

O Estatuto de Defesa do Torcedor e a responsabilidade do Estado por omissão

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de **Especialista em Direito Administrativo** pelo Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Administrativo da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE/PUC-SP).

Aluno: **Antonio Rodrigues do Nascimento**

RA: **00087761**

Orientador: **Professor Rafael Ramires Araujo Valim**

São Paulo, agosto de 2013

Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda a parte.

Montesquieu

Se os homens são puros, as leis são desnecessárias; se os homens são corruptos, as leis são inúteis.

Thomas Jefferson

Agradeço aos Professores **Clovis Beznos** e **Márcio Cammarosano**, pela extraordinária qualidade do Curso de Pós-graduação que tive o privilégio de realizar; e aos amigos e colegas **Marco Aurélio dos Anjos** e **Valdemir Barbosa Dias**, por tornarem mais agradáveis e proveitosos os semestres letivos. Registro também especial reconhecimento e perene gratidão ao meu orientador, Professor **Rafael Valim**, exemplo de generosidade intelectual e vocação para a docência.

Sumário

Introdução	05
1. O Estatuto de Defesa do Torcedor – EDT	07
1.1. A constitucionalidade do EDT	08
2. Comandos normativos endereçados ao Poder Público pelo EDT	12
2.1. Comandos normativos do EDT e função administrativa	16
3. Antijuridicidade como fundamento da responsabilidade civil do Estado	22
3.1. Antijuridicidade da omissão estatal diante do dever legal de agir como violação dos princípios da legalidade e da eficiência	24
4. Requisitos para a configuração da responsabilidade civil do Estado por omissão às normas do EDT	27
4.1. Antijuridicidade da omissão estatal no EDT	27
4.2. Nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal	30
4.3. Dano efetivo e individualizável (material ou moral)	32
5. Excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado	35
5.1. Excludentes de responsabilidade diante da omissão às normas do EDT	36
6. Responsabilidade subjetiva dos agentes públicos por omissão	39
Conclusão	43
Referências Bibliográficas	45

Introdução

A presente monografia versa sobre a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes exclusivamente de *comportamentos omissivos* ante aos deveres legais estabelecidos pela Lei nº 10.671/2003, que instituiu o *Estatuto de Defesa do Torcedor* (EDT), destinado precipuamente à proteção e defesa do *torcedor*, vale dizer, de “toda pessoa que aprecie, apóie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade desportiva” (Art. 2º, *caput* do EDT).

A responsabilidade do Estado é capítulo de altíssima relevância no âmbito do Direito Público e suas proporções oceânicas são traduzidas pela variada doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes ao tema. Sendo assim, julgamos importante destacar, desde logo, que este trabalho não aprofunda ou desenvolve tópicos atinentes à evolução histórica e política da responsabilização do Estado ou à compilação e cotejo das diversas teorias, civilistas e publicistas, relacionadas ao instituto e seus elementos. Cingimo-nos à responsabilidade civil do Estado, também dita “patrimonial” ou “extracontratual”, entendida como o dever de indenizar ou ressarcir¹ prejuízos causados por danos decorrentes de *omissão* do Estado por *descumprimento*, *cumprimento tardio* ou *ineficiente* das previsões normativas contidas no EDT, as quais imputam *deveres de agir* aos Poderes Públicos e seus agentes. A estes últimos, é dedicada ao final seção que se ocupa dos desdobramentos da responsabilização civil do Estado nas esferas jurídicas pessoais dos agentes que concorrem culposa ou dolosamente para a omissão estatal.

Partimos do pressuposto de que no Direito brasileiro a tese de responsabilização civil do Estado por danos causados a terceiros foi sempre admitida² e é um dos mais caros fundamentos do Estado de Direito³, verdadeiro

1 Abeberando do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello não adotamos distinção terminológica entre conceitos de *indenização* e *ressarcimento*, em que pese a “indiscutível procedência” da doutrina italiana (Alessi) que reserva o primeiro para hipóteses de *sacrifício de direito* e segundo para casos de *violação de direito* (*Curso de Direito Administrativo*, p. 1002 e ss.).

2 Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 1035.

princípio jamais colocado em dúvida em nosso ordenamento⁴, de modo que toda a exposição, argumentação e conclusões finais estão arrimadas em conceitos que refletem, a nosso ver, o estado da arte da dogmática jurídica consolidada no referencial teórico indicado por todo o percurso deste trabalho. Das fontes doutrinárias citadas haurimos o conjunto sistemático de conceitos, institutos e princípios jurídicos indispensáveis para operar o ordenamento jurídico tendo em vista a solução de casos concretos relacionados ao tema em foco.⁵

Por fim, antes de adentrar ao cerne do objeto impende delinear um breve panorama histórico-social com o intuito de ressaltar os pressupostos teleológicos do plexo normativo analisado, preparando o passo seguinte, no qual será identificada a relação entre estas normas e o exercício da função administrativa do Estado brasileiro.

3 Alice Gonzalez Borges, *Responsabilidade Civil no Código de 2002*. In *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello* (orgs. Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho).

4 Yussef Said Cahali, *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 30.

5 Cf. José Rodrigo Rodriguez, *Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema*. In: *Dogmática é Conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*.

1. O Estatuto de Defesa do Torcedor – EDT

A aprovação da Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003 — o Estatuto de Defesa do Torcedor — marca uma mudança de paradigma na legislação brasileira com relação à regulação das atividades das entidades desportivas no país. Sua emergência pode ser apreendida no contexto do resultado dos trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito instauradas para investigação das atividades da organização do futebol brasileiro nos anos de 2000 (CPI do Futebol, aberta pelo Senado) e 2001 (CPI CBF/Nike/Traffic, aberta pela Câmara dos Deputados). As apurações parlamentares trouxeram à tona fatos gravíssimos envolvendo dirigentes da Confederação Brasileira de Futebol – CBF (conhecidos como “cartolas”), patrocinadores da Seleção Brasileira, políticos e empresários a eles associados.

A situação trazida à luz pelas CPI’s revelou o descalabro no financiamento, administração e controle das atividades das entidades desportivas oficiais do futebol brasileiro. Potencializada pela cobertura jornalística das muitas revelações e denúncias, a pressão política e social criou as condições subjetivas necessárias à aprovação concomitante de duas leis pelo Congresso Nacional, preordenadas à mudar as bases institucionais e administrativas do futebol brasileiro. Uma das leis aprovadas foi a Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003, alterando a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 (“Lei Pelé”, que *institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências*). A Lei nº 10.672, dentre outras inovações, introduziu um Parágrafo único no art. 2º da “Lei Pelé” para determinar que “a exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica”, sujeitando-se, especificamente, à observância de princípios tais como “transparência financeira e administrativa”, “moralidade na gestão desportiva” e “responsabilidade social de seus dirigentes”; ao mesmo tempo inseriu o § 2º no art. 4º da “Lei Pelé”, dispondo que “a organização desportiva do País integra o patrimônio cultural brasileiro e é considerada de elevado interesse social”.

As alterações da “Lei Pelé” buscaram submeter as atividades econômicas das entidades desportivas à regência legal adequada, respeitando-lhes, todavia, o

papel sociocultural que historicamente desempenham na sociedade brasileira. Já tivemos a oportunidade de observar que “a Lei nº 10.672/2003 não repetiu a hipocrisia das legislações anteriores que ignoravam formalmente a dimensão da exploração econômica do desporto, em especial do futebol, mas também não reduziu a atividade, tão rica de significados na cultura brasileira, à sua mera dimensão de negócio, reconhecendo-a como integrante do *patrimônio cultural brasileiro*, isto é, bem imaterial, intangível e insuscetível de apropriação privada”.⁶

A outra lei aprovada na mesma data, Lei nº 10.671/2003, veiculou o Estatuto de Defesa do Torcedor, que desde seu nascedouro está vulgarmente identificado com o futebol, porém, em verdade, trata-se de legislação apta à regulação de atividades desportivas e proteção de direitos de torcedores de *qualquer prática desportiva do país* (art. 2º do EDT). O diploma legal foi Instituído para regular a relação de torcedores e entidades desportivas, e a relação destas com o Estado, disciplinando direitos dos torcedores relacionados à saúde; segurança; organização e transparência das competições e seus regulamentos; comercialização de ingressos; transporte e acesso aos estádios nos dias de jogos; alimentação; ouvidoria; escalação de arbitragem e acesso à Justiça Desportiva. O EDT também estabeleceu crimes próprios⁷ e respectivas penalidades para dirigentes desportivos infratores e, a partir da edição da Lei nº 12.299/2010 (“Lei das Torcidas Organizadas”, que alterou o EDT), também para torcedores que violarem suas normas.

1.1. A constitucionalidade do EDT

A constitucionalidade das normas veiculadas pelo EDT foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em 2003 pelo Partido Progressista - PP, legenda que abrigava o então Presidente do Club de Regatas Vasco da Gama e deputado federal carioca Eurico Miranda. O PP pediu ao Supremo Tribunal

⁶ Antonio Rodrigues do Nascimento, *Futebol & relação de consumo*, p. 122 (itálicos no original).

⁷ O crime próprio é entendido como aquele que exige determinada qualidade pessoal do agente. Exemplo clássico é o crime de peculato, que só pode ser cometido por funcionário público que se aproprie “de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”.

Federal “a suspensão imediata” da vigência da Lei nº 10.671/03, sob o argumento de que dela resultariam “sérias lesões aos direitos e garantias fundamentais dos dirigentes das entidades de prática desportiva, vítimas do Estado Legislador, que produziu um ato normativo feito às pressas para atender a contingências políticas”. Vários grandes clubes brasileiros de futebol integraram a ADI 2.937/DF⁸ na condição de *Amice Curiae*, dentre eles o Ceará Sporting Club (CE), Clube Atlético Paranaense (PR), Cruzeiro Esporte Clube (MG), Sociedade Esportiva Palmeiras (SP), Santos Futebol Clube (SP), Grêmio Foot-ball Porto Alegrense (RS), Sport Club Internacional (RS) e Clube Atlético Mineiro (MG), que requereram participação no processo para “o efeito de que seja dado prosseguimento à ação proposta, pelo Partido Progressista, até seus ulteriores termos, *quando deverá ser declarada a inconstitucionalidade dos preceitos nela impugnados*” (itálico nosso).⁹

A arguição de inconstitucionalidade impugnou dezenas de dispositivos do EDT relacionados às disposições sobre transparência e moralidade da organização do desporto e à proteção à saúde e segurança dos torcedores. Em apertada síntese, alegou-se:

i) a inconstitucionalidade da iniciativa da União, autora do projeto de lei, para editar norma específica tratando de “pormenores e minudências” da organização desportiva, pois, constitucionalmente, sua competência legislativa estaria restrita à “emissão de *normas gerais*” sobre a organização desportiva;

ii) a inconstitucionalidade da regulamentação dos assuntos *interna corporis* das entidades desportivas, haja vista a “autonomia desportiva” prevista no artigo 217, I, da Constituição;

iii) a inconstitucionalidade da “dupla sanção” prevista na lei, que impõem: a) responsabilidade solidária dos dirigentes desportivos por danos causados aos torcedores decorrentes de falhas de segurança durante os eventos desportivos

8 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=estatuto%20do%20torcedor&processo=2937>, em 13/07/2013.

9 Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=660912> em 13/07/2013.

(art. 19 do EDT) e, b) um rol de penalidades administrativas aos dirigentes infratores, que vai da suspensão de direitos, inclusive a repasses de recursos públicos, até a perda de mandatos nas entidades desportivas (art. 37 do EDT).

Subsidiariamente aos pedidos de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos específicos, o autor requereu a declaração da inconstitucionalidade *in totum* do EDT, caso “a análise segregada dos trechos da lei impugnada possa tornar o texto remanescente assistemático”.

Citados para responder à ação, União e Ministério Público Federal afastaram, uma a uma, as alegações. A Advocacia-Geral da União concluiu sua defesa afirmando não existir ofensa alguma à autonomia das entidades desportivas “que não são livres para atuar acima ou contrariamente à lei”. O Congresso Nacional, notificado a fornecer informações, por intermédio da Advocacia do Senado Federal defendeu que “os dispositivos da Lei nº 10.271/2003 em nenhum momento afrontam a Constituição, ao contrário”, sua edição era imprescindível para garantir direitos do torcedor, pois é ele quem “movimenta toda a indústria do esporte” e merece “ter sua paixão reconhecida e valorizada, com a garantia de que as competições se constituam em eventos honestos, transparentes e equânimes”. O Ministério Público Federal, por sua vez, postulou que o Estatuto de Defesa do Torcedor “representa o atendimento aos anseios de inúmeros cidadãos, que na qualidade de torcedores, eram obrigados a suportar o descaso e os desmandos dos dirigentes das mais diversas associações esportivas”, de modo que “perfeita e exigível a intervenção do Poder Público, a fim de que sejam protegidos os direitos de uma camada expressiva da população que, em última análise, financia o desenvolvimento do esporte no país”.

No dia 23/02/2012, quase dez anos após sua propositura, a ADI 2.937/DF foi julgada totalmente improcedente por unanimidade. O voto do Ministro Relator Cezar Peluso, aprovado pelo Plenário do STF, qualificou como “inconsistentes” as alegações do autor e “inaplicáveis” os princípios jurídicos por ele invocados, predicando que:

*Nenhum intérprete racional, por mais crédulo que seja, poderia ter convicção sincera de que uma legislação federal sobre competições esportivas que fosse pautada apenas pelo uso de substantivos abstratos, como, por exemplo, princípios de “transparência”, “respeito ao torcedor”, “publicidade” e “segurança”, pudesse atingir um mínimo de efetividade social, sem prever certos aspectos procedimentais imanentes às relações de vida que constituem a experiência objeto da normação. **Leis que não servem a nada não são, decerto, o do que necessita este país** e, menos ainda, a complexa questão que envolve as relações entre dirigentes e associações desportivas. (negrito nosso)*

O Relator julgou que EDT não fere a “autonomia desportiva” reconhecida pela Constituição, verificando que “a legitimidade da imposição de limitações a essa autonomia” é “exigência do prestígio e garantia do direito ao desporto, constitucionalmente reconhecido”. Rejeitou também a alegação de “dupla sanção”, asseverando que a responsabilização objetiva dos dirigentes, prevista no art. 19 do EDT “é conseqüência da textual equiparação das entidades desportiva à figura do fornecedor do Código de Defesa do Consumidor”, enquanto as penalidades do art. 37 “são aplicáveis a hipóteses diversas, à vista da gravidade das condutas, segundo consideração do legislador”, em casos de violação das regras referentes à transparência na organização, segurança do torcedor e demais dispositivos. Veja-se a ementa do julgado:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Arts. 8º, I, 9º, § 5º, incs. I e II, e § 4º, 11, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 12, 19, 30, § único, 32, caput e §§ 1º e 2º, 33, § único, incs. II e III, e 37, caput, incs. I e II, § 1º e inc. II, e § 3º, da Lei federal nº 10.671/2003. Estatuto de Defesa do Torcedor. Esporte. Alegação de incompetência legislativa da União, ofensa à autonomia das entidades desportivas, e de lesão a direitos e garantias individuais. Vulneração dos arts. 5º, incs. X, XVII, XVIII, LIV, LV e LVII, e § 2º, 18, caput, 24, inc. IX e § 1º, e 217, inc. I, da CF. Não ocorrência. Normas de caráter geral, que impõem limitações válidas à autonomia relativa das entidades de desporto, sem lesionar direitos e garantias individuais. Ação julgada improcedente. São constitucionais as normas constantes dos arts. 8º, I, 9º, § 5º, incs. I e II, e § 4º, 11, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 12, 19, 30, § único, 32, caput e §§ 1º e 2º, 33, § único, incs. II e III, e 37, caput, incs. I e II, § 1º e inc. II, e § 3º, da Lei federal nº 10.671/2003, denominada Estatuto de Defesa do Torcedor.

Desse modo, a validade das normas do EDT é indiscutível, porque sua constitucionalidade está passada em julgado pelo STF, restando ao Poder Público e à sociedade fiscalizar sua aplicação a fim de torná-las eficazes.

2. Comandos normativos endereçados ao Poder Público pelo EDT

Além dos dispositivos voltados às entidades desportivas e aos torcedores, o EDT incumbiu ao Poder Público, inclusive ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (no exercício atípico da função administrativa), atribuições destinadas à proteção e defesa dos direitos dos torcedores e demais pessoas expostas aos riscos proporcionados pela organização e realização de grandes eventos desportivos. Em consonância com as matrizes constitucionais que regem as competências federativas, o EDT imputa ao Poder Público a prática de *atos administrativos*, *operações materiais* e até mesmo *atos políticos* ou de *governo*, estabelecendo, na maioria dos casos, tempo e modo adequados para sua realização.

Neste passo, torna-se indispensável indicar o elenco dos principais dispositivos endereçados ao Poder Público e aos seus agentes pelo EDT. Destarte, com a devida vênia, a bem do desenvolvimento da argumentação, apresentamos o rol abaixo, destacando em negrito as menções diretas da legislação ao Poder Público e seus agentes enquanto destinatários das normas e responsáveis pela sua aplicação, provocação ou *ex officio*:

(...)

Art. 14. *Sem prejuízo do disposto nos arts. 12 a 14 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, que deverão:*

*I – solicitar ao **Poder Público competente** a presença de agentes públicos de segurança, devidamente identificados, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos;*

*II - informar imediatamente após a decisão acerca da realização da partida, dentre outros, aos **órgãos públicos de segurança, transporte e higiene**, os dados necessários à segurança da partida, especialmente:*

- a) o local;*
- b) o horário de abertura do estádio;*
- c) a capacidade de público do estádio; e*
- d) a expectativa de público;*

(...)

Art. 16. *É dever da entidade responsável pela organização da competição:*

I - confirmar, com até quarenta e oito horas de antecedência, o horário e o local da realização das partidas em que a definição das equipes dependa de resultado anterior;

II - contratar seguro de acidentes pessoais, tendo como beneficiário o torcedor portador de ingresso, válido a partir do momento em que ingressar no estádio;

III – disponibilizar um médico e dois enfermeiros-padrão para cada dez mil torcedores presentes à partida;

IV – disponibilizar uma ambulância para cada dez mil torcedores presentes à partida;

*V – comunicar previamente à **autoridade de saúde** a realização do evento.*

Art. 17. *É direito do torcedor a implementação de planos de ação referentes a segurança, transporte e contingências que possam ocorrer durante a realização de eventos esportivos.*

*§ 1º Os planos de ação de que trata o caput serão elaborados pela entidade responsável pela organização da competição, com a participação das entidades de prática desportiva que a disputarão e dos **órgãos responsáveis pela segurança pública, transporte e demais contingências** que possam ocorrer, das localidades em que se realizarão as partidas da competição. (Redação dada pela Lei nº 12.299, de 2010).*

I - serão elaborados pela entidade responsável pela organização da competição, com a participação das entidades de prática desportiva que a disputarão; e

*II - deverão ser apresentados previamente aos **órgãos responsáveis pela segurança pública** das localidades em que se realizarão as partidas da competição.*

§ 2º Planos de ação especiais poderão ser apresentados em relação a eventos esportivos com excepcional expectativa de público.

§ 3º Os planos de ação serão divulgados no sítio dedicado à competição de que trata o parágrafo único do art. 5º no mesmo prazo de publicação do regulamento definitivo da competição.

(...)

Art. 23. *A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao **Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal**, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos **órgãos e autoridades competentes** pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição.¹⁰*

§ 1º Os laudos atestarão a real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança.

¹⁰ Dispositivo regulamentado pelo Decreto nº 6795/2009.

§ 2º Perderá o mando de jogo por, no mínimo, seis meses, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo em que:

I - tenha sido colocado à venda número de ingressos maior do que a capacidade de público do estádio; ou

II - tenham entrado pessoas em número maior do que a capacidade de público do estádio.

III - tenham sido disponibilizados portões de acesso ao estádio em número inferior ao **recomendado pela autoridade pública**. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

(...)

Art. 26. Em relação ao transporte de torcedores para eventos esportivos, fica assegurado ao torcedor partícipe:

I - o acesso a transporte seguro e organizado;

II - a ampla divulgação das providências tomadas em relação ao acesso ao local da partida, seja em **transporte público** ou privado; e

III - a **organização das imediações do estádio** em que será disputada a partida, bem como suas entradas e saídas, de modo a viabilizar, sempre que possível, o acesso seguro e rápido ao evento, na entrada, e aos meios de transporte, na saída.

(...)

Art. 27. A entidade responsável pela organização da competição e a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo solicitarão formalmente, direto ou mediante convênio, ao **Poder Público** competente:

I - serviços de estacionamento para uso por torcedores partícipes durante a realização de eventos esportivos, assegurando a estes acesso a serviço organizado de transporte para o estádio, ainda que oneroso; e

II - meio de transporte, ainda que oneroso, para condução de idosos, crianças e pessoas portadoras de deficiência física aos estádios, partindo de locais de fácil acesso, previamente determinados.

Parágrafo único. O cumprimento do disposto neste artigo fica dispensado na hipótese de evento esportivo realizado em estádio com capacidade inferior a vinte mil pessoas.

Parágrafo único. O cumprimento do disposto neste artigo fica dispensado na hipótese de evento esportivo realizado em estádio com capacidade inferior a 10.000 (dez mil) pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.299, de 2010).

Art. 28. O torcedor partícipe tem direito à higiene e à qualidade das instalações físicas dos estádios e dos produtos alimentícios vendidos no local.

§ 1º O **Poder Público**, por meio de seus **órgãos de vigilância sanitária**, verificará o cumprimento do disposto neste artigo, na forma da legislação em vigor.

§ 2º É vedado impor preços excessivos ou aumentar sem justa causa os preços dos produtos alimentícios comercializados no local de realização do evento esportivo.

Art. 29. É direito do torcedor partícipe que os estádios possuam sanitários em número compatível com sua capacidade de público, em plenas condições de limpeza e funcionamento.

Parágrafo único. Os laudos de que trata o art. 23 deverão aferir o número de sanitários em condições de uso e emitir parecer sobre a sua compatibilidade com a capacidade de público do estádio.

(...)

Art. 37. Sem prejuízo das demais sanções cabíveis, a entidade de administração do desporto, a liga ou a entidade de prática desportiva que violar ou de qualquer forma concorrer para a violação do disposto nesta Lei, observado o devido processo legal, incidirá nas seguintes sanções:

(...)

§ 2º A **União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir**, no âmbito de suas competências, multas em razão do descumprimento do disposto nesta Lei.

Art. 41. A **União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios** promoverão a defesa do torcedor, e, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento do disposto nesta Lei, poderão:

I - constituir **órgão especializado de defesa do torcedor**; ou

II - atribuir a promoção e defesa do torcedor aos **órgãos de defesa do consumidor**.

Art. 41-A. Os juizados do torcedor, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, **poderão ser criados pelos Estados e pelo Distrito Federal** para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das atividades reguladas nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

Do rol de dispositivos apresentados, *grosso modo*, exsurge a finalidade da lei de garantir a proteção dos interesses dos torcedores e não torcedores expostos aos efetivos ou potenciais efeitos deletérios da organização e realização dos grandes eventos desportivos. Estes, a partir do advento do EDT, estão sujeitos à disciplina nele prevista, quer seja sob a forma de imposição de *obrigações de fazer* às entidades desportivas, seja pela previsão da prática de *atos políticos*, *atos*

administrativos e operações materiais, preventivos ou repressivos, por parte do Poder Público.

2.1. Comandos normativos do EDT e função administrativa

Os comandos endereçados pelo EDT ao Poder Público e seus agentes fincam raízes no exercício da *função administrativa*, atribuição típica do Poder Executivo por força do art. 84 da Constituição. A função administrativa, fruto da clássica tripartição das funções de Poder do Estado, se caracteriza pelo fato de ser “*desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*”.¹¹ Dada a amplitude das atribuições e prerrogativas inerentes ao exercício da função administrativa, necessário se faz localizar o conjunto de regras em questão no campo de atuação do *poder de polícia administrativa*¹², tomado este poder em seu sentido mais restrito, isto é, aquele que define o exercício da função administrativa relacionada diretamente às “*intervenções, quer gerais ou abstratas (...), quer concretas e específicas, do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais*”.¹³

Com efeito, trata-se de um plexo de normas que incumbe ao Poder Público intervenções gerais e abstratas — a exemplo da autorização para disciplina de multas administrativas complementares às penas nele previstas — e intervenções concretas e específicas — expedição de laudos e realização de vistorias — todas

¹¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 36. (itálicos no original)

¹² O Código Tributário Nacional (CTN) dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 829.

elas com vistas à prevenção de danos aos interesses sociais. O EDT limita e condiciona a realização de grandes eventos desportivos a fim de garantir que não venham a assumir caráter nocivo à sociedade. As limitações e condicionamentos das atividades particulares das entidades desportivas são objetivados através da imposição de deveres de agir cuja observância, pelas entidades e pelo próprio Poder Público, deve redundar na criação de condições seguras e adequadas para os freqüentadores dos eventos desportivos de massa e demais pessoas expostas aos seus riscos potenciais e efeitos normais, inerentes aos ajuntamentos de multidões.

O mencionado poder de polícia administrativa que reveste as normas revela-se mesmo naqueles dispositivos do EDT que estipulam supostas “prestações positivas” a cargo Poder Público, como a elaboração dos laudos técnicos que atestem a “real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança” (art. 23, I). Em verdade, sob a aparência de “ofertar um serviço” às entidades desportivas, a norma visa tão somente impedir que as atividades praticadas ou as situações criadas pelas entidades desportivas sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva.¹⁴

O EDT atribui aos Poderes Públicos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, nos limites de suas competências, obrigações que devem ser desincumbidas de maneira preventiva ou repressiva através de diversificados *meios de atuação* do poder de polícia administrativa¹⁵, a exemplo participação na elaboração de planos de contingência, ações de controle de transporte e trânsito, fiscalizações, vistorias, autorização ou interdição de atividades. Adotando-se substancialmente o magistério de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁶, perfilhado por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ em sua classificação dos atos emanados do Poder Executivo, podemos distinguir nos comandos normativos endereçados ao Poder Público e seus agentes duas classes de normas, a saber:

14 Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 836 e ss.

15 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 125.

16 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I, p. 479 e ss..

17 Op. cit. p. 383 e ss.

i) normas que *autorizam* o Poder Público à realização de *atos políticos* ou *de governo*, entendidos como atos emanados da função puramente política do Poder Executivo. Nesse sentido, trata-se de atos praticados com “*margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição*”.¹⁸ São quatro as hipóteses que contemplam a prática destes atos discricionários no EDT:

a) o art. 27, *caput*, prevê a celebração *facultativa* de *convênio* entre Poder Público competente e “entidade desportiva detentora do mando de jogo” para atender às demandas de mobilidade urbana e acesso aos estádios com capacidade para mais de dez mil pessoas em dias de jogos;

b) o art. 37, § 2º, *faculta a instituição* de multas pelas pessoas políticas “no âmbito de suas competências”, como sanções administrativas complementares às penalidades já previstas na lei;

c) o art. 41, imputa aos entes federativos a promoção da defesa do torcedor, *facultando-lhes*, para efetiva fiscalização do cumprimento do EDT, a *constituição* de “órgão especializado de defesa do torcedor” ou a *atribuição* dessa incumbência aos “órgãos de defesa do consumidor”;

d) o art. 41-A, prevê a *possibilidade* de criação de juizados especiais pelos Estados e Distrito Federal para julgamento das causas e execução de sentenças relacionadas à matéria regulada pelo EDT.

Veja-se que os dispositivos indicados aludem para a prática de atos cuja competência emana diretamente da Constituição, por força do art. 84, II e III e art. 94, I, alínea *d*. Assim é porque os atos previstos nos artigos 27, *caput*; 37, § 2º e 41, competem aos Chefes do Poder Executivo de cada ente federado no exercício da direção superior da Administração e da prerrogativa de iniciar o processo legislativo (respectivamente, a celebração facultativa de convênios e propositura

¹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 384 (itálicos no original).

de projetos de lei para imposição de multas administrativas complementares ao EDT e organização administrativa com vistas à defesa do torcedor). Já o art. 41-A trata de matéria de competência privativa dos Tribunais, nos termos do art. 96, I, *d*, que dispõe sobre a iniciativa de lei para criação de novas varas judiciárias.

ii) normas que *determinam* ao Poder Público a prática de *atos administrativos* e *operações materiais*.¹⁹ A expressão *ato administrativo* é adotada aqui em sentido material ou objetivo, “como manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito”,²⁰ traduzindo-se em “providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”²¹. São exemplos de *atos administrativos* em espécie as autorizações, licenças, notificações, pareceres, laudos etc.. Já as *operações materiais* são ações concretas de aplicação da lei, compreendendo medidas tais como dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias, lacração de estabelecimento etc.. Além das várias disposições assecuratórias de direitos dos torcedores que pressupõem e acometem deveres-poderes de controle e fiscalização ao Poder Público, à guisa de ilustração das *determinações* expressas para a prática de atos administrativos ou operações materiais destacamos os seguintes dispositivos:

a) art. 17, § 1º, *determina* aos *órgãos públicos* das localidades em que se realizarão as competições, responsáveis pela “segurança pública, transporte e demais contingências que possam ocorrer” a participação na elaboração dos “planos de ação” previstos no *caput* do artigo (itálicos nossos);

19 *Operações materiais* não se confundem com *atos materiais*. Enquanto os últimos não são sequer atos jurídicos, apresentando-se como meros “fatos administrativos”, consoante a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 384), as operações materiais caracterizam ações de “aplicação da lei ao caso concreto” (Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Op. cit., p. 125).

20 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Op. cit., p. 476.

21 Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 385.

b) art. 23, *exige* a apresentação de “laudos técnicos *expedidos pelos órgãos e autoridades competentes* pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição” ao Ministério Público, previamente à realização dos eventos desportivos (itálicos nossos);

c) art. 28, § 1º, *atribui* ao “Poder Público por meio de seus órgãos de *vigilância sanitária*” o dever-poder de verificar o cumprimento das disposições legais relativas “à higiene e à qualidade das instalações físicas dos estádios e dos produtos alimentícios vendidos no local” (itálicos nossos).

Registre-se, por oportuno e sem delongas, que à exceção dos *atos políticos*, referidos exaustivamente nos dispositivos apontados no item *i* supra, o conjunto de *atos administrativos e operações materiais* consubstanciado pelas regras do EDT está revestido de caráter *vinculado*, vale dizer, atos e operações que *devem* ser praticados pelo Poder Público, de ofício ou por provocação, “sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante da hipótese prefigurada em termos objetivos”.²² Claro está, e retornaremos a este ponto mais adiante, que ao mesmo tempo em que *vinculam* o Poder Público ao seu cumprimento, há hipóteses em que as normas do EDT deixam margem de discricionariedade ao órgão público competente para a tomada de decisão administrativa quanto ao *conteúdo* do ato, prevendo certa liberdade decisória quanto à melhor maneira de se alcançar os resultados esperados pela legislação. Exemplo disso são as medidas de proteção e defesa do torcedor que deverão ser contempladas nos “planos de ação” previstos no art. 17, § 1º. Tais planos envolvem a análise de “contingências que possam ocorrer”, as quais, não sendo conhecidas de antemão, estão sujeitas ao critério do Poder Público quanto ao planejamento e implementação das medidas julgadas mais adequadas para seu enfrentamento.

É de se destacar, ainda, que a prática dos atos administrativos ou a realização de operações materiais decorrentes da atuação do poder de polícia que

²² *Ibidem*, p. 424.

se caracterizam como atos de autoridade pública não admitem, em regra, o trespasse de sua execução a particulares porque constituem atividades *típicas e exclusivas* do Estado.²³ Admite-se, no entanto, a outorga de competência para exercício do poder de polícia às entidades de Direito Público da Administração Indireta (v.g. autarquias e agências reguladoras). Do mesmo modo é admitida a prática de certos atos meramente materiais que precedem ou sucedem atos jurídicos de polícia administrativa²⁴ e, até mesmo, a execução por particulares de determinados atos de polícia administrativa sob as ordens da Administração Pública, a exemplo da destruição de materiais apreendidos ou da demolição de construção irregulares, salientando que nestes últimos casos não há propriamente delegação, pois o particular atua estritamente sob o comando da Administração.

Estabelecida a relação das normas do EDT com a função administrativa por meio de sua localização no capítulo do poder de polícia administrativa e classificados os comandos normativos dirigidos ao Poder Público, restringiremos a investigação àquelas normas que traduzem prescrições vinculadas, *determinando* ao Poder Público a prática de atos e operações sobre os quais não lhe compete fazer juízo relativo à conveniência ou oportunidade da execução, mas simplesmente, cumpri-los, atendendo ao princípio da legalidade estrita que rege toda a atividade da Administração Pública.

23 Heraldo Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, p. 150.

24 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Op. cit.*, p. 846 e ss.

3. Antijuridicidade como fundamento da responsabilidade civil do Estado

Qualquer estudo sobre a responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro beneficiar-se-á da leitura, de saída, do dispositivo constitucional específico que trata do instituto:

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 teor do texto constitucional não deixa margem de dúvidas quanto ao dever do Estado e de suas pessoas jurídicas de direito público ou privado (se prestadoras de serviços públicos) de indenizar danos causados aos cidadãos-administrados, independentemente de culpa ou dolo. Todavia, alude com acerto Daniel Ferreira, ao mesmo tempo em que “fez-se bastante claro, reconhecendo que, em regra, os danos causados a terceiros pelo aparato estatal ensejam responsabilidade patrimonial”, o poder constituinte silenciou “acerca da natureza da ação (conduta) causadora do dano, se (apenas) ilícita ou (também) lícita, dando relevo apenas ao resultado: o prejuízo ao patrimônio alheio”.²⁵

Não obstante o silêncio do constituinte, doutrina e a jurisprudência, com pequenos matizes na fundamentação que não alteram a uniformidade das conclusões, pacificou o entendimento de que o fundamento para imputação de responsabilidade civil ao Estado é a *antijuridicidade* da conduta que provoca o *dano injusto*. A antijuridicidade não se confunde com mera ilicitude. Enquanto a ilicitude abrange apenas condutas comissivas ou omissivas transgressoras da legislação, a antijuridicidade pode alcançar até mesmo a ação lícita, porém em

²⁵ *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos gerais e Controvérsias*, p. 53 e ss.. In *Responsabilidade Civil do Estado*.

desconformidade com o Direito. Agustín Gordillo anota que “lo importante es el dano antijurídico sufrido, y de él fluirá la responsabilidad de quien lo hayan ocasionado por actos, hechos u omisiones, aunque estos sean lícito *per se*”.²⁶

A antijuridicidade, tomada como sinônimo de fundamento último da responsabilidade civil do Estado, isto é, como a justificativa da existência de tal responsabilização, apresentar-se-ia, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “bipartida”:

i) nos casos de danos causados por condutas *ilícitas*, *comissivas* ou *omissivas*, a antijuridicidade decorre da violação do *princípio da legalidade*;

ii) nos casos de danos causados por condutas *lícitas*, a antijuridicidade decorre da violação do *princípio da igualdade*, uma vez que, nestes casos “o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos”.²⁷

Assim a antijuridicidade estará presente nas condutas *comissivas* sempre que haja dano decorrente de *ato ilícito* ou de ato lícito que cause **dano anormal e específico**²⁸ para algumas pessoas ou grupos de pessoas e, também estará presente nas condutas *omissivas*, sempre que o dano decorrer de situações em que o Estado tenha o *dever de agir* para evitá-lo, porém, se omite ou atua de forma tardia, insuficiente ou deficiente. O foco sobre antijuridicidade do dano, e não sobre a conduta do agente, para fins de imputação de responsabilidade civil ao Estado, superou a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado, deixando de exigir a comprovação de culpa ou dolo para dar ensejo ao dever de indenizar, de modo que, repita-se, o deslocamento da ilicitude da conduta do agente para o evento danoso torna “primordial” para o nascimento da responsabilidade apenas a

²⁶ *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo 2: La defensa del usuario y del administrado* (itálico no original).

²⁷ Op. cit., p. 1015.

²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Op. cit., p. 706 (negritos no original).

“existência de um dano que, por não dever ser suportado pelo particular torna-se antijurídico”.²⁹ Em quaisquer dos casos, pois, quando o Estado causa danos pela violação de seus deveres objetivos não é necessário investigar a existência de uma “vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadora do dano”,³⁰ para comprovação de culpa ou dolo do agente estatal, eis que o dano sofrido pelo administrado “tem como *causa o fato objetivo* da atividade (comissiva ou omissiva) administrativa, regular ou irregular, incomponível, assim, com qualquer concepção de culpa administrativa, culpa anônima do serviço, falha ou irregularidade no funcionamento deste”³¹.

Deveras, à responsabilização civil do Estado pela Constituição de 1988 aplica-se perfeitamente a análise de Weida Zancaner Brunini a propósito do tratamento do tema na Constituição outorgada de 1967³²: “a Constituição agasalhou a responsabilidade objetiva, *tanto nos atos comissivos como nos omissivos*, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a conseqüente imputação de responsabilidade ao Estado”³³.

3.1. Antijuridicidade da omissão estatal diante do dever legal de agir como violação dos princípios da legalidade e da eficiência

Se por um lado até mesmo condutas *comissivas lícitas* do Estado podem, eventualmente, dar ensejo à *antijuridicidade* que fundamenta a responsabilidade civil pelo *dano injusto*, de outra banda a conduta estatal *omissiva* será *sempre*

29 Weida Zancaner, *Responsabilidade Extracontratual das Concessionárias de Obras e Serviços Públicos e do Estado Concedente*, p.765 . In *Direito Público: Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*.

30 Marçal Justen Filho, *A Responsabilidade do Estado*, p. 232. In *Responsabilidade Civil do Estado* (org. Juarez Freitas).

31 Yussef Said Cahali, Op, cit., p. 35 (itálicos no original).

32 A Constituição de 1967 dispunha:

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

33 *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*, p. 62 (itálicos nossos).

ilícita e conseqüentemente antijurídica.³⁴ Todavia, a ilicitude da omissão e, conseqüentemente sua antijuridicidade, só se apresentará de plano nas hipóteses em que o Poder Público estiver investido por lei do *dever de agir* para evitar o dano e não o fizer ou, em o fazendo, agir de maneira tardia ou ineficiente. É que nestas hipóteses em que há previsão legal de um dever de agir específico para evitar um dano, a responsabilização do Estado pela omissão deriva da violação do *princípio da legalidade* e é *objetiva*. Em outras palavras, “deixar de agir quando a lei manda que o sujeito aja é juridicamente equivalente a agir quando a lei proíbe a ação. Num caso, a lei diz: ‘é proibido fazer’; noutra, estabelece: ‘é obrigatório fazer’ (...)”.³⁵ A omissão à determinação expressa de agir é diversa dos casos de descumprimento por omissão do chamado *dever especial de diligência*. Este *dever especial* acometido ao Poder Público impõe-lhe a obrigação genérica de cumprir suas funções, diligente e zelosamente, *mesmo quando não haja lei determinando um dever de agir específico*³⁶.

Desse modo – em que pese o fato já apontado da Constituição de 1988 não diferir atos omissivos ou comissivos para estabelecer o regime de responsabilização civil do Estado por danos injustos causados a terceiros – a omissão estatal que não infringe norma específica, pela própria falta de tipificação legal da conduta, poderá dar margem à perquirição de responsabilidade *subjetiva*, isto é, dependente de verificação de culpa ou dolo da referida conduta lesiva omissiva no caso concreto. Não obstante, a nosso ver, em determinadas situações tanto a *infração ao dever especial de diligência* quanto ao *dever de agir específico* poderão radicar a antijuridicidade da conduta omissiva na violação do *princípio da eficiência*. Senão vejamos.

A conduta estatal omissiva causadora do dano injusto pode se apresentar sob duas modalidades: 1) *descumprimento da norma* ou 2) *cumprimento tardio ou ineficiente*. Na hipótese de *omissão total*, a toda evidência, está caracterizada a violação do princípio da legalidade. Porém, há certos casos em que o Poder

34 Para Celso Antônio Bandeira de Mello “a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*”, Op. cit., p. 1021 (itálico no original).

35 Marçal Justen Filho, op. cit. p. 236.

36 Idem, *Curso de Direito Administrativo*, p. 795.

Público frustra os objetivos da norma por dar-lhe cumprimento *tardio* ou de modo *ineficiente*, numa espécie de *omissão parcial* diante de seu dever de agir. Nestes casos nem sempre restará configurada a toda evidência violação da legalidade, contudo poderão estar presentes claras violações do *princípio da eficiência*, a exigir do Poder Público que os atos administrativos sejam praticados com eficácia e presteza, sem desatender a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e demais regras e princípios norteadores da atividade administrativa.³⁷

Admitindo-se a violação do *princípio da eficiência* como *causa autônoma*, adequada e suficiente para caracterizar a *antijuridicidade* diante de uma *omissão parcial* do Poder Público o fundamento da responsabilidade civil do Estado apresentar-se-ia agora de forma *tripartida*:

i) nos casos de danos causados por condutas *ilícitas comissivas* ou *totalmente omissivas*, a antijuridicidade decorre da violação do *princípio da legalidade*;

ii) nos casos de danos causados por condutas *ilícitas parcialmente omissivas*, a antijuridicidade decorre da violação do *princípio da eficiência*;

iii) nos casos de danos causados por condutas *licitas*, a antijuridicidade decorre da violação do *princípio da igualdade*.

³⁷ Cf. Silvio Antonio Marques, *Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*, p. 119.

4. Requisitos para configuração da responsabilidade civil do Estado por omissão às normas do EDT

Esclarecido o fundamento jurídico da responsabilidade civil do Estado, podemos voltar aos contornos estritos da configuração da responsabilidade por danos causados em virtude da *omissão* decorrente do descumprimento absoluto ou relativo das normas do EDT e verificar quais são os requisitos necessários para fazer nascer a obrigação do Estado de recompor o patrimônio de terceiros nestes casos. De maneira geral, a configuração da responsabilidade civil por omissão exige a concorrência dos seguintes requisitos:

a) *antijuridicidade da omissão estatal imputável ao Estado;*

b) *nexo de causalidade entre o dano e a omissão estatal.*

c) *dano efetivo e individualizável (material ou moral);*

Visitemos, pois, cada um deles.

4.1. Antijuridicidade da omissão estatal no EDT

A responsabilidade civil do Estado por danos causados por *condutas omissivas* decorrentes do descumprimento das normas do EDT é *objetiva*. É assim porque antijuridicidade emergirá da violação direta de *deveres jurídicos de agir*, expressamente exigidos pelo diploma normativo. Quando a norma atribui ao Poder Público e a seus agentes a *obrigação* de praticar determinados atos e operações, a omissão destes equivale à conduta comissiva ilegal, ou segundo Marçal Justen Filho, corresponde ao chamado *ilícito omissivo próprio*.³⁸

³⁸ *A Responsabilidade do Estado*, p. 234.

O EDT prevê diversas hipóteses em que o *dever de agir* é atribuído ao Poder Público com a finalidade precípua de salvaguardar direitos individuais e coletivos antes, durante e após a realização dos eventos desportivos. Tomemos o exemplo da combinação dos artigos 14 e 26. O art. 14, II, determina a obrigação das entidades desportivas de “*informar imediatamente* após a decisão acerca da realização da partida, *dentre outros, aos órgãos públicos de segurança, transporte e higiene, os dados necessários à segurança da partida*”; já o dispositivo do art. 26 *assegura* aos torcedores “*acesso a transporte seguro e organizado*” e “*a organização das imediações do estádio em que será disputada a partida, bem como suas entradas e saídas, de modo a viabilizar, sempre que possível, o acesso seguro e rápido ao evento, na entrada, e aos meios de transporte, na saída*”. A norma institui medidas específicas típicas da função administrativa a cargo do Poder Público, titular das competências e prerrogativas indispensáveis para garantia do “acesso a transporte seguro e organizado” dos torcedores (serviço público) e “organização das imediações do estádio” (polícia administrativa).

Sem entrar na minúcia das condutas prefiguradas nas diversas hipóteses normativas constantes do rol de dispositivos declinado no *item 2*, cabe destacar que avulta na maioria deles previsões de direitos subjetivos, individuais ou coletivos, os quais poderão ser expostos a danos, potenciais ou efetivos, em caso de *omissão* do Poder Público. A título de ilustração derradeira mirem-se as hipóteses dos artigos 14, I e 16, V, que prevêm, respectivamente, deveres das entidades desportivas de “*solicitar ao Poder Público competente a presença de agentes públicos de segurança, devidamente identificados, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos*” e de “*comunicar previamente à autoridade de saúde a realização do evento*”. Nestas situações, uma vez solicitada providência ou meramente informada a realização do evento pela entidade desportiva, eventual omissão do Poder Público caracterizará uma *omissão antijurídica*, i.e., uma omissão que afronta a determinação legal do *dever de agir específico* no sentido de tomar as providências e mobilizar os recursos indispensáveis à segurança e

saúde dos torcedores, podendo ensejar responsabilização civil objetiva do Estado quando dessa omissão resultarem danos.

Entretanto, além de responder pelos danos causados pela omissão total diante da imposição legal de determinado dever de agir, responde também o Estado caso aja de modo “deficiente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado, quando, de direito, devia sê-lo”.³⁹ Não basta, pois, agir. Há que se fazê-lo de modo eficaz e eficiente. A eficácia é atingida quando os objetivos específicos da norma são materialmente realizados, neste sentido a conduta estatal será eficaz quando alcançar a finalidade social colimada pela lei; a eficiência, por sua vez, está adstrita ao modo e aos recursos utilizados pelo o agente que realiza a ação.

Em se tratando dos comandos normativos endereçados ao Poder Público e seus agentes pelo EDT, a eficácia será verificada pela realização da finalidade a que se preordena o conjunto normativo, qual seja, a tomada efetiva de medidas de proteção dos direitos dos torcedores e demais pessoas expostas aos riscos e externalidades negativas provenientes da organização e realização dos grandes eventos desportivos. A eficiência será apurada a partir do modo de atuação do agente público e dos recursos por ele mobilizados no cumprimento dos comandos legais do EDT, a exemplo da tempestividade de sua ação, da adequação, suficiência e economicidade das medidas adotadas.

Em qualquer caso, a comprovação da conduta total ou parcialmente omissiva (tardia ou ineficiente), em que pese a inerente sua antijuridicidade, não bastará por si só para gerar a responsabilização patrimonial do Estado. A omissão deverá guardar *nexo de causalidade* com um *dano efetivo e individualizável*. Registre-se, porém, que a mera violação do princípio da legalidade ou da eficiência, como se verá adiante, poderá ensejar a responsabilização subjetiva dos agentes públicos que deram causa à omissão.

39 Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 1022.

4.2. Nexos de causalidade entre o dano e a omissão estatal

Indispensável à configuração da responsabilidade civil é a demonstração do nexo de causalidade entre o dano injusto e a omissão estatal antijurídica, i.e, a comprovação de que o dano teve como causa a omissão. Yussef Said Cahali chama a atenção para “o acerto da doutrina e da jurisprudência mais atualizada” que na apuração da responsabilidade objetiva do Estado dão ênfase ao “elemento concreto da *causalidade* entre o dano injusto sofrido pelo particular e a atividade comissiva ou omissiva do ente público”. Com o foco sobre o nexo causal, o autor propõe para caracterização do dano injusto as seguintes regras: a) o dano é injusto e enseja responsabilidade civil se tem como *causa exclusiva* a atividade regular ou irregular da Administração; b) o dano deixa de qualificar-se como injusto se tem como *causa fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro* e, c) o dano é injusto, mas sujeito à responsabilidade civil atenuada, se com a atividade regular ou irregular da Administração *concorrem outras causas* (concausas) como fato da natureza, do próprio prejudicado ou de terceiro.⁴⁰

Maria Sylvia Zanela Di Pietro, ao tratar das causas excludentes e atenuantes de responsabilidade, alça a existência do nexo de causalidade à condição de “fundamento da responsabilidade civil do Estado”, afirmando que “esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada” quando a atividade do Poder Público não for a “**causa** do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, não for a causa única”⁴¹. Com a devida vênia, a demonstração da existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal não nos parece ser o “fundamento” da responsabilidade civil, mas sim, mais propriamente, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, um “requisito necessário para colocar em causa a obrigação de reparar o dano”⁴². O fundamento (do latim *fundamentum*: alicerce, base, sustentáculo) desta obrigação, sua razão de ser, encontra-se na antijuridicidade da ação ou omissão causadora do dano injusto. O nexo de causalidade, assim, é “elemento” ou “requisito” para

⁴⁰ Op. cit., p. 42.

⁴¹ Op. cit., p. 706 (negrito no original).

⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello, Op. cit., p. 1015.

configuração da responsabilidade, fundada na violação da ordem jurídica sob forma de afronta aos princípios da legalidade, da igualdade ou da eficiência. O nexo causal, não obstante sua relevância fundamental para configuração da responsabilidade civil, é mero fenômeno etiológico relacionado às circunstâncias de fato. Um “teste de realidade” quanto a esta proposição pode ser aplicado a partir da constatação de que a exclusão do nexo causal não transmuta a antijuridicidade em “juridicidade”. A conduta continuará antijurídica, todavia, não ensejará a responsabilidade civil porque não restou comprovado que foi ela a causadora do dano, porém, como veremos adiante, mesmo neste caso onde não há responsabilidade civil a antijuridicidade produzirá efeitos.

Sem adentrar nos vastos meandros das muitas teorias a respeito da *relação de causalidade* em matéria de responsabilidade civil⁴³, destacamos que a precitada Maria Sylvia, após coligir variada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica que aquela Corte vinha aplicando a *teoria do dano direto e imediato* para caracterização do nexo de causalidade nos casos de responsabilidade do Estado *por omissão*. Neste sentido, em aresto trazido à colação o Ministro Eros Grau, Relator do RE-573.595-AgR, arrazoa que “só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano remoto, quando, para produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí dizer, Agostinho Alvim: ‘os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas’. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis”⁴⁴. Mais à frente Maria Sylvia menciona pelo menos dois casos nos quais o STF flexibilizou a *teoria do dano direto e imediato* para admitir responsabilidade por omissão do Estado em casos de *dano indireto e remoto* com concorrência de duas ou mais causas para a produção de um resultado (RE 409.203, julgado em 07/03/06 [dano causado à vítima de crime de estupro cometido por fugitivo de penitenciária] e

43 Yussef Said Cahali arrola as seguintes teorias: 1) teoria da equivalência das condições; 2) teoria da causa próxima e da causa direta; 3) teoria da causalidade eficiente; 4) teoria negativa de Mayer; 5) teoria da causalidade típica; 6) teoria da causalidade adequada. Op. cit., p. 75 e ss.

44 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Op. cit., p. 711 e ss.

STA 223-AgR, julgado em 14/04/08 [dano causado à saúde de vítima de agressão por falta de policiamento ostensivo em local de alta periculosidade]).

Destarte, a comprovação de danos relacionados à realização de grandes eventos desportivos, decorrentes de sobrelotação de estádios; falhas nas estruturas físicas, hidráulicas ou elétricas; falhas de segurança interna e externa; condições sanitárias inadequadas; acidentes de trânsito, enfim, qualquer dano que guarde relação de causalidade, direta e imediata ou indireta e remota, com a falta ou ineficiência de medidas previstas no EDT e a cargo do Poder Público, poderá ensejar pretensão indenizatória com fundamento na responsabilidade civil do Estado desde que haja demonstração do nexo causal entre o dano e a omissão estatal, mesmo quando presente uma ou mais concausas, desde que estas não possam, elas próprias, por si só, romper o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano, como será visto na seção dedicada às excludentes ou atenuantes de responsabilidade.

4.3. Dano efetivo e individualizável (material ou moral)

O dano sofrido pelo administrado em virtude da omissão do Poder Público pode ser de natureza material ou moral, mas em qualquer caso deverá apresentar-se como um dano *efetivo* para ser indenizável. Entendemos por *dano efetivo* aquele que corresponde à lesão de um direito certo, titularizado pela vítima à época da lesão. Apenas a constatação da *omissão* do Poder Público em atender aos comandos do EDT, desprovida da demonstração do *dano efetivo*, não será apta a ensejar a responsabilidade civil. Agustín Gordillo assinala que apesar da inexistência de qualquer regra geral que determine de antemão quais são as exigências para comprovação do dano efetivo (sempre apurado no caso concreto), “en algunas ocasiones se exigirá que la conducta dañosa sea apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral, o se calculará presuntivamente el daño en ausencia de elementos probatorios tradicionales”.⁴⁵

45 Op. cit., p. XX-19.

O dano efetivo causado pela omissão há também de ser *individualizável*. Para Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández o requisito da individualização do dano “quiere indicar, en primer término, que ha de tratar-se de um daño concreto, residenciable directamente em el patrimonio del reclamante y que exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social”. Averte-se que a individualização do dano não impede o reconhecimento de danos causados a grupos de pessoas, a exemplo da individualização de “un daño en relación a un grupo de individuos – los propietarios colindantes con la vía –, que resultan especialmente afectados por las obras, más allá de la afeción atribuible a la generalidad de los ciudadanos”.⁴⁶ Neste mesmo sentido e apoiado em farta jurisprudência, Yussef Said Cahali destaca que para ser indenizado “o dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade”.⁴⁷

Assim, não será qualquer perturbação causada por um grande evento desportivo que gerará a perquirição da responsabilidade do Estado com fulcro no EDT. Deverá haver a comprovação de um dano efetivo e individualizável que ultrapasse os inconvenientes comuns da vida cotidiana nos centros urbanos ou daqueles transtornos habituais criados em função da realização de grandes eventos de massa. Tampouco poderá dar ensejo à responsabilidade a execução de medidas discricionárias tomadas pelo Poder Público, nos limites de suas competências e no cumprimento das disposições do EDT, tais como mudanças das rotas de tráfego ou alterações nos horários de funcionamento de atividades em dias de jogos, desde que estas não se apresentem como anormais ou excessivamente onerosas no contexto vida social contemporânea.

Por oportuno, chamamos a atenção para o fato de que, se por um lado, as normas do EDT *vinculam* o Poder Público e seus agentes ao seu cumprimento, o *modo* pelo qual elas serão cumpridas, em várias hipóteses, está sujeito à discricionariedade do órgão ou do agente público competente, haja vista não

⁴⁶ *Curso de Derecho Administrativo II*, p. 383 e ss.

⁴⁷ Op. cit., p. 69.

existir soluções apriorísticas ou únicas para as diversas hipóteses contempladas no EDT, a exemplo dos “planos de ação” previstos no art. 17, § 1º, cujas providências devem atender, além da segurança pública e transporte, “demais contingências que possam ocorrer”. Evidente que ao dar cumprimento às normas do EDT deve o Poder Público escolher dentre as soluções possíveis as mais razoáveis, proporcionais, econômicas e eficientes, garantindo-se, ainda, a publicidade e transparência dos processos de decisões que resultem em limitações administrativas ou sacrifícios de direito em decorrência de sua aplicação, uma vez que mesmo as escolhas *lícitas*, isto é, que atendam adequadamente à lei e aos princípios que regem a atividade administrativa, poderão gerar dano injusto à luz do princípio da igualdade, ensejando a responsabilização civil do Estado.

5. Excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado

As chamadas “causas excludentes ou atenuantes de responsabilidade” são aquelas circunstâncias de fato que podem afastar a responsabilidade civil do Estado por *extinguirem o nexo de causalidade* entre a conduta estatal e o dano ou por descaracterizar a *antijuridicidade* da conduta. A doutrina faz menção à *força maior*, ao *caso fortuito*, ao *estado de necessidade*, à *culpa da vítima* ou de *terceiros* como causas clássicas de exclusão da responsabilidade pública. Para Rui Stoco apenas o *caso fortuito* ou *força maior* e a *culpa exclusiva da vítima* teriam “força de romper o liame causal entre a atuação do Estado e o dano verificado”.⁴⁸

Marçal Justen Filho capitula o *exercício regular do direito pelo agente*, presente sempre que o agente público observar na sua atividade os limites e deveres pertinentes ao *dever de diligência*, como excludente de responsabilidade⁴⁹. Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca o fato de que tanto a *força maior* quanto a *culpa de terceiros* podem estar presentes no evento sem que constituam causas excludentes de responsabilidade, situação que ocorrerá quando ambas as supostas excludentes concorram com a *omissão* do Poder Público, a exemplo da força maior representada pela chuva, cujas enchentes e inundações não obstam que o Estado seja responsabilizado se demonstrada a desídia estatal na manutenção de serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros para impedir as enchentes ou, ainda, como no caso da culpa de terceiros por danos causados por multidão ou delinquentes em que caberá responsabilização do Estado se restar caracterizada sua omissão, inércia ou falha na prestação do serviço de segurança pública.⁵⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia a incidência das excludentes de responsabilidade nos casos de atos *comissivos* e *omissivos*. Ante a ocorrência de danos causados por condutas *comissivas* a responsabilidade do Estado é *objetiva*, de modo que “não há evasão possível” quando presentes os requisitos para sua

48 *Tratado de Responsabilidade Civil*, p.975.

49 *A Responsabilidade do Estado*, p. 238.

50 *Op. cit.*, p. 707.

configuração. O Estado só se eximirá se provar que não produziu o dano. Nestes casos, a *culpa do lesado* não é causa excludente *em si mesma*, torna-se relevante “unicamente na medida em que através dela se pode ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano”. O autor, todavia, não descarta a culpa da vítima ou de terceiro como *concausas* atenuantes do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual concorreu para a produção do dano. Já nos casos de danos decorrentes de comportamentos *omissivos*, Celso Antônio afirma que estaríamos diante da responsabilidade *subjetiva*, uma vez que a omissão ao dever legal de evitar um dano caracterizaria falta de “diligência, prudência e perícia capazes de impedir a lesão produzida por terceiro ou por fato da natureza”, de sorte que o Estado eximir-se-ia de responsabilidade na ausência de culpa ou dolo.⁵¹ Na conduta omissiva a *força maior*, em regra, seria caso de exclusão da responsabilidade se o dano é inevitável, porém, o mesmo não se daria com o *caso fortuito*, uma vez que “seu caráter accidental não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado”.⁵²

5.1. Excludentes de responsabilidade diante da omissão às normas do EDT

Conforme sustentamos, as normas coligidas nos *itens 2 e 2.1* retro revelam um conjunto de prescrições endereçadas ao Poder Público e seus agentes destinadas à aparelhar a atuação do poder de polícia administrativa, prescrevendo deveres específicos cuja *omissão*, caso venha a se constituir como *causa de dano efetivo e individualizável*, inevitavelmente ensejará responsabilidade civil *objetiva* do Estado. Pergunta-se, pois, se existiriam situações em que a omissão estatal pudesse ser relevada para fim de eximir-se o Estado da responsabilidade civil diante de danos que guardem nexo de causalidade com a conduta omissiva. Para

51 Sem embargo desta posição, conforme já afirmamos anteriormente, nos filiamos ao entendimento de que a responsabilidade civil do Estado por danos causados por *condutas omissivas* nas hipóteses em que a lei prevê um dever específico de agir é *objetiva* porque, nestes casos, a antijuridicidade emerge da violação direta de deveres jurídicos objetivados pela legislação, e quando a norma atribui ao Poder Público a *obrigação de praticar* determinados atos e operações, a omissão destes equivale à *conduta comissiva ilegal*, independentemente da perquirição da culpa ou dolo do agente público.

52 Op. cit., p. 1032 e ss.

responder adequadamente a inquirição deveremos retomar de passagem alguns dos deveres específicos imputados pelas normas.

Imaginemos a violação do art. 17, *caput* e § 1º, que prevêem o “direito do torcedor à implementação de planos de ação referentes à segurança, transporte e contingências que possam ocorrer durante a realização de eventos esportivos” e determina que o Poder Público participe da elaboração dos referidos “planos de ação” por meio dos “órgãos responsáveis pela segurança pública, transporte e demais contingências que possam ocorrer, das localidades em que se realizarão as partidas da competição”. Acaso o Poder Público deixe de “participar da elaboração dos planos de ação” ou deixe de exigir sua “implementação”, poderá ver excluída sua responsabilidade em caso de danos causados por eventos diretamente relacionados às falhas de “segurança, transporte e demais contingências que possam ocorrer”? Do mesmo modo, nos casos dos artigos 23, que prevê a expedição de “laudos técnicos pelos órgãos e autoridades competentes” e do art. 28, que trata de vistorias e fiscalizações acometidas à vigilância sanitária, é plausível a incidência de alguma excludente de responsabilidade em caso de danos à segurança e à saúde dos torcedores diante da omissão a estes deveres?

Para todas a estas perguntas entendemos que a resposta é não. Salvo hipóteses especialíssimas e improváveis de *força maior* e *ato de terceiros*, referidas adiante, as excludentes de responsabilidade mencionadas no item supra não se aplicam às condutas omissivas perante deveres descritos no EDT, desde que esteja presente, é claro, onexo de causalidade entre a omissão e o evento danoso. Assim é porque não concebemos o cabimento, lógico ou jurídico, das excludentes *estado de necessidade*, *culpa exclusiva da vítima* e *exercício regular do direito pelo agente estatal* nas hipóteses de dano causado por *conduta omissiva* do Estado quando este está *obrigado* a evitar o dano.

Não há *estado de necessidade* que justifique omissão do Poder Público ante a previsão expressa do seu dever de agir. A *culpa exclusiva da vítima* também não é compatível com as condutas estatais omissivas. Se omissão estatal houve que causou o evento danoso, jamais haverá “exclusividade de culpa da

vítima” e suposta “culpa concorrente” desta, a nosso ver, sequer poderá atenuar a responsabilidade estatal diante de omissão a dever de agir específico. Por fim, a omissão, por si só, descaracteriza *exercício regular do direito*. Adentrando pela senda aberta por Celso Antônio Bandeira de Mello, acreditamos que o *caso fortuito* também não isenta o Estado de sua omissão.

Quanto às excludentes *força maior* e *ato de terceiro*, entendemos que diante da omissão do Poder Público este poderá eximir-se, *ainda assim tão somente para efeito de responsabilização civil*, perante ocorrência de *força maior* ou *ato de terceiro* que atinjam proporções épicas, tornando omissão antijurídica irrelevante para o resultado pela ruptura do nexo de causalidade entre a omissão e os danos. Com alguma imaginação é possível figurar uma catástrofe natural como um enorme tsunami que engolisse um estádio de cidade litorânea, ou uma guerra de torcidas de proporções tais que desbordasse dos limites do estádio e suas cercanias prosseguindo cidade afora, ambos os casos assumindo contornos de tragédias cinematográficas ante as quais quaisquer medidas de prevenção seriam inócuas. Pensamos assim porque mesmo a *força maior*, tal como uma forte perturbação atmosférica que cause a derrubada de uma arquibancada durante uma partida desportiva, ou *atos de terceiros* tais como as freqüentes brigas entre torcidas que resultam em vítimas graves ou fatais, não têm o condão de eximir o Estado de responsabilidade civil caso tenha havido omissão das providências preventivas determinadas pelo EDT, a exemplo dos laudos de segurança das instalações e planejamento das medidas de contenção de distúrbios e condutas antissociais.

A *culpa de terceiro*, ainda que eventualmente não tenha o condão de elidir a responsabilidade do Estado por omissão às normas do EDT em virtude de se caracterizar como infração de deveres específicos objetivados na legislação, poderá dar ensejo à atenuação da responsabilidade naqueles casos em que restar comprovada, como concausa do dano, conduta culposa ou dolosa do responsável pela organização da competição ou do titular da arena ou estádio onde ela se realiza.

6. Responsabilidade subjetiva dos agentes públicos por omissão

Para situar a questão da responsabilidade dos agentes públicos nos casos de omissão estatal perante as normas do EDT é imperativo repisar que elas conformam um conjunto regras de observância obrigatória pelos seus destinatários, órgãos e agentes responsáveis pela atuação do poder de polícia administrativa em todas as esferas federativas. Mesmo nesta altura, nunca será tarde demais lançar mão da definição magistral de Celso Antônio Bandeira de Mello que contém as notas indispensáveis para aquilatar em toda sua amplitude este dever-poder que consiste na "atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo."⁵³

Apropriando-se do conceito, verificamos que EDT veicula a previsão de meios de atuação do poder de polícia administrativa pelos agentes públicos competentes, vale dizer, contempla a prática de *atos administrativos e operações materiais de caráter fiscalizador, preventivo e repressivo*, para impor às entidades desportivas, com poder de coerção fundado na supremacia geral, deveres de abstenção de atividades caso elas não estejam conformadas e submetidas aos interesses sociais consagrados nesta legislação desportiva específica. As competências para a prática dos atos e ações previstos no EDT são indeclináveis e indelegáveis porque são manifestações de *autoridade pública* e, por isso, revestidos de atributos inerentes, outorgados pelo ordenamento jurídico especialmente para que possam ser impostos aos particulares independentemente de seus interesses e vontades.

Partindo destas premissas, verificamos que sempre que um agente público concorrer com dolo ou culpa para a omissão estatal, *sua própria conduta, omissiva*

⁵³ Op. cit., p. 844.

ou comissiva, poderá atrair para si responsabilidade funcional, civil ou penal, advertindo-se que as esferas de responsabilização são autônomas e não interferem umas nas outras, de modo que nada obsta a apuração concomitante de cada uma delas. Deveras, das normas consignadas no EDT é possível vislumbrar hipóteses de responsabilização pessoal dos agentes públicos competentes para a prática das ações omitidas. O agente público pode concorrer *omissiva* ou *comissivamente* para a omissão estatal. De fato, sempre que o agente deixar de praticar os atos ou adotar as medidas que estão compreendidas no círculo de sua competência, sua conduta será *omissiva*. Ao revés, quando *agir* no sentido de impedir, frustrar ou retardar a prática de atos ou medidas compreendidas na competência de outro agente público, sua conduta será *comissiva*. Tal distinção se presta apenas para patentear que a omissão estatal causadora de dano não pressupõe, necessariamente, apenas condutas omissivas dos agentes públicos. Um hierarca que deliberadamente *atue* para impedir ou dificultar ação de subordinado com intenção de frustrar a implementação de normas do EDT concorre com sua conduta *comissiva* para a *omissão* estatal.

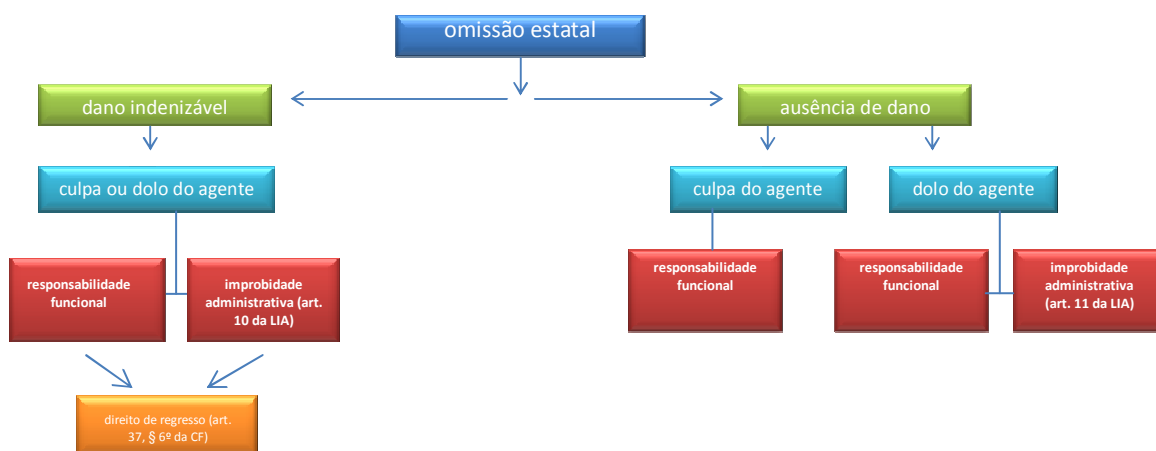
A comprovação de que o agente público concorreu para a omissão estatal danosa com culpa ou dolo ensejará direito de regresso da Fazenda Pública nos casos em que haja efetivo dispêndio de recursos do erário. A investigação da *responsabilidade subjetiva* do agente se dá mediante a instauração de processo administrativo para apuração da responsabilidade funcional e eventual prática de *ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário*, devendo ser processada na forma prevista nos estatutos dos servidores da Administração Direta ou Indireta à qual pertença o agente ou, em se tratando de servidor militar, conforme os respectivos regulamentos disciplinares (art. 14, § 3º da Lei de nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa - LIA).⁵⁴ A apuração dos fatos com garantia de ampla defesa e do contraditório é *conditio sine qua non* para imposição de sanções administrativas e propositura de ação judicial a fim de

⁵⁴ A *representação* prevista no art. 14 da LIA é apenas um dos instrumentos de instauração do procedimento de apuração de ato de improbidade, que também pode ser instaurado *ex officio* mediante portaria, decisão administrativa, despacho, auto de infração, notificação e outros atos administrativo (Cf. Silvio Antonio Marques, *Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*).

garantir o direito de regresso previsto no art. 37, § 6º da Constituição, com vista ao ressarcimento do erário.

Mesmo na ausência de dano indenizável deverá ser instaurado processo administrativo para apuração da responsabilidade funcional pela desídia culposa ou dolosa que deu causa à omissão. Evidenciado o *dolo* por parte do agente que concorreu para a conduta estatal total ou parcialmente omissiva haverá ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública, notadamente os da *legalidade e eficiência*.

Os efeitos jurídicos que podem defluir da omissão estatal e alcançar os agentes públicos que para ela concorreram, culposa ou dolosamente, são ilustrados graficamente pelo esquema abaixo:



Destacamos que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem consolidado entendimento de que, no âmbito da Lei nº 8.429/92, o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade administrativa. Segundo o Ministro Teori Albino Zavascki, “deve-se considerar, a propósito, que o § 6.º do art. 37 da Constituição, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade de outra natureza, subordinada a casos de dolo ou culpa. Sua

responsabilidade objetiva, em conseqüência, demandaria, no mínimo, previsão normativa expressa, que, ademais, dificilmente se compatibilizaria com a orientação sistemática ditada pelo preceito constitucional (RESP Nº 479.812 – SP, julgado em 25/08/2010)”.

Exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas do art. 9º (ato que resulta em enriquecimento ilícito) e art. 11 (ato que atenta contra os princípios da Administração), e exige-se pelo menos culpa, nas hipóteses do artigo 10 da mesma lei (ato que cause prejuízo ao erário). Destarte, atos omissivos que atentem *exclusivamente* contra os princípios da Administração Pública, exigem a comprovação de dolo.⁵⁵

55 Cf. *leading case* RE 765.212/AC, julgado em 19/05/10. O ministro Herman Benjamin, da Segunda Turma do STJ, considerou que para efeito do artigo 11 há necessidade de estar configurado na conduta do agente pelo menos o dolo genérico, ou seja, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da Administração.

Conclusão

1. A responsabilidade civil do Estado, também dita responsabilidade patrimonial ou extracontratual, é o dever de indenizar ou ressarcir danos causados por ação ou omissão antijurídicas do Estado e seus agentes. A antijuridicidade da conduta estatal não se confunde com a mera ilegalidade. Todo ato ilícito é antijurídico porque viola a ordem jurídica, porém, até mesmo atos lícitos podem incorrer em antijuridicidade na medida em que gerem danos ao patrimônio jurídico de terceiros que não tenham a obrigação legal de suportá-los.

2. A antijuridicidade como fundamento da responsabilidade civil do Estado pode nascer da violação dos princípios da legalidade, igualdade e eficiência. Nas condutas *comissivas lícitas* a antijuridicidade decorre da violação do *princípio da igualdade*; nas condutas *comissivas ilícitas* e nas condutas totalmente *omissivas*, a antijuridicidade reside da violação do *princípio da legalidade*; nas *condutas parcialmente omissivas*, assim consideradas aquelas que causam danos em função do cumprimento tardio ou ineficiente da obrigação estatal, a antijuridicidade radica na violação do *princípio da eficiência*.

3. Para configuração da responsabilidade civil, além da antijuridicidade da conduta têm de estar presentes os requisitos: a) *nexo de causalidade*, que é o liame entre a conduta antijurídica e o dano injusto e, b) dano *efetivo e individualizável*, correspondendo ao dano certo e anormal, que ultrapasse os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade.

4. São causas excludentes ou atenuantes da antijuridicidade a *força maior* e o *ato de terceiro* apenas nas hipóteses em se apresentem com forças suficientes para romper o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e os danos produzidos.

5. Os comandos normativos do EDT endereçados ao Poder Público são de cumprimento obrigatório, conformando um conjunto de normas preordenadas ao aparelhamento do poder de polícia administrativa de todos os entes federados, através da previsão da prática de atos administrativos e operações materiais, preventivos e repressivos, destinados à limitação e condicionamento das atividades particulares das entidades desportivas relacionadas com a organização e realização de grandes eventos de massa, com a finalidade de prevenir danos aos torcedores e às demais pessoas expostas aos seus riscos e efeitos.

6. Em casos de danos que guardem nexos causal com a omissão total ou parcial do Poder Público em aplicar as normas do EDT a responsabilidade civil do Estado é objetiva, uma vez que a omissão ao dever legal de agir expresso em lei equipara-se à violação da proibição legal de agir.

7. Os agentes públicos respondem pessoalmente quando concorrerem com dolo ou culpa para causar o dano indenizável, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, que assegura o direito de regresso à Fazenda Pública, sem prejuízo de demais sanções administrativas decorrentes de responsabilidade funcional. Ressalte-se que mesmo as condutas omissivas que não causem danos indenizáveis poderão dar azo à apuração de responsabilidade funcional por dolo ou culpa e, ainda, de eventual improbidade administrativa por atentado aos princípios da legalidade e eficiência, caso reste comprovado dolo do agente.

Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo (Vol. I - Introdução)*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- _____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo (Vol. II - Das Pessoas)*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BORGES, Alice Gonzalez. *Responsabilidade Civil no Código de 2002*. In: FIGUEIREDO, Marcelo Figueiredo; PONTES FILHO, Valmir Pontes (org.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo (Vol. II)*. Novena Edición, Madrid: Thomson - Civitas, 2004.
- FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias*. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo 2: La defensa del usuário y del administrado*. 5ª ed., Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *A Responsabilidade do Estado*. In *Responsabilidade Civil do Estado*. In FREITAS, Juarez (org.). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

- MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- NASCIMENTO, Antonio Rodrigues do. *Futebol & relação de consumo*. São Paulo: Editora Manole Ltda., 2013.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo Rodriguez. *Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema*. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo Rodriguez; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Dogmática é Conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- ZANCANER, Weida. *Responsabilidade Extracontratual das Concessionárias de Obras e Serviços Públicos e do Estado Concedente*. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa (org.). *Direito Público: Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 2004.