem a prepotência de resolver tamanha disputa, todavia mencionar dentre tantos ilustres juristas Silva e Reale para apresentar visões não apenas contrapostas, mas complementares a visão kelsiana enriquecerá a sustentabilidade do que propõe este tópico.

Silva (2004, p. 167 a 169) oferecendo noções gerais acerca da relação entre interesses e Direito, apresenta uma classificação de situações subjetivas para afirmar se das normas programáticas poderão surgir situações jurídicas que aflorem direitos subjetivos.

Citando Carnelutti o autor informa que “interesse não é um juízo, mas uma posição do homem; precisamente a posição favorável à satisfação de uma necessidade”. Lembra que os bens são os meios que satisfazem as necessidades do homem, sendo este o sujeito do interesse e aquele o objeto e, o “[...] escopo do Direito é tutelar os bens ou interesses”.

Silva (2004, p. 168 e 169) cita Jhering e Jellinek para conceituar o direito subjetivo, versando que “[...] Jhering concebeu o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido [...]” e JellineK que o direito subjetivo “[...] é o poder de querer que tem o homem, reconhecido e protegido pela ordem jurídica, enquanto dirigido a um bem ou interesse”. Explica o autor que Jhering “[...] opõe-se à definição do direito subjetivo como poder da vontade. Jellinck concilia as duas posições no seu conceito de direito subjetivo [...]”.

Silva (2004) verificou que “[...] nem todo interesse juridicamente protegido se inclui na categoria dos direitos subjetivos. Daí surgindo a noção de situações jurídicas subjetivas”.

Diante das características de Silva adiante apresentadas de forma resumida, será verificado em qual delas se encaixa os direitos fundamentais sociais prestacionais (as normas programáticas como prefere o autor).

Silva (2004, p. 169) deixa logo claro uma premissa acerca da proteção dessas situações jurídicas: “[...] é tanto mais intensa quanto mais eficazes forem as normas que têm como objeto”.

O autor apesar de apresentar várias doutrinas, cada qual com sua classificação, adota a de Crisafulli<sup>32</sup> que versa sobre situações subjetivas negativas ou de vínculo e situações subjetivas positivas ou de vantagem.

Silva (2004, p. 170) expõe que a situação subjetiva de vantagem ou positiva “consiste na possibilidade conhecida pela norma jurídica, de o indivíduo ou entidade realizar certo interesse por ato próprio ou exigindo ação ou omissão de terceiro”, e, a situação subjetiva de vínculo ou negativa “consiste no dever ou na

---

<sup>32</sup> Silva (2004, p. 175) “[...] nossa posição, inteiramente de acordo com a de Crisafulli”.

obrigação de submeter-se o indivíduo (ou entidade) às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção”.

Diante destas premissas arremata o autor: “[...] se esses interesses protegidos são daqueles que a ordem jurídica considera um valor fundante ou importante do Direito, recebem eles proteção direta, plena e específica, constituindo-se na figura dos direitos subjetivos”.

Resta verificar através do que em linhas transatas fora exposto e responder a indagação: os direitos fundamentais sociais prestacionais, no que tange o trabalho, o direito à segurança pública, são interesses protegidos que a ordem pública considera um valor fundante ou importante do Direito?

O autor afirma que “se essa proteção for indireta, limitada e genérica, o interesse protegido revelará outras situações jurídicas subjetivas, como o interesse simples, o interesse legítimo, a expectativa de direito ou o direito condicionado [...]”.

Fato é que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais destinam-se a proteger certos interesses, mas quais situações subjetivas, segundo Silva, estariam inseridas?

Inegável que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais vinculam o legislador, o administrador e o órgão jurisdicional. O Estado através do pacto, da constituição, obrigou-se com a coletividade a perseguir determinados objetivos, assumindo a proteção de certos interesses.

Acerca desta obrigação estatal Silva (2004, p. 175) firma que “nisso se caracteriza a situação subjetiva de vínculo ou negativa”. O autor, todavia, possui reservas quanto admitir situações jurídicas subjetivas de vantagem ou positivas as normas programáticas, afirmando que “[...] nem sempre têm capacidade para tutelar diretamente direitos particulares desde logo exigíveis”.

Uma atenção às palavras “nem sempre” e “logo exigíveis”, isso porque se já reguladas não há mais que se falar em programaticidade e, alguns direitos, segundo Silva (2004, p. 152), “[...] não deixam de ser direitos subjetivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”<sup>33</sup>. Quais? O autor menciona como exemplos à educação, saúde e assistência. Estaria aqui, também, o direito à segurança pública?

---

<sup>33</sup> Silva (2004, p. 177) chama estes direitos subjetivos de *in fieri*. Direitos em via de se tornar, a se construir, a se formar.

Reale (2002, p. 249) versa que “[...] o Direito positivo é um sistema orgânico de preceitos ou disposições que se destinam aos membros de uma convivência visando à realização de suas finalidades comuns fundamentais”. Neste prisma indaga como fez Queiroz (2001): “[...] como se situam os sujeitos em face do sistema das normas jurídicas?”

O autor salientando que as regras jurídicas têm como seus destinatários as pessoas que compõem a sociedade procura esclarecer como consiste a possibilidade destas pessoas, sejam físicas ou jurídicas “[...] de ser, de pretender, ou de agir com referência ao sistema de regras [...]”.

Lembra Reale (2002, p. 250) o costume da dicotomia entre as noções de direito objetivo e direito subjetivo, o primeiro a *norma agendi* e o segundo a *facultas agendi*, “[...] no sentido de que a regra jurídica delimita objetivamente o campo social dentro do qual é facultado ao sujeito da relação pretender ou fazer aquilo que a norma lhe atribui”.

Alerta o autor em sequencia que “a palavra faculdade não é, porém, sinônimo de direito subjetivo, mas designa modalidades de seu exercício”, sendo então, que “faculdade, em sentido estrito, é, pois, uma forma de exercício do direito subjetivo”.

Reale (2002, p. 251) é em sua obra mais detalhista do que Silva (2004) e quase que em um contexto de evolução histórica das doutrinas que surgiram acerca dos direitos subjetivos expõe que “a primeira doutrina é de autoria de Windsheid [...]”, informando que este jurista traz o direito subjetivo como expressão da vontade, como uma faculdade psicológica, conceituando o instituto como “[...] a vontade juridicamente protegida”.

O autor em seguida apresenta as críticas formuladas a doutrina de Windschied, apontando as que se segue desde Jhering, Jellinek e Kelsen, as duas primeiras já mencionadas anteriormente e a ultima que ademais exporá de uma forma sucinta e singela, todavia, Reale (2002, p. 255) mencionando Del Vecchio, versa que este jurista inclinado a doutrina de Windschied apontou uma variante que deve ser observada, dizendo ele que o erro desta doutrina “[...] é situar o problema segundo uma vontade atual ou efetiva, quando a questão deve ser posta em termos de vontade possível ou potencial”.

Reale (2002, p. 256) tendo como referênciia Del Vecchio traz o direito subjetivo como “[...] possibilidade de querer [...]” e não o querer; como “[...]

potencialidade da vontade [...]” e não a vontade, “[...] assim, o problema é transposto do plano psicológico para o plano lógico. [...] uma possibilidade lógica de querer no âmbito normativo”.

Em uma análise do direito subjetivo como norma e como fato, o autor chega à conclusão de que “[...] o que existem são situações de fato de natureza subjetiva [...]”, salientando que “[...] a noção de situação jurídica foi revista, deixando de ser compreendida como uma simples situação de fato amparada por lei”, passando assim a Teoria Geral do Direito a usar o conceito de situações subjetivas “[...] como gênero no qual o direito subjetivo representa uma espécie”.

Reale (2002, p. 259) traz o conceito de situação subjetiva: “[...] possibilidade de ser, pretender o fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”, e, apresenta suas categorias: “[...] direito subjetivo, o interesse legítimo e o poder”.

Reale (2002, p. 258) para formular o conceito de direito subjetivo fora da compreensão jusnaturalista faz uso das teses de Kelsen e de Duguit, quando da leitura da primeira em que “[...] converte o direito em um modo de ser da norma jurídica [...]” e a segunda “[...] reduz a uma situação factual garantida [...]” afirmando que estas teses contrapostas apontam para uma solução:

[...] desde que se reconheça que esses dois pontos de vista correspondem, na realidade a dois momentos complementares de um único processo: um acha-se configurado abstratamente no plano normativo, como possibilidade de ser pretendido algo em tais ou quais circunstâncias, e o outro corresponde à realização dessa possibilidade como pretensão efetiva da pessoa que se situar, concretamente, nas circunstâncias genericamente previstas na *regula juris*.

Reale (2002, p. 260) finalmente traz a baila seu conceito de direito subjetivo: “[...] é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

Os direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial o direito de segurança pública, traz uma normatividade que atribui este direito como próprio e, assim sendo, possibilita ao administrado exigi-lo de maneira garantida?

Reale (2002, p. 258) versa que “[...] a possibilidade de pretender ou fazer algo, - tal como se acha enunciada na regra de direito, - não tem alcance meramente descriptivo ou puramente formal [...].” Acrescenta o autor que o enunciado da norma

representa “[...] uma visão antecipada dos comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia”.

Relae arremata invocando o princípio da realizabilidade garantida, afirmando que “Direito, não destinado a converter-se em momento de vida, é mera aparência de Direito” e, “[...] norma de direito que enuncia possibilidade de fazer ou de pretender algo, sem que jamais surja o momento de sua concretização na vida dos indivíduos [...] como ação ou pretensão concretas, é uma contradição [...]”.

Acerca das normas que dispõe sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais, Reale (2002, p. 269) explica que “[...] no Brasil, querer saber quais são os nossos direitos públicos subjetivos fundamentais não tem outra coisa a fazer senão identifica-los no Título II da Constituição, sobretudo nos Capítulos I, II e IV”.

A norma constitucional de direitos fundamentais sociais prestacionais gera efeitos sócios jurídicos.

Esta afirmação deve ser analisada nos tópicos seguintes, robustecendo a ideia de sua judicialização por ser direito subjetivo do administrado de havê-los prestados de forma espontânea pelo sujeito de dever, procurando assim sua eficácia no caso concreto frente à omissão do Estado no direito de segurança invocada, na maioria das vezes, na reserva do possível.

## **5.1 A eficácia sócio jurídica da norma constitucional de direito fundamental social prestacional a segurança pública e sua à omissão.**

### *5.1.1 A Eficácia sócio jurídica da norma constitucional de direito fundamental social prestacional a segurança pública.*

A norma que enuncia o direito de segurança como um direito fundamental social prestacional, conforme analisado em tópicos anteriores, possui eficácia jurídica.

As limitações que sofrem um enunciado normativo sejam por imposição do conjunto de outras normas ou por situações fáticas não afasta a sua eficácia jurídica.

Queiroz (2011, p. 79) expõe que toda norma aponta um caráter pleno e incompleto, salientando que “[...] pleno, porque possui juridicidade no que enuncia, e

incompleto, porque essa juridicidade possui limites e os limites lhe dão a plenitude naquilo que as normas expressam como direito".

Sustenta a autora em continuidade que "dizer que uma norma jurídica objetiva é eficaz juridicamente é afirmar que ela possui todas as condições jurídicas para gerar seus efeitos jurídicos".

A Constituição não pode ser tratada como uma carta de intenções. Uma norma jurídica, como a que prevê o direito de segurança, não poderia fazer parte do ordenamento sem que tenha a pretensão de gerar efeitos jurídicos.

As afirmações apontadas neste contexto lastreiam-se na diferenciação do que seja eficácia jurídica, eficácia social e exequibilidade.

Kelsen (1999, p. 148 e 149) distingue validade de eficácia da norma jurídica. Para o autor a eficácia é condição de validade, salientando que:

[...] uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas válidas quando cessam de ser eficazes, mas, continua o autor, uma ordem jurídica não perde, porém, sua validade pelo fato de uma norma singular perder sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados.

Acerca deste ponto arremata o autor em afirmar que "uma ordem jurídica é considerada válida quando suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas".

Queiroz (2011, p. 90) resume este pensamento kelsiano da seguinte forma: "[...] a validade das normas significa que elas são obrigatórias por observarem o processo legal de sua elaboração enquanto sua eficácia consiste no fato de os homens se conduzirem realmente conforme as normas válidas [...]".

Os homens devem observar e se comportar conforme o que foi prescrito nas normas, sendo eficácia jurídica das normas o fato da observância e cumprimento das mesmas.

Reale (2002, p. 105 a 116) dedica-se em estabelecer a validade de uma norma jurídica, apontando que esta "[...] pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)".

O autor afirma que para uma norma jurídica ter vigência é necessário três requisitos: "[...] a) quanto a legitimidade do órgão; b) quanto à competência *ratione materiae*; e c) quanto à legitimidade do procedimento".

Em uma linguagem simples e direta o autor expõe que não basta que uma norma jurídica tenha validade formal ou técnico-jurídica, exige-se uma eficácia (ou efetividade) social, esta que “[...] se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao reconhecimento (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, no plano social [...].”

Uma norma jurídica que viole a consciência coletiva, que entra em choque com a tradição de um povo, não correspondendo com os seus valores primordiais, possuirão, segundo Reale, vigência, mas não serão consideradas eficazes socialmente, pois “a sociedade deve viver o Direito e como tal reconhece-lo”, e, “reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade”.

Reale (2002, p. 115) afirma que “toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento”. O autor salienta que uma norma jurídica deve “visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade”. Atribui um último requisito a validade de uma norma jurídica, a validade ética, ou seja, ao fundamento de ordem axiológica.

Silva (2004, p. 63 a 66) menciona que as incertezas terminológicas dão início ao problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, mencionando que estas incertezas dificultam “[...] ainda mais sua solução e até mesmo sua formulação científica”.

É desenvolvido por Silva um raciocínio sociológico jurídico, normativo e positivo para explicar diante das diversas conotações a que entende por eficácia.

Silva (2004, p. 64) menciona que “o sociologismo jurídico reduz o problema da vigência ao da eficácia”, tendo esta ótica que o Direito é vigente quando sua aplicação foz eficaz, ou seja, quando a letra da lei tenha “[...] força real suficiente para impor-se aos indivíduos e grupos sociais”.

Neste aspecto sociológico jurídico é que Silva lembra que “algumas normas constitucionais, especialmente as programáticas, não adquirem vigência enquanto uma lei ordinária ou complementar não as atuar efetivamente”.

Silva lembra os ensinamentos de Kelsen sobre o normativismo que distingue vigência de eficácia. Neste ponto não seria retórico em mencionar que “[...] a vigência da norma, para ele, pertence à ordem do dever ser, e não a ordem do ser”, já no que se refere a eficácia “[...] é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida [...]”.

Procurando chegar ao conceito de eficácia acrescenta Silva (2004, p. 65) que “a positividade do Direito não se confunde com a sua vigência nem com sua eficácia”. [...] positividade significa, [...] a realidade empírica da experiência, existência como presença do Direito”. Silva citando Reale e concordando com a doutrina deste, concebe “[...] três modalidades de direito positivo: o dotado atualmente de vigência; o que já a perdeu; e o que está em vias de obtê-la”.

Silva então apresenta dois sentidos para a palavra eficácia: uma eficácia jurídica: “[...] qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos que cogita” e uma eficácia social “[...] capacidade de atingir objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador”.

Acerca dessa eficácia social que estaria protegida pelo fundamento axiológico Silva cita Kelsen e firma que uma norma jurídica será eficaz quando “[...] o fato real de que ele é efetivamente aplicada e seguida [...].”

A norma alcançando seus objetivos, para Silva, constitui no que chama de efetividade. O autor lembra que “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz [...], e não ser efetivamente cumprida no plano social”.

As normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são eficazes, pois o produto final objetivado se consubstancia no controle social que ele pretende, expressando todo um fundamento axiológico e espírito de um sistema geral, baseado na convivência harmônica e digna, legitimando os valores de uma sociedade livre.

Queiroz (2011, p. 81) diante das explanações de Kelsen, Reale e Silva, versa que “[...] a eficácia jurídica (ou somente eficácia) é a qualidade da norma de produzir seus efeitos jurídicos. [...] Já a eficácia social (chamada também de efetividade) consiste no fato de a norma ser observada pelo grupo social a que se destina”.

A autora salienta que esta observância pelo grupo social não é apenas espontânea, mas “[...] a eficácia social deve também englobar a condição de cumprimento forçado quando da não observância das normas por alguns membros do grupo a que se destina o ordenamento jurídico”. Ainda acerca deste ponto firma que “a eficácia consiste, desta forma, na observância espontânea pelos sujeitos de dever e na aplicação forçada em caso de inobservância do dever”.

Estas explanações demonstram que o Estado é um sujeito de dever, este imposto constitucionalmente e, se espontaneamente não observar o preceito fundamental do direito de segurança, será forçado a cumpri-lo de forma eficiente.

Não teria sentido a norma constitucional que prevê um direito fundamental social como o direito de segurança se este não fosse possível de ser realizado na prática.

A normatividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais reveste-se de validade formal, de eficácia ou efetividade e de validade ética de assento costumeiro e de fim axiológico a ser cumprido pelo sujeito de dever.

Ihering (2006, p. 58) afirma que “a essência do direito consiste na sua realização prática”.

Estas noções demonstraram que o direito fundamental social prestacional de segurança possuem eficácia jurídica plena, podendo aquele que fora lesado buscar o texto constitucional originário para satisfazer seu direito subjetivo de pleitear judicialmente sua reparação indenizatória.

#### *5.1.2 A omissão do direito fundamental social prestacional a segurança pública e a reserva do possível.*

É fato as dificuldades de o Estado implementar de forma eficiente o objeto da norma jurídica do direito fundamental social prestacional de segurança pública, alegando o ente a escassez de recursos financeiros.

Estas dificuldades não podem ser a causa para negar o direito subjetivo de segurança. O direito existe, sua exequibilidade que depende da capacidade financeira do Estado não pode interferir em sua subjetividade.

Queiroz (2011, p. 83) esclarece que “[...] o direito subjetivo dos direitos fundamentais, especificamente dos sociais prestacionais, parte das normas jurídicas e não da capacidade econômica do Estado”.

O lesado pela falta de cumprimento do direito fundamental social prestacional de segurança pública deverá ter a sua disposição recursos jurídicos para controlar a ação e a omissão estatal para obter a prestação contida na norma e ser indenizado quando lhe sobrevier dano.

O administrado lesado possui condições de exigir a efetividade da norma que expõe o direito de segurança pública, bem como de buscar reparação de danos,

pois a norma constitucional reúne tais condições, mesmo diante de sua baixa efetividade, visto a falta de espontaneidade de cumprimento pelo sujeito de dever, o Estado.

Queiroz (2011, p. 84) salienta que

[...] se as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são definidoras de direito, aos sujeitos de direito é atribuído direito subjetivo, ainda que *prima face*, de exigir o cumprimento diretamente do dever, inclusive forçadamente pelo poder Judiciário.

Queiroz (2011, p. 90) citando Crisafuli, Bockenford, Canotilho, Sarlet e Cléve, não descartando outros menciona que estes doutrinadores “[...] apresentam uma graduação jurídica de exigibilidade dos direitos fundamentais pelo sujeito de direito”. Esta graduação distingue o direito subjetivo em seu sentido fraco e em seu sentido forte.

Silva (2004) dentre outros advoga no sentido de que as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais pela sua vaguezza e abertura na formulação das normas, dificuldade da definição de seu conteúdo e de se implementar seu objeto, fazem parte de normas de direito subjetivo em sentido fraco, onde este apenas habilitaria a possibilidade de exigir do Estado que se abstenha de práticas contrárias ao direito.

Através de Crisafuli, mencionado por Silva (2004) quando da explanação das situações subjetivas, referidas em tópico anterior, é que se extrai o que seja direito subjetivo em sentido forte e em sentido fraco, pois nas situações subjetivas negativas, ou de vínculo que se referem a uma posição passiva, que vinculam o sujeito a um dever, o direito subjetivo se apresentaria em seu sentido fraco, e, nas situações jurídicas positivas, ou de vantagem, uma posição ativa na relação jurídica, que vinculam ao direito de exigir, o direito subjetivo se apresentaria em seu sentido forte.

A problemática estaria residindo nas situações jurídicas positivas de vantagem, pois algumas normas possuem maior intensidade na possibilidade de exigir do Estado o seu cumprimento, aflorando assim o direito subjetivo forte, e outras não. Para esta doutrina não restaria ao administrado o direito subjetivo de agir contra omissões de forma direta a partir das normas constitucionais. Restaria ao

administrado apenas a possibilidade de invalidação de atos contrários aos fins que determina a norma.

Assimilando os ensinamentos de Queiroz (2001), este trabalho em respeito as demais posições se posiciona no sentido de que o administrado pode exigir de forma direta nas normas constitucionais um direito fundamental social prestacional, no caso em questão, o direito de segurança.

Queiroz (2011, p. 93) firma que “a principal consequência do direito é vincular a conduta dos sujeitos de dever, daí ser proibida qualquer conduta contrária tida como indesejada pela ordem jurídica”<sup>34</sup>. Arremata a autora que modelar uma conduta pelo direito “[...] é a exigência da conduta conforme a norma, autorizando ao sujeito de direito a possibilidade de exigir a conduta conforme o desfazimento ou reparação da conduta contrária”<sup>35</sup>.

Estatuído assim no art. 6º o direito de segurança, de imediato está proibindo aos sujeitos destinatários da norma, Estado e sociedade, comportamento que afete tal direito, gerando aqui um direito subjetivo no sentido fraco, bem como proíbe a omissão na sua prestação devida e eficiente, gerando aqui um direito subjetivo no sentido forte, possibilitando o administrado a exigí-lo.

Mesmo aqueles que advogam no sentido de que os direitos fundamentais sociais prestacionais somente possam ser exercidos no sentido fraco, admitem, de forma excepcional, em casos extremos, que possam ser exigidos pelos administrados quando forem para assegurar condições mínimas de existência adequada e a liberdade fática.

Alexy (2017) trazendo a ideia de que os direitos fundamentais são disposições principiológicas utiliza um método ponderativo, esclarecendo que não se afirma quais os direitos fundamentais que possui um indivíduo, mas quais direitos fundamentais este indivíduo pode ter no caso concreto.

Acerca dos direitos fundamentais sociais Alexy (2017, p. 499) aponta a necessidade de plano em diferenciar “[...] aqueles encontrados em uma série de Constituições [...], e direitos a prestação atribuídos por meio de interpretação”. Explica o autor que “[...] a Constituição alemã, com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa [...]”, pois

<sup>34</sup> Situação jurídica subjetiva negativa

<sup>35</sup> Situação jurídica subjetiva positiva

somente aqueles devidamente expressos serão taxados de direitos fundamentais, podendo ser exigidos de forma judicial.

Importante a classificação realizada por Alexy (2017, p. 500 e 501) acerca das normas de direitos fundamentais em normas vinculantes e normas não vinculantes. Esta classificação, que sugerindo a leitura direta na obra do autor, como uma técnica de sopesamento no caso concreto, chega a conclusão de que aos direitos fundamentais sociais pra garantir a dignidade da pessoa humana exige um mínimo existencial, este que é um direito subjetivo definitivo vinculante, este ensejador de judicialização.

Alexy (2017, p. 427 e 428) alerta que “sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente”, mas alega que “simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir”. Arremata expondo que “nesses casos, o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável. Mas esse padrão pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática”.

Fato é que os direitos fundamentais sociais prestacionais são dependentes de atividade intermediadoras dos poderes públicos, legislativo e executivo e, estão atrelados a fatores econômicos e sociais que dependem de uma elaboração orçamentária. Aqui colidem o mínimo existencial e a reserva do possível.

Em um caso concreto, sob a perspectiva da doutrina de Alexy em situações sociais de necessidade, diante de assegurar condições mínimas de existência inerentes ao respeito à dignidade da pessoa humana pode o Poder Judiciário ser acionado diretamente pelo administrado a partir das normas constitucionais para a prestação de um direito subjetivo fundamental social prestacional.

Alexy (2017, p. 514 e 515) salienta que “[...] a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justicialidade [...], se um direito existe, ele é justicável”. No caso dos direitos fundamentais sociais partindo do que é devido *prima facie*, chega-se ao mínimo existencial que é definitivo, deixando claro que frente a este mínimo a reserva do possível é mitigada, pois o Estado deve fazer tudo para realiza-lo, pois “[...] um direito *prima facie*, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, em sua

validade normativa, não [pode] depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização”.

Queiroz (2001, p. 98) diante destas perspectivas de Alexy observa que essa doutrina de negar aos direitos subjetivos originários um sentido forte aos direitos fundamentais sociais prestacionais “[...] está ligada à preocupação de invasão de competências constitucionais e à afetação do princípio da separação de poderes [...]”, ou seja, “[...] é de que, a princípio, não há direitos subjetivos em sentido positivo das normas de direitos fundamentais sociais prestacionais, sendo necessário se aduzirem fortes razões para sustentar sua existência”.

Alerta Queiroz (2011, p. 99 e 100) que “[...] na Lei Fundamental da Alemanha, não há direitos fundamentais sociais positivados [...]”, diferente do Brasil onde “[...] os direitos fundamentais sociais prestacionais estão expressos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, não sendo necessário se aduzirem razões para sua existência, senão para seus limites”.

Tendo a premissa de que a Constituição brasileira qualificou os direitos sociais como fundamentais indaga Queiroz:

A diferença de perspectiva traz um resultado importante: se parto da ideia de que não há, a *princípio*, direitos subjetivos em sentido forte a partir das normas fundamentais de direitos sociais prestacionais, é necessário se aduzirem fortes razões para sustentá-los; ao contrário, se parto da ideia de que há, a *princípio*, direitos subjetivos em sentido forte, não se pode negá-los aos sujeitos de direito, senão delimitá-los diante de razões contrárias a sua amplitude, pois, como vimos, são os limites, o alcance do direito, a primeira vista amplo, que se ponderam e não o direito em si.

O Poder Judiciário vem sendo acionado diretamente para a satisfação desses direitos fundamentais sociais prestacionais visto a omissão constitucional do exercício espontâneo dos Poderes Legislativo e executivo em dá eficiência aos diretos estatuídos no art. 6º da Constituição, dentre eles o direito de segurança.

A disposição constitucional traz um direito em sentido amplo e este conforme Queiroz (2011, p. 101) “[...] em dada parcela, ante as possibilidades jurídicas e fáticas [...]” se tornará definitivo.

Nas possibilidades fáticas se destaca a reserva financeira possível, a reserva do possível, posta como um princípio para confrontar a prestação de direitos.

A reserva do possível é um limite fático, mas não desqualifica o direito fundamental social prestacional como direito subjetivo.

Esta falta financeira poderá ser um empecilho fático para que o Estado realize espontaneamente o direito, mas nada impedirá sua execução forçada pelo Poder Judiciário.

Queiroz (2011, p. 102) explica que o que se pondera não é a falta financeira e o direito fundamental social prestacional, “[...] o que pode conflitar são os limites dos direitos pela consideração de outros direitos e/ou bens em virtude da falta financeira do sujeito de dever para atender a todos”. A ponderação segundo a autora é “[...] para a delimitação de cada um dos direitos que se colocam na reserva do possível”.

O rol do art. 6º da Constituição não traz uma limitação de um direito por outro. Diante da falta de possibilidades financeiras do sujeito de dever de realizar um dos direitos ali estatuídos não estará ocorrendo um confronto entre direitos, mas o descumprimento de um dos direitos, pois como afirma Queiroz (2011, p. 102) “[...] não há limitação de um direito por outro” e, a reserva do possível “[...] não é uma razão relevante de prevalência de um direito sobre o outro, para a negação de um direito fundamental como direito subjetivo definitivo [...]”.

Esclarece pontualmente Queiroz (2011, p. 103) que “diante da falta financeira, certo alcance de um direito pode ceder ao outro, conforme relevância de suas razões”, mas alerta que “a negação de um dos direitos, entretanto nunca pode ser total”.

Uma problemática surge quando se indaga acerca da quantidade necessária que deve ser definida pelo Estado na prestação de um direito.

Um dos princípios da administração pública é de se pautar pela eficiência, estando este devidamente estatuído no art. 37, §6º da Constituição federal brasileira e art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

O administrado no caso concreto poderá quando ocorrer essa falta de definição pelos poderes públicos buscar a sua prestação ou a reparação quando lhe sobrevier dano do Poder Judiciário, pois as dificuldades do sujeito de dever não serão motivos da não atuação do órgão jurisdicional que constituirá o Estado em mora, reconhecendo o direito, a falta da prestação do direito e o dano que causou.

Alexy (2001, p. 496) versa que “nenhum tribunal constitucional é impotente frente a um legislador inoperante”. O adjetivo de inoperante pode ser acrescido ao Executivo.

O poder Judiciário transformará no caso concreto a norma vaga e aberta em um direito pleno e concreto. Direitos dos indivíduos que necessitam de uma atividade estatal, uma programação dos Poderes Legislativo e Executivo para sua melhor fruição.

A não realização de um direito fundamental social prestacional e, no que tange a este trabalho, o de segurança pública, se não realizado, expõe os poderes políticos, Legislativo e Executivo, primeiros encarregados a prestá-los, em omissão fundamental constitucional, possibilitando o administrado que possui direito subjetivo forte a sua exigibilidade.

Infelizmente o problema econômico alegado pelo sujeito de dever está colocando em cheque a efetividade da prestação espontânea, chegando ao ponto dessa omissão estabelecer um Estado de coisas inconstitucionais, um dos instrumentos de controle da eficácia constitucional a ser analisado adiante.

## **5.2 Instrumentos a eficácia constitucional**

O neoconstitucionalismo inaugura um novo direito constitucional proporcionando importantes transformações no Estado e no Direito.

Paixão (2017, p. 6) salienta que com a Constituição de 1988 foi inaugurado, visto o neoconstitucionalismo, três marcos fundamentais: um histórico, um filosófico e um teórico. No marco histórico “[...] a consolidação e estabilização do Estado Constitucional de Direito”; no marco filosófico “[...] centralidade dos direitos fundamentais da Dignidade Humana e a reaproximação do Direito com a ética”; e, no marco teórico “a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova dogmática da interpretação constitucional”.

A constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, irradiando princípios e uma densa carga valorativa para de forma imperativa e de sua máxima efetividade ser garantia de um mínimo existencial à dignidade da pessoa humana.

Paixão (2017, p. 7) afirma que “[...] a garantia do mínimo social é um elemento constitucional a ser assegurado pela justiça constitucional”.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e a luz de sua supremacia irradiante a toda a ordem normativa exige que esta constitucionalização de direitos seja protegida, garantida.

O Poder Judiciário passou a ser o parâmetro para o controle, seja positivo ou negativo, dessa constitucionalidade, inclusive condicionando a interpretação de todas as normas do sistema, ou seja, passou a ser o garantidor da efetividade dos direitos fundamentais.

Este papel de garantidor foi desenvolvido e evoluído ao longo da década 80 e 90 onde a Suprema Corte, o Supremo Tribunal Federal, deixa as decisões binárias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas e passa a adotar, influenciada pela doutrina europeia, variações quanto a constitucionalidade utilizando diferentes técnicas e possibilidades interpretativas.

O Supremo Tribunal Federal passou a uma postura ativa, surgindo o ativismo judicial no Direito Brasileiro na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo no espaço de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, quando estes se quedam inertes, incapazes de darem eficácia aos direitos estatuídos na Constituição.

Este trabalho não adentará nas correntes contra ou a favor do ativismo judicial, mas inconteste que as interpretações da Suprema Corte expandiram o sentido e o alcance da Constituição, construindo, como afirma Paixão (2017, p. 11) “[...] regras a partir de princípios e conceitos jurídicos indeterminados”.

Esta força normativa constitucional é favorável à expansão do papel político do Judiciário, transformando e desenvolvendo conforme Paixão (2017, p. 14) “[...] a dimensão metodológica do julgador como legislador positivo”.

O Estado brasileiro é um campo fértil para demandas sociais e diante de um catálogo de direitos fundamentais, dentre estes como já firmado os direitos sociais, na inéria do direito legislado e das prestações a serem executadas para dar efetividades a estes direitos pelo Poder Executivo, permite, ou melhor, exige uma atuação mais ativa do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário é um protagonista no contexto social, interferindo em escolhas políticas do Poder Executivo e do Poder Legislativo quando da omissão constitucional destes, adequando estas decisões políticas às diretrizes constitucionais, extraíndo sua legitimidade intervintiva com base na proteção dos direitos fundamentais, ampliando sua participação na vida política e social brasileira.

Paixão (2017, p. 19 a 21) explica o porquê da política brasileira estimular o ativismo judicial, justificando a supremacia de suas decisões em detrimento das dos demais órgãos, visto o exercício de supervisor no processo decisório, gerando assim uma “[...] natureza dúplice na judicialização da política no Brasil”.

Expõe a autora que as decisões do Poder Judiciário são contramajoritária, “[...] reformula ou intercede em decisões que são tomadas por órgãos democraticamente constituídos [...]”, versando que “[...] as minorias parlamentares demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a vontade da maioria, realizando a defesa da minoria” e que “[...] o Poder Executivo demanda a intervenção do Poder Judiciário contra a representação parlamentar com vistas à racionalização do governo e a defesa da sociedade”.

Diante desta coalisão de forças entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário é que “[...] essa realidade institucional foi politicamente construída e desejada”, para que os programas de políticas públicas possam deixar de estarem emperrados ou incapazes de produzir consenso, judicializando assim a política, descentralizando as fontes de produção normativa e executiva, deixando o sistema jurídico monocêntrico para um policêntrico.

Paixão (2017, p. 26 e 27) chama este fenômeno de “[...] autocriação processual da justiça constitucional para suprir lacuna ou deficiência da lei processual constitucional”.

Diante destas lacunas ou deficiências dos Poderes Legislativo e Executivo de dá efetividade as normas constitucionais, estas vinculativas e de vantagens de direitos fundamentais, instalando-se a inconstitucionalidade por omissão, se faz necessário meios procedimentais disponíveis para garantir esta eficácia e a supremacia da Constituição.

Segue de forma rasteira a apresentação de um instrumento hábil, o Estado de Coisas Inconstitucional, que está à disposição dos sujeitos de direito, tendo como premissa o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988 que versa sobre a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como o Enunciado 502 do Supremo Tribunal Federal que adveio de um Julgado de forma difusa, além do Projeto de Lei nº 518 de 2013, sem excluir os demais como a Ação Civil Pública, a Inconstitucionalidade por Omissão e a própria Iniciativa Popular que certamente enriqueceriam esta dissertação, mas que redundaria nas premissas que se seguirão.

### 5.2.1 Estado de Coisas Inconstitucional

A expressão foi cunhada pela jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana<sup>36</sup>, embora, conforme Paixão (2017, p. 37 e 38) “[...] já existia em outros tribunais mundiais independentemente do seu sistema de governo”, oportunidade em que expõe o precedente americano *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954, quando “[...] foi declarada pela Suprema Corte a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas pelo país”.

Com este marco a autora versa que a “[...] proteção dos direitos passou a ser vista por todos como objetivo comum aos poderes constituídos”, implicando reformas administrativas, mesmo que exigindo providencias de vultuosos custos.

O Estado de Coisas Inconstitucional advém de uma sentença declaratória de que o contexto fático há uma generalizada e sistemática cumulação de violações a direitos fundamentais, visto o fracasso absoluto das políticas públicas, chegando ao ponto de causar o bloqueio de todos os processos institucionais, políticos, previstos pela Constituição, propondo estabelecer um diálogo com os demais poderes para a realização de pretensões transformativas, onde cada poder contribuirá na sua capacidade constitucional para que retorne ou se estabeleça uma normalidade.

A decisão da sentença estrutural do Estado de Coisas Inconstitucional exigirá atos comissivos e omissivos dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como da própria sociedade civil, se caracterizando como afirma Paixão (2017, p. 45) “[...] um documento programático para o desenvolvimento de políticas públicas, da justiça social e o desenvolvimento e progresso do país nos termos da CRFB/88, art. 170”.

Paixão (2017, p. 44) salienta que o Poder Judiciário “[...] não teria a chave do cofre (poder orçamentário, como o Poder Legislativo) nem a espada (poder de polícia, como o Poder Executivo)”.

Fato é que o fracasso de políticas públicas e consequentes desrespeitos a direitos fundamentais. No que tange a este trabalho ao direito de segurança pública.

A segurança pública é um caso estrutural que afeta um grande número de pessoas sendo violadas de seus direitos.

---

<sup>36</sup> Decisão proferida em 1997 na *Sentencia de Unificación SU 559, de 06 de novembro de 1997*

O problema da segurança pública envolve vários órgãos públicos, responsáveis, que por suas deficiências estruturais contribuem com a violação do direito fundamental social de segurança.

Campos (2016, p. 179 a 187) menciona, tendo como base a *Sentencia T-125* da Corte Constitucional Colombiana, que o Estado de Coisas Inconstitucional poderia como litígio estrutural, desde que presentes quatro pressupostos<sup>37</sup>:

O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. [...] O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. [...] O terceiro pressuposto, relacionado de perto com o segundo, tem a ver com as medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiência no ciclo das políticas públicas. [...] O quarto pressuposto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam as existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária.

O controle de constitucionalidade através do Estado de Coisas Inconstitucional, conforme Paixão (2017, p. 48 a 50) seria um “[...] instrumento de tutela coletiva [...]” que acrescenta, “[...] permite a declaração de inconstitucionalidade de um fato, uma realidade”, salientando que “[...] os tradicionais instrumentos de tutela jurisdicional por anulação de atos administrativos ou de leis não seriam capazes de superar a violação sistêmica de direitos fundamentais”.

A sentença estrutural do Estado de Coisas Inconstitucional, segundo Paixão (2017, p. 51) “[...] oferece variadas soluções constitucionais para a falha estrutural, se caracterizando como verdadeiro sistema de múltiplas portas apto a oferecer meios de resolução de conflitos voltados à construção do consenso [...]”.

Tendo como referência o caso colombiano a autora demonstra que o Estado de Coisas Inconstitucional, como controle de constitucionalidade, possui

---

<sup>37</sup> A *Sentencia T 125* da Corte Constitucional Colombiana previu seis pressupostos. a) Vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

duas fases: uma abstrata e uma concreta, fornecendo o significado constitucionalmente adequado e diante de um contexto fático, determina a sua compatibilidade ou não com a ordem jurídica vigente.

Como o Estado de Coisas Inconstitucional não está previsto expressamente na Constituição, salientado a existência de Projeto de Lei 735 / 2015 neste sentido, a declaração da falta estrutural seria uma técnica judicial, em decisão da Suprema Corte que assumiria um papel atípico.

Não estando previsto o Estado de Coisas Inconstitucional qual seria a base jurídica para a sua declaração? Paixão (2017, p. 53) responde de forma simples e direta: “[...] a interpretação conforme a Constituição”.

A doutrina brasileira, destacando Streck, se preocupa com este papel atípico, visto gerar um ativismo judicial interferindo na competência de outros poderes para o cumprimento de políticas públicas.

Streck (2015) faz severas críticas ao instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, afirmando que uma decisão neste sentido é um ativismo judicial camuflado. Versa o autor que “em um país continental, presidencialista, em que os poderes Executivo e Legislativo vivem às turmas e as tensões tornam o Judiciário cada dia mais forte, nada melhor do que uma tese que ponha a cereja no bolo, vitaminando o ativismo [...]”.

De fato que o Poder Judiciário através de sua Suprema Corte terá uma prorrogação do exercício jurisdicional, este que se dará até que a falha estrutural seja superada apresentando segundo Paixão (2017, p. 54 e 55) as seguintes características:

[...] objeto de tratamento da garantia de direitos fundamentais e do mínimo existencial à vida digna. [...] formulando uma lista de direitos que o Estado está obrigado a satisfazer. [...] adoção de remédios moderados que são as ordens genéricas e abertas do Poder Público para indicar as políticas públicas [...] objetivos a serem alcançados, erros a serem corrigidos e princípios a serem concretizados, mas sem excluir os espaços próprios de decisão política e técnica dos outros poderes [...], pondo prazos e procedimentos bem demarcados. [...] acompanhamento rigoroso dos resultados [...].

O ativismo que se presta no Estado de Coisas Inconstitucional é, segundo Paixão (p. 55) “[...] um ativismo judicial dialógico [...] capaz de superar o problema estrutural derivado de prolongada omissão estatal, bem como a existência de lacunas legislativas e poucos instrumentos administrativos”.

No Estado de Coisas Inconstitucional existe um diálogo entre as instituições, entre os Poderes e entre a sociedade civil. Paixão (2017, p. 56) salienta que “[...] o tribunal constitucional passa a acumular a função de mediador autorizado a promover diálogos [...]”, todavia, “[...] é necessário que exista a sombra de possível sanções para o descumprimento [...] principalmente nos casos de maior gravidade [...].”.

A jurisdição do Estado de Coisas Inconstitucional não termina com a declaração da falha estrutural, mas segue com decisões durante sua vigência. A estrutura colombiana demonstra três fases a primeira chamada de *fase del diseño*, a segunda chamada de *fase de implementación* e a terceira *fase de seguimiento y evolución*.

Paixão (2017) expõe que o Estado de Coisas Inconstitucional possui os seguintes efeitos: efeito desbloqueador, efeito de política pública, efeito socioeconômico, efeito simbólico e efeito participativo, versando que “[...] a sentença dialógica já exerce pressão para desbloquear o aparato estatal e a burocracia paralisada pela falta de capacidade, vontade política, coordenação ou verba fiscal e orçamentária”.

Paixão (2017, p. 111) afirma que “[...] é perfeitamente possível a previsão de outros meios de controle abstrato de constitucionalidade, desde que respeitadas as regras gerais da CRFB/88”.

Campos (2016) entende que não procede o uso difuso do Estado de Coisas Inconstitucional, salientando que para a declaração da falha estrutural somente seria competente o Supremo Tribunal Federal através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), todavia, Paixão (2017) advogada no sentido da possibilidade difusa, inclusive em desfavor de Estados-membros, avocando o princípio da simetria constitucional.

Paixão (2017, p. 112) rebate os argumentos processuais e materiais na defesa difusa e de que a competência não seria apenas do Supremo Tribunal Federal, mencionando que “[...] o Estado de Coisas Inconstitucional poderia ser julgado pelo órgão especial ou pleno, plenário, do Tribunal de Justiça local por decorrência lógica e obrigatória da CRFB/88, art. 125, parágrafo 2º c/c art. 97”, restando combatido o argumento processual e que “em um país de tamanho continental, é plausível que algumas regiões sofram de uma falta estrutural profunda agravada por questões locais”. Neste ponto, cita como exemplo a seca em

determinado estado do Nordeste, afirmando que estaria combatido o argumento material.

O Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF adotou o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. Em sessão plenária de 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, deferiu parcialmente o pedido de medidas cautelares da ADPF nº 347 / DF.

Esta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF foi proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro e, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária<sup>38</sup>.

Strek (2015) afirma que “[...] criaram-se novas técnicas de declarar inconstitucionalidades, em face exatamente das *insuficiências dos modelos de declaração de inconstitucionalidade no caso de prestações positivas*”, alertando para “uma espécie de realismo moral”. Acrescenta o autor que ocorrerá uma banalização onde o judiciário poderá incorrer na aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, visto “[...] uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, [...], não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade [...]”.

O direito de segurança pública, direito fundamental social demanda prestações positivas do Estado, uma obrigação de fazer. A garantia do direito à segurança pública integra e complementa à justiça social, expressando o conjunto de regras neste sentido ideais de fraternidade e solidariedade, voltadas aqueles que compõe a sociedade, com a finalidade de através do mínimo existencial assegurar uma dignidade nas relações individuais.

O que se vê como menciona Campos (2016, p. 273) não é uma “[...] inércia de uma única autoridade pública, nem de uma única unidade federativa, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo que tem resultado na violação desses direitos”.

---

<sup>38</sup> Ao deferir parcialmente a liminar, o STF: (a) proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. A decisão determinou que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; e (b) determinou aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão.

Acrescenta o autor que “Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, mantém-se incapazes e manifestam verdadeira falta de vontade política em busca de superar ou reduzir o quadro objetivo de constitucionalidade”.

Paixão (2017, p. 81) citando Martins, expõe que “não nos falta lei, é verdade, mas sim a superação entre o que está garantido na teoria, mas que não consegue ser transformado em realidade para a população brasileira”.

Paixão (2017, p. 90) diante da situação fática brasileira, arremata que “[...] o grau de contradição entre o texto constitucional e a realidade normativa, bem como a sua extensão e os fatores políticos institucionais envolvidos revelarão a necessidade de constitucionalidade do Estado de Coisas Inconstitucionais”.

O Estado de Coisas Inconstitucional poderá ser um instrumento de superação de crise institucional, exigindo que os Poderes dialoguem, longe das coalisões políticas, para que a excepcionalidade temporária de uma decisão estrutural possa reestabelecer, ou mesmo estabelecer, já que alguns direitos nunca foram de fato eficientes, a prestação eficiente dos direitos fundamentais sociais, respeitando a dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico de nosso ordenamento jurídico.

#### *5.2.2 Enunciado 502<sup>39</sup> do STF e a ADPF 347 / DF, responsabilidade objetiva do Estado frente à omissão genérica ao direito de segurança pública.*

Em linhas transatas este trabalho analisou as espécies de responsabilidade civil, delineando o campo que abrange ao Estado.

---

<sup>39</sup> Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado - 1 O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter decisão interlocatória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular - MDM no agravante, com o profissional por este requerido. Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, “que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico”. STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008.

Tendo a problemática reduzida ao dano causado quando da conduta omissiva estatal ao direito de segurança pública, direito fundamental social prestacional, foi exposto que a norma constitucional que o firma possui eficácia sócio jurídica, extraindo dela a possibilidade de forma originária ser pelo sujeito de direito subjetivo judicializado seu fato e requerido a respectiva indenização, bem como a possibilidade de buscar através de uma decisão estruturante que este direito seja prestado de forma eficiente a todos que compõe a sociedade.

De forma individual será abordado o fato concreto analisado pelo STF no Enunciado 502, tecendo observações quanto ao fundamento dos votos dos ministros visto a utilização pela corte de teorias que neste trabalho foram debatidas, e de forma coletiva a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF.

Souza (2013, p. 33) menciona que “[...] a responsabilidade civil, hoje em dia, deve ser pautada na pessoa humana, em sua dignidade, na solidariedade social e na justiça distributiva”. O autor citando Felipe Peixoto Braga Neto, afirma que o ilícito civil gerador de responsabilidade civil “[...] deve ser considerado uma categoria que possibilita uma atuação reativa do sistema para evitar a agressão aos valores, princípios e normas protegidas pelo direito”<sup>40</sup>.

No caso concreto o Poder Judiciário, em especial a Suprema Corte, tem o compromisso de levar em conta o núcleo de nossa constituição e ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana, buscando assim além de justiça a vítima do caso, uma decisão que estabeleça regras e princípios que no futuro serão rumos para outras situações que violem direitos fundamentais, no caso, que violem o direito a segurança pública.

#### ***5.2.2.1 Enunciado 502 do Supremo Tribunal Federal***

A comissão e a omissão são condutas que ensejam caso provado o nexo de causalidade uma responsabilidade.

Bandeira de Mello (2012, p. 1029) inicia seu discurso acerca da omissão estatal sugerindo a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, todavia, uma leitura atenta verifica que o autor sustenta tal tese quando o Estado não esteja

---

<sup>40</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.58.

obrigado a impedir o dano, afirmando que “[...] só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo”.

Ponderando em seguida o autor que se o Estado não agiu, não causando o dano, aduz que:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato 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 constituía em dada obrigação.

Bandeira de Mello (2012, p. 1033) firmando sua posição acerca da responsabilidade subjetiva no caso de omissão estatal afirma que “[...] deve-se considerar que vigora uma presunção de culpa do Poder Público. Dessarte, o lesado não necessita fazer a prova de que existiu culpa ou dolo”.

Cavalieri Filho (2011, p. 15) integra uma corrente intermediária, defendendo que há responsabilidade subjetiva do Estado desde que ocorra “nos casos de omissão genérica da Administração”, afirmando que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi banida, visto ser uma regra básica, persistindo independentemente de norma legal a respeito, pois “todos respondem subjetivamente pelos danos causados a outrem, por um imperativo ético-jurídico universal de justiça”, invocando os termos do artigo 186 do novo Código Civil.

Através desta corrente apresentada por Cavalieri Filho (2011) a pesquisa se depara, no caso de omissão estatal, com as espécies de omissão específica e omissão genérica.

A omissão específica ocorre quando o Estado se apresenta na condição de guardião, de garantidor, e no caso concreto, sua omissão cria uma situação que gera um fato danoso que tinha o dever de agir para impedí-lo. Ou seja, pressupõe um dever específico do Estado, que o obriga a agir para impedir um resultado danoso.

Cavalieri Filho (2011, p. 17-18) menciona alguns exemplos com respectivos julgados, que aqui se faz necessário mencionar a omissão específica, esta geradora de responsabilidade objetiva:

Morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58957 / 2008, TJRJ); suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o

médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp. 4942206 / MG); paciente que dá entrada na emergência de hospital público, onde fica internada, não sendo realizados os exames determinados pelo médico, vindo a falecer no dia seguinte (Ap; Civ. 35985 / 2008, TJRJ) [...].

A omissão genérica não se exige do Estado uma atuação específica, ocorrendo quando a Administração tem apenas o dever legal de agir.

Cavalieri Filho (2011, p. 18) menciona exemplos de omissão genérica que geraria responsabilidade subjetiva do Estado: “negligência na segurança de balneário público (REsp. 4118713 – SP), queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4846 / 2008, TJRJ) [...]”.

Nos exemplos acerca da omissão genérica, verifica-se que ocorreu por parte da Administração a falta de um dever legal de agir em razão de seu poder de polícia (ou de fiscalização), e a inação do Estado não foi a causa direta e imediata para a ocorrência do dano.

Nos casos de omissão específica, segundo Cavalieri (2011) o Estado responde de forma objetiva, e no caso de omissão genérica o Estado responderia de forma subjetiva, podendo o sistema jurídico coexistir com a responsabilidade objetiva e subjetiva do Estado, esta última apenas quando a omissão for genérica.

Os consensos, a realidade e os anseios sociais transformam a sociedade, e esta os precedentes.

Assim, mencionando o Informativo 502 do STF, é identificado um romper de paradigmas em decisão da Ministra Ellen Gracie no STA 223 AgR / PE, em 14 de abril de 2008, oportunidade em que firmou a responsabilidade objetiva do Estado pela omissão genérica, pois fugiu da doutrina brasileira tradicional de imputar a omissão, no caso em questão genérica.

A ementa do acordão já é bem sugestiva: Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado. O tribunal deu o provimento ao agravo por maioria dos votos.

Fato é que no ano de 2008 ocorreu um assalto em via pública e uma vítima foi atingida por um disparo de arma de fogo e ficou tetraplégica.

A vítima intentou ação em desfavor do Estado de Pernambuco, objetivando a responsabilização deste ente, requerendo indenização por perdas e

danos morais e materiais, além de todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de marcapasso diafragmático muscular.

Após os trâmites processuais recursais restou a análise do direito por parte do Supremo Tribunal Federal, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, em 14 de abril de 2008.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que ficou configurada uma omissão por parte do Estado de Pernambuco, vez que a Polícia Militar daquela província não prestou um adequado serviço preventivo (ostensivo).

Ficou bastante claro no posicionamento do STF que para o Estado, no que se refere à segurança pública, em consequência do não cumprimento de um serviço eficiente, uma contraprestação, acarretando uma responsabilidade civil do Poder Público.

Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço.(STF, STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008)

Neste ponto da decisão o Supremo Tribunal Federal entende que o direito de segurança pública, um direito fundamental prestacional, advém de uma norma constitucional com eficácia jurídica para oferecer ao lesado um direito subjetivo de invocar a norma constitucional de forma originária.

No que segue será analisado como o Supremo Tribunal Federal se posiciona acerca da falta do serviço, reserva do possível e o mínimo existencial.

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. (STF, STA 223 AgR/PE, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, 14.4.2008).

Neste acórdão são observadas questões importantes acerca do tema em questão quando vislumbra-se as menções sobre os elementos da responsabilidade e suas espécies, em especial sobre a responsabilidade por omissão, vez que aqui, a responsabilidade trata-se de uma omissão genérica e não especial.

Na decisão ora em análise ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pois foi vislumbrada a existência de causa e efeito, estando presentes os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade, aqui enfatizando o nexo de causalidade entre a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, protegendo a eficácia da norma constitucional do direito fundamental social prestacional que é o direito de segurança pública.

#### **5.2.2.2 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**

A situação dos estabelecimentos prisionais foi tema da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 / DF, expondo a omissão massiva do Estado em relação à efetividade dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional, visto o flagrante tratamento desumano dos internos.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 do Distrito Federal não traz em seus pedidos<sup>41</sup> uma condenação ao Estado por danos, apesar destes latentes, requerendo nas medidas cautelares uma nova postura frente a situação carcerária em todo o país, todavia, as discussões entre o que se requer e o que fora deliberado pelos Ministros do STF demonstra a obrigação, o dever jurídico originário do Estado, na prestação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, que no caso concreto dá ensejo ao dever jurídico sucessivo, a responsabilidade,

<sup>41</sup> Os pedidos apresentados na ADPF 347 foram as medidas cautelares e os pedidos definitivos. As medidas cautelares são compostas de oito pedidos de extrema urgência que são: a) aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. b) aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. c) concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. d) que os juízes e tribunais reconheçam que a pena é cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica e se possível os juízes apliquem penas alternativas à prisão. e) que o juízo da execução penal para a fruição de benefícios e direitos do preso utiliza-se da proporcionalidade e humanidade na sanção. 13 Todos os pedidos extraídos da petição inicial e acórdão decidido no STF.

nesta ao direito público de segurança, corroborando com toda a discussão desta dissertação, entretanto demonstra o voto do Relator Ministro Marcos Aurélio que:

Em Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, da relatoria do ministro Teori Zavascki, o Supremo decidirá se o Estado deve indenizar, por meio de reparação pecuniária, presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes. O relator votou pela responsabilidade estatal, sendo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes. Em voto-vista, o ministro Luís Roberto Barroso também assentou o dever de indenizar, apontando, contudo, o cabimento da remição de dias de pena, em vez de pagamento em pecúnia.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 / DF foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) no ano de 2015.

Este trabalho não irá delinear conceito, pressupostos e requisitos do que seja uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>42</sup>, restando apenas verificar o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, para que a esta dissertação se preste em robustecer a possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais sociais, seja de forma difusa ou concentrada.

Através do controle concentrado a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental visa preservar a supremacia da Constituição, sendo um procedimento garantidor de seu texto, tanto no conceito formal quanto no material, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, por atos praticados pelo Poder Público.

Conforme consta na petição inicial do requerente ocorrem violações generalizadas a direitos que afetam diretamente os presos.

A Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, e na Lei Complementar nº 79/94, Lei do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), asseguram vários direitos aos presos, todavia, ocorrem omissões das autoridades públicas no cumprimento das obrigações ali estabelecidas. Esta ultima criada especificadamente para cuidar da manutenção e estruturação dos presídios, porém as verbas estão contingenciadas pela União, sendo utilizadas em outras obras e serviços estatais.

Deixando preconceitos e hipocrisias de lado, uma má ressocialização, ou readaptação social daquele submetido ao cárcere brasileiro, trará consequências direta e indiretamente à sociedade, contribuindo com o aumento da criminalidade, refletindo uma ineficácia ao direito de segurança pública.

---

Incluída em nosso ordenamento, por meio da EC 03/1993 que instituiu no artigo 102, § 1º da Constituição Federal o seguinte texto: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A omissão estatal, inconstitucional, foi então a proposta da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 / DF que dentre seus argumentos trouxe a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

A petição inicial foi instruída com documentos que comprovaram a inconstitucionalidade do sistema carcerário, justificando a sua judicialização através deste controle concentrado para que sejam supridas os atos lesivos a preceitos fundamentais, expondo as deficiências de gestão pública, com o intuito de garantir o mínimo de vida digna ao enclausurado.

Algumas exposições do voto do Ministro Relator Marcos Aurélio se fazem necessárias para corroborarem com o que foi dissertado acerca da eficácia da norma constitucional de direito fundamental social e sua subjetividade para judicialização do respectivo direito e reparação indenizatória.

Em plenário no dia 27 de agosto de 2015 o Ministro Relator Marcos Aurélio verificando o pedido voltado a obter do Supremo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional frente ao sistema prisional brasileiro, visto as ações e omissões dos Poderes Públicos que violam os direitos fundamentais dos presos, assim se manifestou, salientando que “[...] O pedido é de emprestar interpretação conforme à Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, [...]:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

O Ministro Relator Marcos Aurélio lembra que “não se tem tema campeão de audiência, de agrado da opinião pública”. Continua em sua explanação em demonstrar que a pauta é impopular, “[...] envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes [...]”, todavia, versa que os direitos omitidos a esta massa carcerária consubstanciam ofensas a preceitos fundamentais, dentre eles “[...] dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e

de tratamento desumano, assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança [...]".

Os pedidos liminares da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF foram deferidos parcialmente.

Reconheceu o Ministro Relator Marcus Aurélio a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, representando uma falha estrutural, gerando uma violação sistemática dos direitos.

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF demonstra uma verdadeira situação de fracasso que envolve as políticas públicas voltadas a dá eficiência aos direitos fundamentais, no caso em questão, aos sociais prestacionais de segurança pública, salientando a inexistência de qualquer tentativa de modificação da situação.

As omissões aqui transladadas prejudicam todo o sistema de segurança pública, já que os presos diante deste quadro de violação ao mínimo existencial não possuindo expectativas de melhorias, não recebem da pena a mensagem específica da prevenção especial, que é não cometer novos delitos, pois a não confiança no sistema a eles imposto não fará com que tenham oportunidades quando egressos, passando a exercerem reincidemente atrocidades nas ruas.

Aguardando o julgamento do mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / DF é possível expor que o Ministro Relator Marcos Aurélio diante da violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial é autorizado a judicialização do orçamento, e, no caso dos presos ainda deve ser considerado a existência de recursos legalmente previstos no FUNPEN.

### **5.3 Projeto de lei ao art. 245 da Constituição Federal**

Das Disposições Constitucionais Gerais na Constituição Federal de 1988 consta no art. 245 a possibilidade do Poder Público assistir herdeiros e dependentes carentes de pessoas vítimas de crimes dolosos.

As vítimas que não se enquadram no requisito de “carente” ficam a mercê?

O dispositivo constitucional em espeque é uma norma de eficácia limitada, todavia positiva, pois o Poder Público não tem a escolha de legislar ou não

legislar a respeito, ou seja, deve legislar, apesar de já passados trinta anos desta previsão.

O Projeto de Lei do Senado nº 518, de 2013, propõe a regulamentação do art. 245 da Constituição Federal, estabelecendo o estatuto da vítima de crimes e seus dependentes.

O Projeto de Lei nº 518 dispõe no art. 2º, §6º que “proferida condenação, o juiz fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima”.

Este dispositivo é redundante, pois o art. 387, IV do Código de Processo Penal desde 2008 já disciplina que o juiz penal assim deverá proceder.

Uma crítica ao Projeto de Lei nº 518 é que este menciona o recebimento da ação penal, ou seja, pressupõe a existência de um dos elementos subjetivo da pretensão acusatória, a autoria, o réu.

Infelizmente a maioria dos crimes dolosos resta oculto, não sendo individualizada a autoria.

Ocorrido um crime independentemente de ser revelada pelos órgãos competentes a sua autoria, o direito de segurança foi violado, devendo o Estado garantir o reequilíbrio, não levando em conta a condição econômica da vítima, pois todas devem estar sobre o mesmo manto de proteção constitucional.

O art. 3º do Projeto de Lei nº 518 menciona que “o Estado prestará assistência às pessoas vítimas por crime doloso que comprovem carência econômica [...]. Esta carência é aferida de forma objetiva através da renda mensal, onde assim será considerada a pessoa que a tiver inferior a um quarto do salário mínimo.

No mesmo dispositivo do projeto é previsto a assistência aos dependentes<sup>43</sup> da vítima.

Esta assistência deve ocorrer a vítima carente e a seus dependentes independe de ação penal, todavia, o art. 4º do Projeto de Lei 518 firma que “caso exista decisão de pronúncia ou decisão condenatória recorrível por crime que cause a morte da vítima, os dependentes carentes, receberão um salário mínimo, por prazo não superior a cinco anos”, ou seja, aqui requer que exista uma individualização de autoria. Exigindo a pretensão acusatória.

---

<sup>43</sup> Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 expõe quais as pessoas que são consideradas dependentes.

Este projeto demonstra que o Estado é responsável civilmente por seus administrados quando ocorre um crime doloso, infelizmente resumiu àqueles que sejam carentes.

O art. 387, IV do Código de Processo Penal ocorre com uma decisão judicial, uma sentença condenatória, existindo aqui a prova da materialidade, as circunstâncias e sua autoria.

A responsabilidade do autor a reparação do dano é chamada a ordem, não descartando a possibilidade de uma Ação *Ex Delito*.

O art. 948 do Código Civil dará ao juiz penal, inclusive, os parâmetros para esta indenização mínima quando o crime for de homicídio prevendo o “[...] o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família [...]” e, “[...] prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

Assim o juiz diante do dispositivo processual penal atribui um valor mínimo, levando em conta os danos causados pelo delito.

O problema advém quando o réu não tem a mínima condição de pagar a indenização.

Não adentrando na criminologia, não seria uma justificação que a desigualdade social seja a causadora de crime em si, mas não se deve fechar os olhos para o fato de que as pessoas mais carentes ou com pouco estudo tendem a estarem mais expostas a marginalidade, assim, a maioria daqueles, sem generalizações, que são submetidos aos processo e deles são condenados, não dispõe do mínimo para reparar o dano que causaram.

A vítima neste contexto fica totalmente a mercê, não tem direito a seu *status quo*.

O direito fundamental social prestacional de segurança pública não pode esperar por uma legislação ordinária que regularmente a reparação de danos provenientes de delitos. O Estado pode ser acionado jurisdicionalmente para que através da reparação possa seus administrados estarem confiantes não só na eficácia de um serviço, mas na eficácia da norma que dele independe, não garantindo o amparo somente aos carentes, mas alcançando a todos.

## 6 CONCLUSÃO

O Estado é, pois, um sujeito de dever e tendo como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana, elencando como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, obrigou-se a promover uma série de prestações positivas para que os direitos individuais de liberdade e políticos possam assumir condições essenciais para o seu devido gozo.

Essas obrigações firmadas constitucionalmente demonstram ao Estado seu dever jurídico originário que deve ser desempenhado conforme os princípios estatuídos pelas normas magnas, dentre eles o da eficiência.

As normas que expõe as prestações positivas a serem cumpridas pelo Estado são normas de direitos fundamentais sociais, possuindo eficácia jurídica plena, visto a qualidade normativa de produzir efeitos jurídicos, independentemente de sua estrutura vaga e aberta e, eficácia social, pois os enunciados normativos possuem capacidade para atingir os objetivos nelas traduzidos, afastando a mera programaticidade, esta que trará ou deverá trazer mecanismos capazes de proteger os direitos elencados contra potenciais violações.

O atuar estatal ou a não atuação, ou o atuar ineficiente, gerando danos, sejam coletivos ou individuais são passíveis de reparação mediante indenização, ou seja, implicará ao Estado um dever jurídico sucessivo consequente à violação do dever jurídico originário, uma responsabilidade civil.

A responsabilidade civil neste viés é um instrumento da legalidade e na medida em que assegura que os atos estatais devam estar conforme, garante aos indivíduos administrados indenização caso da sua atuação, este ineficiente ou omissão causem prejuízos.

Sendo o Estado um sujeito devedor da quebra da obrigação originária, surgem as argumentações jurídicas acerca do fundamento desta responsabilidade, subjetiva ou objetiva, arraigada nas diversas teorias: *faute du service*, risco administrativo ou teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos ou igualdade dos ônus e encargos sociais.

O contexto evolutivo do instituto da responsabilidade civil do Estado estabelece uma uniformidade: a responsabilidade objetiva. Esta firmada na Constituição Federal de 1988 no art. 37, §6º, seguindo os dispositivos infraconstitucionais civilistas.

Uma leitura constitucional do art. 37, §6º, mesmo em comparação com o art. 21, XXIII, alínea c, demonstra que a regra é a responsabilidade objetiva, seja no agir ou na omissão estatal, acompanhando este raciocínio o art. 927, parágrafo único do Código Civil e os arts. 14 e 22, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, evidente que estes últimos nas limitações que lhe são peculiares, alcançando assim a evolução do instituto a proteção da vitimologia que em certas situações fáticas restaria prejudicada na carga de se ver provar a culpa.

Das normas de direitos fundamentais prestacionais advém situações jurídicas que afloram direitos subjetivos. As situações subjetivas de vínculo ou negativa podem ser judicáveis, tendo como fundamento direto o texto constitucional.

As situações jurídicas de vínculo, positivas ou de vantagem que expressam as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais vinculam o direito de exigir, e o direito subjetivo se apresenta em seu sentido forte.

O direito de segurança pública é um dos direitos fundamentais sociais prestacionais que pode ser melhor efetivado mediante a implantação de programas, todavia, a norma que o expõe possui eficácia jurídica plena *prima facie*, a primeira vista, obrigando na medida do direito que enuncia o sujeito de dever o seu cumprimento que no mundo fático se vale da reserva financeira do possível, chegando a limitar o seu conteúdo, mas nunca desqualificando-o como direito.

A falta financeira é um verdadeiro obstáculo à concretização eficiente dos direitos fundamentais sociais prestacionais. O Estado por vezes não cumpre esta obrigação originária de forma espontânea, ensejando a execução forçada e a reparação do dano que sobreveio.

O dever de prestação a segurança pública está estatuído na Constituição nos arts. 6º e 144. O descumprimento desta obrigação é desprovido de aspectos subjetivos, a falta, não culpa da administração, visto o descumprimento da obrigação preexistente, diante das teorias expressas nesta dissertação, demonstram que não existe uma dicotomia de responsabilidade subjetiva e objetiva, obrigando, caso advenha dano da omissão, a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade objetiva advinda do descumprimento de dever preexistente permite a realização da justiça material e solidariedade social, expressando uma dimensão do Estado Constitucional de Direito.

Bastante salientar que o texto constitucional demonstrando uma forma de atingir seus objetivos de solidariedade apresenta o art. 245, definidor do Estatuto da

vítima de crimes e seus dependentes, objeto do Projeto de Lei do Senado nº 518 de 2013. Esta premissa dispõe ao Estado uma forma espontânea não de reparação, mas de assistência àquele, carente, que se viu lesado do seu direito de segurança pública.

A omissão estatal advém de um descumprimento de uma obrigação preexistente. O Estado deveria se comportar de acordo com o dever objetivo juridicamente imposto e deixa de observá-lo, implicando na omissão constitucional ao direito fundamental social de segurança pública quando não o fornece em sua máxima efetividade.

Desta feita a sistemática da responsabilidade civil do Estado não possui uma dicotomia entre ser subjetiva e objetiva, pois a falta (e não culpa) do cumprimento da obrigação originária gera entre o ente estatal e o lesado uma responsabilidade, daquele, objetiva, devendo no caso concreto, caso não seja anônima, a falta, regressar subjetivamente contra o servidor que lhe deu causa.

O serviço de segurança pública deve ser eficiente, senão os direitos à liberdade restarão deficientes. A norma constitucional que impõe ao Estado o dever a prestação de um serviço público, de segurança pública, eficiente possui validade, eficácia formal e material.

Vários instrumentos de eficácia constitucional estão postos a disposição para a proteção dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Alguns encontram na tutela coletiva uma melhor forma de satisfação, utilizando os sujeitos com legitimidade para a causa a Ação Civil, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e Mandado de Injunção, como exemplos, todavia não retira, não exclui o direito subjetivo de cada indivíduo e de todos em ação própria buscar a efetividade da prestação e a consequente reparação do dano que sofreu, maximizando a efetividade do direito.

Nos casos de omissão estatal ao direito de segurança pública, não se deve perquirir a “culpa da administração” ou a “culpa anônima”. A falta é a consequência jurídica de um descumprimento do dever de agir, da implantação dos programas correspondentes para dar efetividade ao objetivo.

O Estado brasileiro com um regime uniforme de responsabilidade, a objetiva, levando a aplicação da *faute do service* nos contornos franceses, o risco administrativo sob a égide da teoria ou princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos poderá ser uma forma de forçar a administração a dirigir

verbas para a satisfação de direitos fundamentais sociais que foram hostilizados por sua omissão constitucional, uma verdadeira falta de sensibilidade legislativa e de motivação do executivo, concretizando assim a realização do princípio fundamentado da República Federativa do Brasil, o seu núcleo axiológico: a dignidade da pessoa humana.

Respeitando demais entendimentos, a negação do caráter normativo do princípio constitucional da eficiência administrativa, resultaria na impossibilidade de cobrar do Estado a obrigação de realizar fielmente o interesse público, em especial naqueles que tange à efetivação dos direitos fundamentais, não cabendo aquela máxima de que o Estado se converteria em um “segurador universal”, pois o que se quer é que o Estado cumpra aquelas decisões políticas já postas democraticamente pelos representantes do povo para o devido uso dos recursos públicos.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade.** São Paulo: Atlas, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgilio Afonso da Silva. 5. ed. Malheiros, São Paulo. 2017.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências.** 4. ed.. São Paulo: Sariva, 1972.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação civil pública e direito difuso à segurança pública.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4079>>. Acesso em: 1 nov. 2017.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; e SOUZA, James Martins de. **Código de Defesa do Consumidor Comentado.** São Paulo: Ed. RT, 1995.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 29. ed.. São Paulo, 2012.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1993, V. 2.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8 ed. Atual, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAZHUNI, Marco Antônio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa.** Rio de Janeiro. Lumen Juris LTDA. 1992.
- BRASIL, **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)> Acesso em 03 fev. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 451, de 31 de maio de 1890.** Lei: Estabelece o registro e transmissão de immoveis pelo sistema Torrens.. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-451-b-31-maio-1890-516631-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.** Lei: Promulga o Código Penal. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8078, de 11 de setembro de 1990.** Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 03 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. STF. Suspensão de Tutela Antecipada nº 223. Relator: Ministra Ellen Grace. Brasília, DF, 14 de abril de 2008. **Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado:** Informativo 502. Brasília: Diário Oficial da União, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo502.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas unconstitutional.** Salvador: JusPodivm, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado.** Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v.14, p. 10-20, jul-set. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar.** São Paulo: Forense, 2002.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** Vol.7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ESTEFAM, André. **Direito Penal esquematizado: parte geral** / André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves, coordenador Pedro Lenza – 3. ed. Ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2014.

ESTEVES, Julio Cesar dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte. Del Rey. 2003.

FACHIN, Luiz Edson, **Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil**, volume III: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – 7. ed. São Paulo: saraiva, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service**. Salvador: Revista Eletrônica, 2014.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v.86, p.548-559, jan/abr. 1941.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Método, São Paulo, 1992.

PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de coisas inconstitucional: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A Efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

REIS, Clayton. **Avaliação do Dano Moral**, 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. RE 559.646-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27 ed. Ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, Volume IV, Editora Saraiva, 19. Edição, São Paulo, 2002

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8. Ed. Ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BORGES, Adréa Moraese Andréa e CALDAS, Gouthier. **Dano moral & punitive damages.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STOCO, Ruy. **Tratado de responsabilidade Civil.** 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 8. ed. atual. até a Emenda Constitucional 70, de 22.12.2011. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6. ed. 3. tiragem,. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 24 out. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TELLES JR., Godofredo. **O Direito Quântico.** 5. ed. São Paulo. Max Limonar, 1980.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o Nexo de Causalidade.** Revista Trimestral de Direito Civil, ano 2, v. 6, jun de 2001. Rio de Janeiro: PADMA, p. 3-19.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Vol.4. 3.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.