

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E
SEGURANÇA PÚBLICA**
Ricardo Luis Aroni

Presidente Prudente–SP

Outubro de 2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E
SEGURANÇA PÚBLICA**

Ricardo Luis Aroni

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob orientação do Dr. Moacir Alves Martins.

Presidente Prudente – SP

Outubro de 2002

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO E
SEGURANÇA PÚBLICA**

Ricardo Luis Aroni

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Ilmo. Sr. Dr. Moacir Alves Martins.

Dr. Moacir Alves Martins
Orientador

Dr. Marco Antônio de Almeida Prado Gazetti
Examinador

Dr. Osvaldo dos Santos Carvalho
Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2002.

DEDICATÓRIA:

A Deus,
A minha família,
E a todos aqueles que lutam pela construção de
uma sociedade mais justa e fraterna.

O Senhor é meu Pastor e nada me faltará ...

Salmo 23:1

“Tem-se inocentado de mais o Estado, entre nós. Parece que é tempo de dizer que , se os governantes cumprissem melhor seus deveres, não precisaria o Estado de se ver defendido nos Tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o erário, por via de indenização”.

José de Aguiar Dias

AGRADECIMENTOS:

A Deus, o autor da vida e a Jesus o autor de minha fé, primeiramente e acima de todas as coisas e pessoas, é que dedico todo o meu louvor e reconhecimento, por ter me suprido em toda esta caminhada. Por ter me amado como sou. Aquele, em quem confiei e graças à vitória, confio e sempre confiarei.

Dedico também a todos aqueles, incansáveis colaboradores, que de maneira direta ou indireta contribuíram para mais esta realização, em especial aos meus pais Luís Phelippe Aroni e Irene Favareto Aroni, que se esforçaram ao máximo para me proporcionar à única herança possível, uma profissão.

A minha noiva Daniela Maria Rapado, incansável companheira, que além de ter grande paciência comigo durante todo este tempo, militou todo apoio e força para que eu pudesse concluir esta obra e este curso, estando do meu lado em todos os momentos em que precisei.

Àquela turminha de todas as horas, de todos os cinco anos, que passamos na já saudosa Toledo, especialmente aos amigos: Carlos Elysio, Fábio Branquinho, Fernando Virgilli, José Henrique, Luís Fernando e Renato Teixeira.

Com distinção e orgulho, ao meu orientador, o Ilustríssimo Professor Dr. Moacir Alves Martins, que acreditou nesta empreitada e direcionou-me magistralmente ao caminho do conhecimento.

A todo corpo docente e aos colegas discentes das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente – SP, pelo aprendizado técnico e humano e também todo carinho e força dedicados em todos estes anos de convivência.

RESUMO:

O presente trabalho procura fazer uma abordagem geral sobre a Responsabilidade Extracontratual do Estado e seus diversos aspectos.

Assim, cumpre ao mesmo uma diretriz no sentido de percorrer as tendências e classificações inerentes à responsabilidade civil, tais como sujeitos, nexos causal, dano e causas de irresponsabilidade, bem como a sua evolução no Direito Brasileiro, até chegar ao campo do Direito Público, passando de uma fase de irresponsabilidade estatal, pela de responsabilidade civil comum até a fase atual, de caráter nitidamente publicista, fase esta, que suscita algumas discussões doutrinárias acerca do fato de alguns considerarem o tema inerente ao direito civil, enquanto outros consideram o tema de direito administrativo.

São abordados aspectos gerais do Estado moderno, e da administração pública, especialmente no tocante a conceitos sobre o desempenho da função pública e as questões principiológicas, abordando, desta feita, desde os princípios expressos na Constituição Federal que norteiam toda a atividade pública, até mesmo os princípios setoriais, objeto de estudo específico do direito administrativo.

Também são abordadas questões específicas de direito administrativo, com enfoque a segurança pública. Assim, tanto a maior parte das jurisprudências apresentadas, quanto o enfoque dado ao Poder de Polícia sempre caminha no sentido de explorar-se a questão e como se encontra inserida, em sede de segurança pública.

E então, depois de passados conceitos, princípios, termos legais, abordadas divergências doutrinárias e questões inerentes à aplicação prática do direito, faz-se uma abordagem direta da responsabilização extracontratual do Estado, e sua co-relação com as autoridades públicas e agentes administrativos que trabalham em órgãos de segurança pública.

Em suma, o objetivo do presente trabalho é nortear a questão da Responsabilidade Extracontratual do Estado pelos ditames constitucionais e administrativos, tanto os genéricos quanto os específicos, ou seja, desde aqueles incidentes expressamente na atividade pública, em especial, à ordem pública, quanto àqueles implícitos que resultam na obrigação do Estado de indenizar em face de causar dano aos indivíduos que ao mesmo incumbe de tutelar os direitos.

Palavras-Chave: Responsabilidade, Responsabilidade Civil, Responsabilidade Objetiva, Direito Administrativo, Constituição, Segurança Pública, Polícia, Danos, Indenização.

ABSTRACT:

The present work tries to do a general approaching on the State Extra-Contractual Liability and its several aspects.

Thus, it fulfils to the same a directive in the sense of traveling the tendencies and inherent classifications to the civil responsibility, such as subjects, causal connection, damage and irresponsibility causes, as well as its evolution in the Brazilian Law, until arriving at the field of the Public Law, passing a phase of state irresponsibility, for the common civil responsibility, to the current phase, of sharply publicist character, phase this, that raises some doctrinal discussions concerning the fact of some who consider the inherent theme to the civil law, while others consider the theme of administrative law.

General aspects of the modern State are approached, and of the public administration, especially concerning concepts on the acting of the public function and the principle subjects, approaching, this way, from the expressed beginnings in the Federal Constitution that direct all the public activity, until the sectorial beginnings, object of specific study of the administrative law.

Specific subjects of administrative law are also approached, with focus on the public safety. Thus, even the biggest part of the presented jurisprudences, as the focus given to the Power of Police always walk in the sense of exploring the matter and as it is inserted, in headquarters of public safety.

And then, after past concepts, beginnings, legal terms, approached doctrinal divergences and inherent subjects to the practical application of the right, it is done an approaching direct of the State Extra-Contractual Liability, and its co-relationship with the public authorities and administrative agents that work in organs of public safety.

In short, the objective of the present work is to direct the subject of the State Extra-Contractual Liability in the constitutional and administrative rules, since the generic ones, as the specific ones, that is, from those incidents expressly in the public activity, especially, to the public order, with relationship to those implicit ones that result in the State obligation of reimbursing in face of causing damage to the individuals that, it assigns to the same, the tutoring the rights.

Keywords: Responsibility, Civil Liability, Objective Liability, Administrative Law, Constitution, Public Safety, Police, Damage, Compensation.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO	12
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO MODERNO	13
3. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
3.1. Generalidades	23
3.2. Sujeitos da Relação	29
3.3. Os agentes administrativos	31
3.4. Elemento subjetivo	35
3.4.1. Modalidades de culpa	39
3.4.2. Graus da culpa	40
3.4.3. Dolo	41
3.5. A culpa e a responsabilidade civil do Estado	42
3.6. Tipos de conduta	43
3.6.1. Atos omissivos	46
3.6.2. Atos omissivos indiretos ou por inércia	47
3.6.3. Atos comissivos	56
3.7. Nexo Causal	57
3.8. Dano	60
3.8.1. Dano Indenizável	61
3.8.2. Dano direto e indireto	63
3.8.3. Dano material	64
3.8.4. Dano moral e dano estético	65
3.8.5. Das pessoas obrigadas a reparar o dano	66
3.8.6. Das pessoas que podem exigir indenização	67
4. CAUSAS DE IRRESPONSABILIDADE E DE EXCLUSÃO	68
4.1. Estado de necessidade	69
4.2. Legítima defesa	71
4.3. Estrito cumprimento do dever legal	73
4.4. Exercício regular do direito	77

4.5. Culpa exclusiva da vítima	82
4.6. Culpa concorrente	84
4.7. Fato de terceiros	86
4.8. Caso fortuito e força maior	88
4.9. Erro escusável	92
4.10. Cláusula de não indenizar	93
4.11. Renúncia da vítima	94
5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	95
5.1. Teoria da irresponsabilidade do Estado	100
5.2. As teorias civilistas	109
5.3. “Faute <i>du service</i> ”: entre o civilismo e o publicismo	115
5.4. Teorias publicistas	120
5.4.1. Teoria do acidente administrativo	133
5.4.2. Teoria do risco integral	134
5.4.3. Teoria do risco administrativo	138
6. CONCEITOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	146
6.1. Serviço público em sentido amplo	146
6.2. Serviço público em sentido estrito	147
6.3. Fato Administrativo	147
6.4. Ato Administrativo	148
6.5. Órgãos públicos e entidades públicas	149
7. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	150
7.1. Princípios Constitucionais da administração pública	151
7.1.1. Princípio da Legalidade	152
7.1.2. Princípio da Impessoalidade	153
7.1.3. Princípio da Moralidade administrativa	154
7.1.4. Princípio da Publicidade	155
7.1.5. Princípio da Eficiência	156
7.2. Princípios setoriais da administração pública	166
7.2.1. Princípio da supremacia do interesse público	167

7.2.2. Princípio da indisponibilidade do Poder Público	168
7.2.3. Princípio da Presunção de Legitimidade	169
7.2.4. Princípio da Boa-fé objetiva	169
7.2.5. Princípio da continuidade do serviço público	170
7.2.6. Princípio da autotutela	173
7.2.7. Princípio do controle ou tutela	174
7.2.8. Princípio da especialidade	174
7.2.9. Princípio da hierarquia	175
7.2.10. Princípio da Razoabilidade e proporcionalidade	176
7.2.11. Princípio da motivação	178
7.2.12. Princípio da segurança jurídica	179
7.2.13. Princípio da atualidade	180
7.2.14. Princípio da gratuidade	181
8. PODERES ADMINISTRATIVOS DO ESTADO	183
9. PODER DE POLÍCIA	188
9.1. Conceituação	188
9.2. Evolução do Poder de Polícia	189
9.3. Polícia Administrativa e polícia judiciária	190
9.3.1. Apontamentos gerais sobre a polícia	191
9.3.1.1. Origens históricas	191
9.3.1.2. A Polícia e o seu papel Constitucional	194
9.4. Meios de atuação	196
9.4.1. Atos administrativos	196
9.4.2. Atos Normativos	196
9.5. Razão e fundamento do Poder de Polícia	197
9.6. Objeto e finalidade do Poder de Polícia	197
9.7. Características do Poder de Polícia	198
9.7.1. Discricionariedade	198
9.7.2. Auto-executabilidade	199
9.7.3. Coercibilidade	200
9.8. Limites do Poder de Polícia	202

10. A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	205
10.1. Conceituação genérica sobre segurança pública	205
10.2. A Constituição Federal e a Segurança Pública	209
11. SEGURANÇA PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL	216
11.1. Aplicabilidade da Responsabilidade Extracontratual	216
11.1.1 Responsabilidade Extracontratual por atos comissivos	217
11.1.2. Responsabilidade por atos omissivos	222
11.2. Direito de regresso do Estado contra o agente público	235
12. CONSIDERAÇÕES FINAIS	239
13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	240
ANEXOS	246

1. INTRODUÇÃO

Frente às necessidades da vida moderna, podemos afirmar que no âmbito jurídico o tema “Responsabilidade Civil do Estado”, é um dos que mais evoluíram ao longo dos tempos, face ao aperfeiçoamento das relações sociais.

Tivemos inúmeros expoentes do universo jurídico discorrendo em obras e mais obras a respeito do tema que parece não querer se esgotar, tamanha é a vastidão e sua complexidade.

Em um estado democrático de direito, como o Brasil, temos que procurar primeiramente entender como o mesmo está inserido no contexto dos direitos e deveres inerentes à atividade administrativa e, conseqüentemente, analisar o grau de intervencionismo ao mesmo imputado, para que saibamos dosar corretamente a aplicação da Lei. Para isto, temos também que analisar todo processo histórico para que possamos de fato compreender a aplicação legal e doutrinária que se dá em face da Responsabilidade objetiva consagrada em nosso ordenamento pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal.

Outro paradoxo é delinear a matéria pelas suas propriedades jurídicas. Temos que, a responsabilidade civil é tema de Direito privado, concernente ao Direito Civil. Sabemos também que as atividades do Estado, como um todo, são de direito público, por natureza. Então, como existir uma responsabilidade privada de um ente público ?

Tal questão suscitou muitas divergências entre civilistas e administrativistas. Por isto, reservamo-nos aqui a nomear tal obra com a expressão: “Responsabilidade Extracontratual do Estado e Segurança Pública”, entendendo por um caráter híbrido, complexo da natureza de tal tema.

Visamos, para tanto, na presente obra, abordar conceitos gerais na esfera da Responsabilidade Civil, bem como conceitos e princípios inerentes à atividade administrativa para que pudéssemos efetuar um desfecho devidamente orientado

para a questão da Segurança Pública, que por certo tem sido relegada a planos inferiores e portanto, vitimada por políticas de descaso, pelo Poder Público.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO MODERNO

Como assinala Vicente Ráo: “A atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes, ou de sua ação sobre os bens, materiais ou imateriais, que lhe proporcionam os meios de conservação e desenvolvimento”.¹

O mesmo autor completa: “À proteção e ao aperfeiçoamento do homem, o direito tende. Mas, para realizar este fim, não o considera isoladamente; considera-o, sim, em estado de comunhão com os seus semelhantes, isto é, como parte do todo social, a que pertence”.²

Portanto, vem o Estado como forma máxima de organização da sociedade, com vistas ao desenvolvimento humano e o bem-estar social.

Max Rumpf³ retrata que: “O Direito é a ciência brotada da vida e destinado a disciplinar à própria vida”.

Ihering⁴, no primeiro capítulo de sua obra, coloca que: “A Paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio e que se serve para conseguir”.

Fundamentando-se neste sentido poderíamos afirmar que o Direito leva em consideração o bem-estar, visa uma vida de qualidade, e ainda mais o deve ser por aquele da qual emana o Direito: O Estado.

O Estado Moderno tem por objetivo supremo a defasa dos interesses de seu ovo, sintetizados no bem-estar social, isto é, no bem comum e não no individual.⁵

¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. 5.. ed., São Paulo: Editora RT. p.51.

² RÁO, Vicente. *Op. cit.* p.51.

³ RUMPF, Max. *Le Droit et L'Opinion*. p. 131 *Apud*: SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962, p. 227.

⁴ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.1

⁵ LAZZARINI. Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2.. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 25.

Do povo, forma-se o Estado, do Estado emana-se o Direito capaz de garantir ao povo que representa, e não só, mas também àqueles que se encontrem sob sua jurisdição. E portanto, sendo o Estado representante legítimo e maior de toda a coletividade, deve este zelar, resguardar, verdadeiramente procurar meios efetivos de garantir a Paz Social e os direitos fundamentais internacionalmente declarados.

Assim faz-se realidade a frase: *"O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva"*.⁶

Com base nestas necessidades e na consciência de que o Estado deve garantir aos indivíduos o bem da vida, temos constatado em todas as modernas legislações que cada dia mais tem o Estado entrado na defesa do interesse popular, até mesmo de forma intervencionista, e tem procurado meios para que sejam respeitados todos os princípios jurídicos que norteiam uma sociedade de direito. Assim deparamo-nos constantemente com a dificuldade definição exata se estamos diante de um tema de área pública ou privada.

Vejamos aqui substrato extraído de obra clássica de *Vicente Ráo*⁷:

Um dos mais árduos problemas da ciência jurídica contemporânea é o da distinção do direito objetivo em direito público e direito privado.

Atravessa o direito, reiteradamente o dissemos, uma fase de transição, à procura de novas regras práticas que melhor e mais adequadamente correspondam às necessidades sociais de nosso tempo, fase de transição que se processa em tumulto, por meio de uma desordenada multiplicidade de normas reveladoras de intervenção crescente do Estado na ordem privada e, por via de conseqüência, de uma intromissão progressiva do direito público na esfera do direito privado.

Tal é, entre outras dificuldades inerentes ao problema, a causa das divergências reinantes entre os autores, nesta matéria.

(...)

Invocando este sábio conceito de Montesquieu, consoante o qual *não se devem regular segundo os princípios do direito político as coisas que dependem dos princípios do direito civil*, Georges Ripert assinala e repele a tendência moderna de se transformar o direito privado em direito público. E lembra que, para designar a nova corrente de idéias, criou-se o neologismo publicização do direito, que os políticos substituem por denominação outra, tal a de "socialização do direito", corno se o direito somente agora se revelasse uma ciência social.

⁶ IHERING, Rudolf Von. Op. cit. p.1.

⁷ RÁO, Vicente. Op.cit. p. 219 – 226 (*excertos*).

É a seguinte à técnica usada pelos inovadores: "O direito social" designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações
(...)

Sobre a intervenção desordenada do Estado nas relações civis já nos manifestamos (ns. 113-115); aqui volvemos ao assunto, tão-só para acentuar as dificuldades crescentes que se antepõem a qualquer tentativa de distinção perfeita entre esses dois ramos do direito objetivo, o público e o privado.

(...)

Não é só nas leis comuns que a confusão se revela, as próprias Constituições políticas consagram, hoje, normas que, em rigor, só no direito privado poderiam ser incluídas.

Apontam-se, geralmente, como causas da redução da esfera do direito privado:

a) o desenvolvimento das formas de proteção dos menos favorecidos, ou dos indivíduos reputados socialmente fracos;

b) a concentração progressiva dos homens e dos capitais, que caracteriza a época contemporânea, criando problemas pessoais e patrimoniais de crescente interesse social;

c) a ascendente "padronização" dos meios materiais de vida, e, conseqüentemente, da própria vida, a transformar em problema coletivo o que dantes constituía problema individual.

Contudo, reconhecendo-se, embora, a existência dessas causas e de seus resultantes problemas, não se poderia admitir a existência de uma livre vontade individual, como se pretende, aplicada tão-somente ao setor dos direitos não patrimoniais, pois é exatamente nos direitos pessoais puros e de família, que o indivíduo sofre e deve sofrer sensíveis restrições à bem da comunidade.

O fato é que o *Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente.*⁸

Azkoul⁹ acerca do Estado, predita que:

"O Estado é a forma mais perfeita de organização social jamais encontrada pelo homem. O termo Estado, como preleciona o saudoso Pedro Salvetti Neto¹⁰, definidor da sociedade política, é de criação moderna. Na antiguidade clássica, usavam-se as palavras *polis*, entre os gregos e *civitas*, entre os romanos. Empregava-se o vocábulo *status* como sinônimo de situação ou condição em que se encontrava alguém. O termo Estado surge, pela primeira vez, com Maquiavel, no seu famoso

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

⁹ AZKOUL, Marco Antônio. *A Polícia e sua função Constitucional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 2-3.

¹⁰ SALVETTI NETO, Pedro. *Curso de ciência política*. 2. ed., Tribuna da Justiça, Hemeron Editora, 1977, v.1. p. 41-42 *apud* AZKOUL, Marco Antônio. Op. cit. pp. 2-3.

opúsculo O Príncipe. E deste então, ganhou foros de cidadania. Conceitua ser o Estado a sociedade política e juridicamente organizada para atender o bem comum”.

E como tal organização, deve o mesmo estar apto a satisfazer as necessidades daqueles que o compõe. O instrumento utilizado para tanto é o Direito. Direito que deve ser guardado e resguardado por todos os meios possíveis, inclusive, se necessário à força, para garantir-se um bem maior, a ordem social e política.

*O Estado, assim considerado a Nação politicamente organizada, é o conjunto orgânico do Território, Povo, Soberania e Governo. O Território é a base física do Estado; o Povo o seu elemento humano; a Soberania o seu substrato político; o Governo, o seu órgão diretivo.*¹¹

A sociedade, em termos genéricos poderia ser definida como *“toda forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas”*.¹²

Assim , em resumo, poderíamos conceituar o Estado em: Território, povo e poder.¹³

Concentrando-se no tema ‘segurança pública’, temos o que prescreve o art. 144 da Constituição Federal, ser dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, a segurança pública como meio de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através de órgãos constituídos.

Sabemos que este dever, traduz-se realmente pela própria efetivação da utilização do Poder de Polícia do Estado. Assim sendo, temos uma relação de poder e dever, que se estabelece em um *‘poder – dever’* , visando à garantia ao indivíduo de que está seguro quanto a violações na sua órbita jurídica.

Desta omissão, entendemos que cabe ao Estado o dever de indenizar por ter deixado de exercer com eficiência um preceito relegado a si.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *“Poder de polícia e segurança nacional”* in RT n.º: 445/287. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.287.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 1.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p. 11.

Um exemplo a ser dado é o do que defendia Thomas Hobbes acerca do Estado. Ao fazer considerações sobre o Estado Moderno, este procurou num primeiro plano imaginar o homem, em seu estado natural.

Portanto, despreza, para fins de elucidação científica a existência do Estado. E conclui que os homens em sua essência necessitam de um Estado que o tutele, pois sem este, os homens estariam em igualdade tal de condições que seria uma guerra de todos contra todos. Daí a expressão de que “o homem é lobo do homem” (*Homo hominis lupus*). Isto porque também considera que o homem quer satisfazer-se em suas necessidades, que para tanto, necessita de bens, e que para obtê-los, gera então a guerra.

Já *Jean Jacques Rousseau* aponta que: “os homens nascem livres, mas a sociedade os corrompe”. Porém, a tese mais conhecida do referido filósofo e contratualista se faz em 1762 com a edição de sua obra intitulada “*O Contrato Social*”.

Nesta obra, *Rousseau* defende a tese de que é absolutamente impossível a destrutibilidade da forma de existência estatal, pois é também impossível ao homem retornar ao caminho de sua vida primitiva.

Em tal obra, ainda defende a legitimidade da democracia direta, onde o legislativo seria de competência coletiva, dizendo que se existisse um “Povo de Deus” este seria governado democraticamente, porém assevera que um governo assim não é feito para os homens e que nunca existiria uma verdadeira democracia, pois sempre existiria, na prática um pequeno número governando e um grande número de governados.

E de fato, escrito há quase 400 anos, nos parece, hoje, até de certa forma algo que veio quase que como uma assertiva profética de *Rousseau*, que em plena fase que se despontava o iluminismo, e as idéias liberais, já parecia prever o futuro inevitável e o caminho irremediável que se enveredaria o Contrato Social, denominado “*sistema*”, conhecido como Estado.

Na sua obra “*Direito e Polícia*”, Bismael Moraes¹⁴, citada alhures também por Marco Antônio Azkoul e que aqui retratamos pela sua seleção de citações que fazemos uso em conformidade, trata da função governamental ressaltando que:

“O governo foi instituído para garantir a felicidade da nação; e os homens revestidos da autoridade devem sempre usar dela em prol da mesma nação, e nunca dos seus interesses particulares. Essa idéia de Macarel chega próximo de Aristóteles, que dava como base de todos os governos a Moral.

(...)

O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos “.

No Brasil, um estado democrático de direito, constatamos evoluções no sentido de um estado intervencionista, que alguns denominam estado-providência, nos termos inclusive da Lei Maior, quando vemos que este visa à garantia dos direitos e detém, como Estado instrumental, elementos tais como a adoção da socialização dos riscos. Isto em termos legais.

E é de grande valia que nosso estado moderno evolua de tal maneira que se torne um grande complexo diretor de atividades legais voltadas para a função social. Porém, muito ainda deve-se fazer no sentido de libertarmos a consciência política de nosso país que ainda parece governar para alguns e não para todos.

3. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

¹⁴ MORAES. Bismael B. *Direito e Polícia – Uma introdução à polícia judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 6.

Como todas as obrigações, há sem dúvida, a nítida presença de dois pólos, que simplesmente poderiam, para ilustrá-los, serem chamados de: credor e devedor. O primeiro citado, seria a vítima direta ou indireta e o segundo, o infrator de uma norma, um dever legal, moral ou contratual a quem seria imputado o dever precípua de reparar o dano causado.

Sabemos que nesta ótica, a Responsabilidade Civil ou em nosso tema, especificamente, extracontratual, deve ser sempre estudada sob o aspecto de defesa da vítima, pressupondo-se a sua desvantagem. Esta é a moderna tendência em acolher a responsabilização.

Porém, não se pode, e muito menos se deve argumentar de considerando-se rigorosamente os critérios de responsabilidade civil sob pena de tornar a vida social em uma tarefa inviável. Há necessidade de avaliar-se com cuidado o fato ensejador de pedido indenizatório e assim adequar cada caso concreto em acordo com a Lei e os princípios gerais do Direito moderno.

Neste ponto entra o dever da ética e ainda absolve a necessidade de muito se avaliar a questão da Moral, dos Bons Costumes e a aplicação prática do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei n.º: 4.657, de 4 de Setembro de 1942).

Isto porque, a Responsabilidade extracontratual, propriamente dita, diretamente se conduz ao mister de afirmarmos que se faz, como a obrigação de reparar o dano, em casos puramente patrimoniais, ou de compensar o dano sofrido por alguém em sua esfera mais íntima e particular, o que se conceitua como Dano Moral que também pode se dar em uma subespécie que denominamos Dano Psíquico.

*Maria Helena Diniz*¹⁵ realça que: “As exigências da vida moderna, as condições econômicas do desenvolvimento técnico-industrial fizeram com que a ‘responsabilidade civil ‘se tornasse o grande problema da atualidade’.”

Assim sendo, temos hoje na Responsabilização Civil uma nova modalidade que é a chamada *Responsabilidade Civil Objetiva*, que a *Constituição Federal de 1988* fez com que se fosse aplicada em termos de responsabilização estatal (art. 37, § 6º, CF). Assinalamos que hodiernamente, a responsabilidade do Estado expressa por meio do dispositivo constitucional referido, trata-se de responsabilidade inserida no âmbito publicista e não mais responsabilização única do campo privado.

Talvez até por conveniência, a aplicação correta desta obrigação tem sido tratada como satisfatória, da forma como que vem sendo constituída, e vem pregada a alhures, que possível diferença na responsabilidade civil do Estado poderia resultar, ao mesmo, um montante obrigacional de indenização que inviabilizaria a existência Estatal.

Porém, fazendo uso de um ditado popular que exclama: “*É melhor prevenir do que remediar*” e ainda da teoria da culpa, poderíamos dizer que hoje, o Estado Brasileiro, gasta muito mais em *remediar* do que prevenir e em analogia ao espírito da Lei de Responsabilidade Fiscal poderíamos afirmar que: o Estado indeniza por atos comissivos ou omissivos que tenham causado dano direto (e eventualmente indireto) ao cidadão, porém a sua responsabilidade maior vê-se excluída sob a égide falacial de inviabilidade estatal frente aos problemas sociais argüidos.

Assim sendo, os governantes e responsáveis administrativos, ou seja, que exercem fundamentalmente atividade executiva ou derivada da mesma, devem ser responsabilizados civilmente na proporção de suas omissões, a fim de que possamos ter um Estado mais atuante e vivo no cumprimento de suas delegações constitucionais.

Portanto, deve o Estado indenizar por danos que tenham sido causados ao cidadão, como consumidor de serviços públicos ou mesmo no papel simples de

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 7º vol. – 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

tutelado estatal, a fim de que o mesmo possa aplicar tanto os seus poderes de forma efetiva e que se possa ter do Estado e seus serviços, os requisitos básicos e principalmente a efetividade destes.

Somente criando meios de acreditar no Estado é que poderemos ter um povo que o respeita e assim desenvolver uma grande nação que poderá ser chamada de Pátria mãe e respeitada, caso contrário correremos o risco de sermos todos nós órfãos, relegados ao entendimento retrógrado e conservador que somente interessa aos grandes e às nações estrangeiras.

Assim, hoje surgem expressões que inclusive vêm a substituir a expressão *Responsabilidade Civil do Estado*.

Isto pela lógica já aplicada neste tópico: Como poderia exigir-se e dizer da existência de Responsabilidade Civil do Estado, se a responsabilização civil tem caráter privado, e o Estado é ente público ?

A resposta está na substituição da expressão Responsabilidade Civil do Estado pela expressão disposta para o Direito Público que chamamos de Direito Administrativo. Decorrem deste raciocínio então muitos chamarem modernamente a Responsabilidade Civil do Estado de, por exemplo, Responsabilidade Extracontratual Administrativa.

Em suma, pretende-se abordar a Responsabilidade Civil do Estado em face de atos lesivos pela desídia na prestação de serviços públicos, em específico no que tange à segurança pública, e de atos dos agentes policiais.

Sabemos que a Responsabilidade Civil do Estado é Objetiva consoante o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e sabemos ainda que a EC 19, de 04 de junho de 1998, introduziu no *caput* do mesmo art. 37 da Constituição Federal, como *princípio básico da Administração Pública*, o que antes era conhecido apenas como “*dever de eficiência*”.

Bem por isso, atualmente, deve a administração Pública Direta ou mesmo Indireta, zelar pela qualidade de seus serviços, observando, portanto, o *princípio da eficiência*, além dos já consagrados princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade administrativa* e *publicidade dos atos administrativos*, que, por conseguinte também são expressos na Carta Magna.

Assim sendo, podemos constatar no processo evolutivo do Direito, que inúmeras teorias e fundamentos tiveram seu lugar na questão de Responsabilização obrigacional do Estado, chegando hoje em termos de disposições legais acerca do serviço público, que ainda são de pouca utilização, só que se faz diferença no tocante a sua normatização e aplicação, como no caso até da aplicação do art. 22, CDC.

Além do que, o chamamento a tal tema tem como fundamento delinear e estudar uma possível saída, já que hoje assistimos a uma imensa guerra civil disfarçada dentro de nosso país; índices alarmantes de violência e em alguns lugares o risco de morrer é 2 vezes maior do que alguns países do Oriente Médio, segundo reportagens veiculadas pela mídia brasileira.

A segurança pública, é serviço essencial, de caráter básico que visa garantir à ordem social, e conseqüentemente garantir os Direitos e Garantias Fundamentais mais prioritários, tais como a vida, a inviolabilidade da honra, dentre outros.

Por isto deve o Estado dispor de meios para que esta obrigação, este dever de vigilância, este dado controle social não seja violado de forma que enseje indenização por algum tipo de dano.

E recentemente, neste patamar e direção, tivemos a exibição de uma reportagem onde um advogado acionou o Estado pela violação de seu dever de vigilância. Caminhava este por uma via pública de grande circulação de pessoas, quando teve seu relógio roubado e vendo-se atingido materialmente e em sua honra acionou o Estado para que respondesse por sua responsabilidade.

É lógico, que não se pode ter um policial por pessoa, mas deve a máquina administrativa dispor, consoante já dito, de meios eficazes e assim disponibilizar ao cidadão aquilo que deve ser garantido.

Hoje, ao que nos parece, o crime é tido como algo normal, diria até mesmo banal. Confundiram o sentido real das palavras: *comum* e *normal*. Mas não é. Havendo certa obrigação de indenizar em casos em que o Estado se mostre inerte, omissivo, com certeza, este irá aperceber-se que é mais oneroso indenizar do que prestar serviços que ofereçam eficiência, segurança e continuidade, e portanto prestará seus serviços com maior eficiência (*lato sensu*).

Também, quando o agente estatal a serviço, semelhante ao parágrafo acima expresso, tomar consciência de que poderá ser responsabilizado civilmente por atos que venham a ser lesivos a outrem no exercício de suas funções, talvez a presteza do serviço público melhore e muito. É o que afirma *Álvaro Lazzarini*: “Só se aperceberá da necessidade de fornecer serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos no exato momento em que seus agentes públicos também se aperceberem que, em ação regressiva, serão obrigados a reembolsar aquilo que as pessoas jurídicas, que integram, tiveram de pagar ao ofendido pelo descumprimento das obrigações previstas no citado art. 22 do CDC em razão de ação ou omissão do próprio agente público, sendo esta responsabilidade subjetiva.”¹⁶

3.1. Generalidades

A Responsabilidade Civil, em seus termos, pauta-se por elementos básicos que são de fundamental importância para que se caracterize a obrigação de reparar o dano.

Vamos aqui deixar explanada a significação vernacular do Termo Responsabilidade Civil, antes de começarmos o estudo mais propriamente do tema, com vistas a que seja uma primeira noção geral aclarada com tal exposição. Desta forma temos a lição de *Marco Antonio Bazhuni*¹⁷ que a respeito magistralmente explica:

A palavra responsabilidade advém do latim *Respondere*, contendo a raiz *Spondeo*, forma empregada pelos romanos na confecção de seus contratos verbais.

Partindo-se da premissa de que toda conduta humana é regida por normas de cunhos diversos, tais como, morais, religiosas, jurídicas, dotadas de coerção, colheremos a significação da terminologia responsabilidade, por ocasiões da transgressão ou da inobservância. A postergação de normas consagradas importará na significação embrionária vernacular da responsabilidade, acarretando ao infrator uma

¹⁶ LAZZARINI, Álvaro. “Consumidor de serviços públicos – Dever de indenizá-lo enquanto cidadão” in *RT* n.º: 774/126. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 128.

¹⁷ BAZHUNI, Marco Antonio. *Da Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. – 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. pp. 1–12.

sanção da mesma natureza da norma violada, importando reparação do dano causado.

“A responsabilidade em sentido amplo é, por conseguinte, uma sanção jurídica, cujo conteúdo reside em adstringir o autor de um ato ilícito (*lato sensu*) a suportar as conseqüências jurídicas da falta cometida.¹⁸

(...)

Toda responsabilidade jurídica e moral, entretanto, nem toda responsabilidade moral é jurídica, isto porque a responsabilidade jurídica advém da inobservância das regras de comportamento

(...)

Assim toda vez que o agente administrativo venha praticar um ato administrativo eivado de nulidade em função do vício formal (esfera de legalidade) ou anulável em função de arbitrariedade (mérito do ato – *exces de pouvoir*), causando lesão aos administradores, poderão estes últimos invocar a prestação jurisdicional cabível, com base na responsabilidade civil da administração pública em decorrência de sua atividade administrativa.

(...)

O Estado na qualidade de administração pública existe para prestar serviços à coletividade. Desde os primórdios a atividade administrativa estatal é voltada para atender as necessidades da coletividade, funcionando como uma verdadeira prestadora de serviços, cuja hipertrofia configurada pelo fenômeno intervencionismo é fato de notoriedade ou de hodierna.

Dentre tais elementos temos a *conduta* que pode ser classificada de formas diferentes, seja por *omissão*, seja por *comissão*. Desta conduta, deve haver um *dano*.

O *Dano* é o elemento que deve ser apreciado a fim de auferir-se se é resultante da prática da conduta.

Para essa aferição, porém se faz necessário verificar um outro elemento importantíssimo de tal relação é o *nexo causal*, que é o liame, a co-relação entre a conduta e o dano.

Portanto, verificado este nexo causal, têm-se configurada a *culpa*, e assim verificamos presente o elemento que vai caracterizar definitivamente a obrigação de indenizar.

Havendo esta ligação entre a conduta e o dano experimentado pela vítima, surge aí à obrigação de indenizar.

¹⁸ SILVA, Juary C. *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 19 .

Entretanto, há de se frisar que existem casos em que não se faz necessária à verificação de Culpa, sendo a mesma dispensada, e caracterizando tal obrigação somente com os elementos conduta, nexa causal e dano.

Esses pressupostos poderiam ser inclusive denominados de pressupostos históricos, uma vez que eram componentes da “*Lex Aquilia*”, encontrando-se no “*damnum iniuria datum*”, consoante explana José Carlos Moreira Alves¹⁹ em excepcional obra monográfica, como transcrevemos abaixo:

Para que, de acordo com a Lei Aquilia, se configurasse o *damnum iniuria datum*, era necessário, como se verifica dos textos dos juristas clássicos, que se conjugassem os três requisitos:

a. a iniuria: que o dano decorresse de ato contrário ao direito; não cometia, portanto, *damnum iniuria datum* quem causasse dano a coisa alheia por estar exercendo direito próprio, ou por agir em legítima defesa ou em Estado de necessidade;

b. a culpa: que o dano resultasse de ato positivo do agente (e, não simplesmente, de omissão), praticado com dolo ou culpa em sentido restrito; e

c. o *damnum*: que a coisa sofresse lesão em virtude de ação direta do agente exercida materialmente contra ela (os autores medievais traduziam essa exigência dizendo que era necessário que o dano fosse *corpori datum*; *corpore*, para indicar que o dano devia ser causado diretamente pelo agente, e não, indiretamente como ocorreria – e aí, por isso, não se configurava o *damnum iniuria datum* – na hipótese de alguém entregar arma a escravo alheio, que, com ela, se matasse; e *corpori*, para designar que o ato do agente deveria atingir materialmente a coisa alheia, razão por que não se configuraria o *damnum iniuria datum* se alguém abrisse uma jaula, possibilitando, assim, a fuga do animal alheio ali preso).

A regra geral da responsabilidade civil está exclamada pelo art. 159 do Código Civil de 1916 e art. XXX do Código Civil de 2002. A propósito transcrevemos aqui ambos os textos afim de que havendo esta ligação entre a conduta e o dano experimentado pela vítima, surge aí à obrigação de indenizar.

No Código Civil de 1916, temos que:

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986. v.4, p. 279–280.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.

Já no Código Civil de 2002, temos as seguintes disposições:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

E ainda:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

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.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

Porém, necessário se faz ressaltar, que como já dito alhures, que no Código Civil de 1916, em que era estabelecida a combinação do art. 15 com o art. 159, para obter-se a Responsabilidade Civil do Estado, tivemos a sua derrogação

em face da Constituição de 1946 que consagrou a Responsabilidade Civil objetiva do Estado. A esta, resistências não faltaram, visto que até mesmo nos dias atuais, alguns desavisados e menos atenciosos insistem ainda na aplicação de tal dispositivo, mesmo em face da regra explícita da Constituição Federal de 1988.

Tratando-se de Responsabilidade do Estado, temos hoje uma verdadeira fuga da área civil pura para a área administrativa, visto que a exclamação de tal direito não se encontra propriamente em imperativo normativo civil, mas em imperativo superior, quando verificamos que o mesmo é exclamado pela própria Constituição Federal, o que lhe dá um *status* elevado quanto às demais normas que são de natureza infraconstitucional.

Em nossa pesquisa chegamos até a encontrar pessoas que diziam que não há mais em falar-se em Responsabilidade Civil por vários fatores, primeiramente, sabemos que o Direito Civil é direito de ordem privada, regulador das relações civis entre particulares e não se faz regulador direto de relações entre entes público e privado, pois as primícias administrativas, até por princípio se fazem sobrelevadas e preponderantes sobre o interesse do particular.

Que é uma lógica, é. Hoje esta responsabilização esta fundada na *socialização dos riscos* e, portanto pauta-se de norma constitucional administrativa que organiza o Estado. Portanto em espécie alguma seria inconveniente afirmarmos a existência de uma nova modalidade do Direito, passando tal responsabilidade a uma nomenclatura publicista.

Mas na atualidade, afirmamos que diversos estudiosos ainda usam a expressão Responsabilidade Civil do Estado, inclusive a maior e esmagadora parte da doutrina e da jurisprudência trata do tema com essa óptica e nomenclatura.

Assim sendo, podemos afirmar que o Estado é ente público e relaciona-se com os particulares em uma relação diferenciada das demais, de ordem administrativa e não tão somente de ordem civil, apesar de que, na prática, processualmente a responsabilidade faz parte do âmbito civil, salvo, é claro, no que houver no caso prático, a sanção ou apuração de ordem administrativa, geralmente *interna corporis*, mas que a nosso tema não tem efeito.

A própria Constituição Federal de 1988, de forma legal retirou das ordens privadas, fazendo com que não se aplicasse mais de maneira direta disposição civil tal responsabilidade colocando-a no Título “*Da Organização do Estado*” e ainda mais no Capítulo “*Da Administração Pública*”.

Lembramos da existência de imperativo específico para a obrigatoriedade de indenizar, divergindo inclusive de toda a responsabilidade civil pura, já que no caso da responsabilidade do Estado, independe da comprovação de culpa e vêm agregados implicitamente a norma valores sociais e princípios máximos do direito administrativo que fazem com que esta norma específica seja diferenciada da norma comum aplicada à maioria das relações civis.

Poderia até ser afirmado, fato este que não é pertinente ao nosso tema, mas a feitura de uma tese específica, que dotada de partes como uma responsabilidade de cunho público e outra pequena de cunho privado, hoje a responsabilização do Estado teria um caráter misto ou híbrido, dentro do Direito brasileiro. Porém, como já dito, esta não é a nossa preocupação primordial, muito menos a ser tratada por esta obra.

Quanto à questão *legis* da Responsabilidade do Estado, esta vêm expressa Constitucionalmente. É o que podemos verificar no texto exclamado pelo art. 37 e parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, como vemos abaixo:

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

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

Reputam-se presentes, portanto, elementos do Direito Público na Responsabilização do Estado, o que se pode verificar de forma nítida pelo dispositivo supracitado, que com certeza veio, por vontade do legislador, a diferenciar da responsabilidade comum, a fim de auferir maior proteção jurídica às relações entre o Estado e o ente particular, mediante a socialização dos riscos.

3.2. Sujeitos da relação

Ao falarmos em Responsabilidade Civil, bem como em qualquer relação jurídica, temos a figura do Sujeito. Este pode ser o Sujeito ativo ou o sujeito passivo.

O *Sujeito ativo*, nesta questão, é aquele que pratica ato (atos comissivos – conduta positiva) que cause dano a outrem ou que, da mesma forma, por sua omissão (atos omissivos – conduta negativa) venha também a lesar alguém. Este é obrigado a indenizar, já que recai sobre si a responsabilidade civil. O mesmo (*sujeito ativo*) geralmente é designado simplesmente como *agente* tendo como certa esta terminologia na maioria das obras que encontramos e também no caso prático.

O *Sujeito passivo* é aquele que sofre a lesão em sua esfera jurídica (em sentido amplo) causada por outrem (sujeito passivo). Este deve ser indenizado para que faça medida de inteira justiça. Na maioria das vezes encontra-se denominado como *vítima* ou até mesmo *paciente*.

Este, dito no pólo passivo, em regra, não há de ser responsabilização por vias de denúncia da lide, mas sim por vias de Ação Autônoma regressiva tendo como ativo desta o Estado. Vejamos sobre o tema, trecho de *Carlos Roberto Gonçalves*²⁰:

“Segundo a teoria do risco administrativo, a ação de indenização da vítima, em virtude da responsabilidade civil do Estado, há de ser dirigida unicamente contra a pessoa de direito público envolvida. Provada a culpa do servidor no ato lesivo ao particular, cabe apenas a ação regressiva do Estado. Como resume Hely Lopes Meirelles, ‘o legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o funcionário indeniza o Estado’.

O Ministro Moreira Alves aduziu, no voto no RE 99.214-RJ, de que foi Relator, que: ‘Essa é a orientação que se me afigura correta, e sua fundamentação demonstra que o disposto no artigo 107 da Constituição Federal não impede que a vítima promova ação direta contra o funcionário com base na responsabilidade subjetiva prevista no

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência*. 6. ed., Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. p.150.

artigo 159 do Código Civil. Com efeito, o preceito constitucional, ao distinguir a responsabilidade do Estado como subjetiva, dando àquele ação regressiva contra este, visou apenas facilitar a composição do dano a vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário, não tendo, portanto, em mira impedir ação direta contra este, se preferir arcar com os ônus da demonstração de culpa do servidor, para afastar os percalços da execução contra o Estado. O artigo 107, ao aludir à ação regressiva do Estado contra o funcionário, demonstrada a culpa em sentido amplo deste, se referiu ao 'quod plerunque accidit' (ao que ocorre normalmente), não atribuindo ao funcionário faltoso o benefício de ordem, que não resulta implícito da referência à ação de regresso, uma vez que essa ação existe até em casos de solidariedade, e que contraria o princípio de que a Administração Pública, sem lei expressa em contrário, não pode isentar de responsabilidade seu servidor, por não Ter aquela disponibilidade sobre o patrimônio público" (RTJ, 106:1185-86). Nesse mesmo sentido é o voto do Ministro Antônio Neder, no RE 77.169, do qual foi relator, e que está na RTJ 92/144.

Quanto ao estudo do sujeito passivo, em linhas gerais, poderíamos conceituar como simples, sem muitas nuances e revelações a serem feitas, já que quase se exara como a vítima de um evento danoso que por este deve ser ressarcida. Mas, quanto ao estudo da questão do sujeito ativo, temos que nos atentar a alguns elementos que apesar de diversos do estudo das propriedades do sujeito entrelaçam ao mesmo quando a questão se faz em torno da verificação de culpa.

É importante a diferenciação dos sujeitos *passivo* e *ativo* e sua colocação nas relações materiais e processuais. Aquele que foi sujeito ativo na relação material, ou seja, o autor do dano, é logicamente aquele que constituirá o pólo passivo da relação processual. A contrario sensu, a vítima de um evento danoso, ou digamos, sujeito passivo do mesmo na relação material, vem a integrar o pólo ativo da relação processual, haja visto que será ele, ou outro legitimado para tal, o autor do pleito indenizatório.

Quanto à Culpabilidade, há autores que entendem que a culpa é um elemento distinto e há aqueles que a preferem estudar em conjunto com o estudo do sujeito ativo.

3.3. Os agentes administrativos

Os agentes públicos são, quando causam danos a outrem, no exercício de suas funções os agentes ativos, ou digam-se agentes da pretensão indenizatória que recaí sobre o Estado.

Assim sendo, precisamos conceituar e diferenciar àqueles dotados de personalidade tal que possam ser denominados como agentes públicos. Isto porque no Estudo da Responsabilidade Civil do Estado teremos de identificar quem são aqueles que representam efetivamente o Poder Público e, portanto fazem com que o Estado responda por seus atos que em seu nome pratica.

Já nos referimos alhures ao Art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, e, portanto não transcreveremos aqui o referido artigo. Porém lembramos que o mesmo utiliza a expressão: “*que seus agentes, nessa qualidade*”.

Então, temos que conceituar quem são os agentes estatais. A Constituição de 1988 emprega a expressão *Servidores Públicos*, a fim de qualificar todos aqueles que prestam serviços à Administração Pública, seja a *administração direta, administração indireta, às autarquias e as fundações públicas*. Estas não de ser diferenciadas, como veremos.

Consoante anota *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*²¹: “*Agente Público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Pública*”.

Em suma, todo aquele investido de Cargo, emprego ou função pública é designado agente público. Para fins de classificação, distinguimos abaixo o conceito dos mesmos:

- a. **cargo público:** é criado por lei, com determinação própria, classificação própria e atribuições pré-estabelecidas. São ocupados por servidores estatutários.
- b. **emprego público:** são ocupados por servidores regidos pela legislação trabalhista ‘comum’.
- c. **função pública:** é ocupada por servidores temporários e por servidores com atribuições de chefia, direção e assessoramento.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 14.. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002. p.431.

A investidura em cargo ou emprego depende de concurso público, exceto para cargos em comissão que admitem nomeação e exoneração. Portanto, os concursos públicos não são exigidos para funções de chefia, assessoramento e direção, cargos em comissão e para servidor temporário que ocupa função pública. Lembramos que a aprovação em concurso público não gera direito à nomeação.

Ressaltamos ainda que, pessoa esporadicamente investida de função pública, quando do exercício, o mesmo é equiparado a servidor público. É o caso de mesários, presidentes e demais pessoas que são convocadas para trabalhar durante o período das eleições.

Outra questão abordada acerca desta natureza esporádica do exercício da função pública é dos ensinamentos do *Dr. Moacir Alves Martins*²² que ilustra magistralmente com o seguinte exemplo:

Sendo agentes públicos, não respondem por crimes de particulares praticados no exercício daquela função. Ex.: está acontecendo um incêndio e os bombeiros estão salvando as vítimas. Um particular vai ajudar os bombeiros e eles permitem tacitamente. Qualquer ação ou omissão culposa dessa pessoa no exercício dessa função é tida como um crime praticado por agente público (se o bombeiro dá um revólver para essa pessoa e ela coloca-o no bolso e vai embora, ela não responde por apropriação indébita, mas sim por peculato).

Assim a abrangência do Art. 37 da Constituição Federal compreende todos aqueles que prestam serviço público, subdivididos conforme lição de *Celso Antônio Bandeira de Melo* e citações de *Moacir Martins* em categorias de agentes públicos, a saber:

- a. Agentes Políticos:** São aqueles que integram um órgão autônomo ou independente da União, Estados ou Município. Celso Antônio Bandeira de Mello²³ preleciona que os “agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os

²² Dr. Moacir Alves Martins é Professor da Cadeira de Direito Administrativo das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP.

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 135.

ocupantes dos cargos que compõe o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”. São, portanto, dotados de autonomia para participar de decisões executivas governamentais. Podem ser eleitos ou nomeados e uma característica de seus cargos é que os mesmos não têm natureza permanente. Exemplos que poderíamos citar seriam os Ministros de Estado, Secretários de Gabinete, dentre outros.

- b. Servidores Públicos:** são as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado mediante vinculação profissional e remunerado pelos cofres públicos. Podem ser: Servidores em regime especial: os subordinados à Constituição Federal e que são regidos por leis específicas e que gozam do direito à vitaliciedade. Um bom exemplo são os Magistrados; o servidor estatutário: são regidos por lei da respectiva entidade política (estatuto) e gozam de direito a estabilidade, como ocupante de cargo público, por exemplo, o policial; o empregado público: constituído por aqueles que são regidos pela Legislação Trabalhista (CLT), não gozando, portanto, de estabilidade, como caixa do Banco do Brasil e ainda o; servidor temporário: que é aquele contratado sem concurso público para atender necessidade temporária de excepcional interesse público – art. 37, IX, CF. Estes exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público²⁴.
- c. Militares:** “abrangem as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Até a emenda Constitucional n.º: 18/98 eram considerados servidores públicos, conforme art. 42 da Constituição inserido em seção denominada ‘servidores públicos militares’²⁵, Têm legislação própria de forma a estabelecer ingresso, direitos, deveres, prerrogativas, remuneração dentre outras características.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania. Op. cit. p. 434.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania. Op. cit. p. 436.

d. Particulares em colaboração com o poder público: Estes particulares englobam as pessoas físicas que sem remuneração Estatal e sem vínculo empregatício com o mesmo, mas prestam serviços ao Estado. Compreendem: colaboradores por requisição, designação ou nomeação. Exemplos típicos que podemos citar seriam: jurados, mesários de eleição, comissários de menores, síndico de falência, juiz de paz, dentre outros. Também os espontaneamente investidos de função pública e os Gestores de negócio: presentes em situações de calamidade pública, tais como ajudar a salvar vítimas em inundação. Por delegação: são os empregados das concessionárias e permissionárias de serviços públicos. A remuneração que os mesmos recebem é paga por terceiros, usuários dos serviços e não por cofres públicos.

Tais características e prerrogativas, peculiares do Direito Administrativo Brasileiro, foram esposadas neste capítulo a fim de que se possa efetuar identificação dos agentes públicos, e, portanto, facilitar a visualização da incidência da Responsabilidade Civil do Estado. Também se faz necessária tal explicação de modo que possamos identificar aquele que poderá, dependendo do caso, sofrer ação regressiva do ente estatal.

3.4. Elemento subjetivo

A Culpa constitui-se em elemento subjetivo da Responsabilidade Civil. Muito forçoso seria, se qualquer indivíduo, por mera liberalidade, afirmasse que em uma relação de onde decorreu o evento danoso, houve culpa ou não. É fator a ser apurado e provado, mediante indícios que levem a presumir-se pela presença da mesma.

Neste sentido, a Lei, os doutrinadores do Direito e os juízes, ao longo do tempo procuraram firmar parâmetros seguros que pudessem nortear filosoficamente a apuração ou a presunção de culpa.

Para tanto, primeiramente, necessário se faz abordar a culpa em seu sentido gramatical.

Vejam os a definição de *Culpa* segundo *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*²⁶:

Culpa sf. 1. Conduta negligente ou imprudente danosa a outrem. 2. Falta voluntária contra a moral, um preceito religiosos ou a lei. 3. Responsabilidade por ação ou omissão prejudicial, reprovável ou criminosa.

De fato, a Culpa em sentido amplo pode ter esta conotação tal como a conhecemos em termos do dicionário, mas quando falamos em termos jurídicos precisamos analisar a culpa de forma minuciosa e atenta para que não caiamos em erro algum na análise de caso concreto e seu enquadramento jurídico.

Neste sentido *lato*, a culpa pode ser classificada de várias formas dentre as quais as principais classificações sobre ela enumeram-se na lição abaixo explanada:

- a. **Culpa Contratual e extracontratual:** É aquela onde cabe a análise da natureza da relação jurídica. Portanto, o descumprimento de obrigação prevista em contrato, trata-se de culpa contratual (ilícito contratual), enquanto o dano oriundo de ato ilícito nas relações aquilianas²⁷, trata-se de culpa extracontratual.
- b. **Culpa in eligendo:** A culpa *in eligendo* é aquela que faz surgir à obrigação de indenizar por ter apontado, elegido, escolhido mal o seu preposto ou pessoa para que o represente em algum ato. Um exemplo clássico da *culpa in eligendo* é o do proprietário de uma transportadora que contrata motorista sem antes verificar os seus antecedentes pessoais e profissionais. Este motorista causa um acidente gravíssimo, atropelando um transeunte, e, por conseguinte quando da apuração dos fatos descobre-se que tal empregado tinha um histórico terrível de alcoolismo, personalidade ruim e que por várias vezes já havia provocado acidentes. Surge a obrigação, portanto de indenizar. Não se trata da obrigação como

²⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

²⁷ O termo utilizado de relações aquilianas trata de relações não previstas em contrato, mas por força da moral, da lei, ou de qualquer outro tipo de relação extracontratual do campo privado ou público que possa gerar a obrigação de indenizar.

transportador, pois esta é objetiva, mas da obrigação em ter escolhido mal seu funcionário. É típico neste caso de ser esta culpa por ato de terceiro, que veremos definida em outro tópico.

- c. Culpa in vigilando:** Quebra do dever de guarda e vigilância que resulta em uma obrigação de indenizar, seria a melhor definição que poderíamos constituir a esta modalidade de culpa. É uma culpa imputável aqueles que tem o dever de vigiar, como por exemplo, o Estado com relação ao Poder de Polícia, relativo em face ao dever de eficiência do Poder Público. É uma culpa oriunda do dever que certas pessoas tem de fiscalizar, policiar, regular, cuidar, zelar, e tantos quanto mais sinônimos possam ser empregados. O exemplo mais clássico e palpável é o do pai que por liberalidade deixa seu filho a mercê da sorte, e por conseqüência este têm constantemente causado danos a vizinhos, como por exemplo, no ato de quebrar vidraça dos mesmos. Surge ao pai a obrigação nítida de indenizar. Outro exemplo clássico é o de estabelecimento de ensino, onde temos um aluno agredido por outro, resultando lesões àquele primeiro. Não há de se falar em excludente alguma, pois estes estabelecimento tem o dever de cuidar da integridade física de seus alunos. Há também de se ressaltar que nos dias atuais, este último exemplo, não se faz tão usual devido não ser necessária à verificação de culpa dos estabelecimentos de ensino, já que inclusive a jurisprudência consagrou como sendo de responsabilidade civil objetiva. Também é Culpa por ato de terceiro, que veremos adiante.
- d. Culpa in faciendo:** Abordaremos melhor em tópico específico for abordada, porém por enquanto podemos dizer que é a culpa por conduta positiva, ou seja, pelo fazer algo que resulta um dano. Também é chamada de *culpa por atos comissivos* ou *culpa in comitendo*.
- e. Culpa in omitendo:** A Culpa *in omitendo* também será abordada melhor em outro tópico, porém ao contrário da anterior, podemos afirmar que é a culpa por conduta negativa, sendo então caracterizada pelo não fazer algo em que resulte um dano. Também é chamada de *culpa por atos omissivos* ou *culpa in omitendo*.
- f. Culpa direta:** A culpa direta é aquela que recai diretamente ao agente seja por omissão ou por ato comissivo do mesmo. Isto é, o agente provocando

um fato ou omitindo-se de forma que cause dano a outrem, com certeza ele está debaixo de *culpa direta*. É mais conhecida como *culpa por ato próprio*.

- g. Culpa por fato de terceiro:** A culpa por ato de terceiro trata-se de modalidade de culpa que é imputada a certa pessoa, sem que esta seja a causadora direta do dano. É a antítese da culpa direta. É o que ocorre principalmente em casos onde temos a presença da *culpa in vigilando* ou da *culpa in eligendo*. Consoante já citados exemplos em tópicos anteriores tais culpas inseridas dentro do conceito genérico de culpa por ato de terceiro, demonstram que em determinadas situações vistas as relações jurídicas, surge a obrigação de outrem, geralmente responsável de alguma forma pelo causador do dano a assumir a responsabilidade de seus atos. Dentre os elencados neste tipo de responsabilidade está primordialmente o Estado. Para enumerar o rol destes que podem ser obrigados podemos citar, por exemplo, a responsabilidade dos pais (culpa presumida), a responsabilidade dos tutores e curadores (culpa presumida), a responsabilidade dos patrões, amos ou comitentes pelos atos de seus serviçais, empregados ou prepostos (que pode ser de culpa presumida ou mesmo objetiva – cabe a análise do caso concreto), a responsabilidade dos educadores (responsabilidade objetiva), dos hoteleiros (responsabilidade objetiva), dos farmacêuticos (responsabilidade objetiva), e dos que participaram do produto do crime. Valeria então dizer que nem sempre, segundo alguns autores, se faz presente à responsabilidade civil objetiva, às vezes fazendo-se presente à responsabilidade subjetiva, porém com culpa presumida, cabendo, portanto prova em contrário. Porém lembramos que, a responsabilização objetiva tem se feito um meio cada dia mais efetivo.
- h. Culpa in concreto:** Diz-se “culpa in concreto a culpa quando se examina a imprudência ou negligência do agente no caso sub judice, verificando as condições que cercam uma espécie determinada”²⁸. Ressalta-se que em

²⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 1. 27. ed., Atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 306.

nosso ordenamento jurídico, em geral vemos a presença da *culpa in concreto*.

- i. ***Culpa in abstracto***: É “quando se compara o procedimento do agente ao do homem normal, isto é, ao de um tipo fictício que se tem em vista, tal como o ‘*diligens pater familias*’ dos romanos”²⁹.

*Planiol*³⁰ define magistralmente a culpa, tanto que é citado ou lembrado na maior parte das doutrinas que tratam do assunto, a respeito, transcrevemos abaixo a tradução destes termos a fim de definirmos mais claramente a culpa. Culpa, segundo o referido autor é:

... uma infração a uma obrigação preexistente. Não se estaria em falta se não houvesse alguma obrigação. Ora a obrigação é precisada pela lei ou por um contrato; ora ela é dada pelos preceitos gerais da moral e do direito, que o juiz deve fazer respeitar.

Assim, em linhas gerais, a *culpa em sentido estrito* define-se como aquela em que o agente (sujeito ativo) embora não querendo que ocorresse o evento danoso e seus efeitos, em face de falta de cautela que deveria ter o homem mediano, dá margem para que os mesmos venham a ocorrer.

Analisando-se o *homo medius* em sua intelectualidade temos que o erro de conduta advindo de imprudência, negligência ou imperícia derivam a culpa em sentido estrito.

3.4.1. Modalidades da Culpa

A culpa pode apresentar-se em 3 (três) modalidades, dentre as quais podemos citar a *imprudência*, a *negligência* e a *imperícia*.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 306.

³⁰ PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Traité élémentaire de droit civil*. 2^o ed. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947. t.2, p 311. Texto original: “...*un manquement à une obligation préexistante. On n serait pas en faute si on n'avait aucune obligation. Tantôt l'obligation est précise par la loi ou par un contrat; tantôt elle est donnée par les préceptes généraux de la morale et du droit, que le juge doit faire respecter*”.

A *imprudência* ocorre quando o agente não age com a diligência necessária, de modo afoito, relaxadamente em face de conduta que seria necessária. Um exemplo que poderia ser aqui registrado para melhor ilustrar seria o do motorista que mesmo em Estado de fadiga, insistiria em fazer uma longa viagem ou exceder a velocidade compatível para a via que trafega, etc.

A *negligência* ocorre quando devendo diligenciar em um sentido não o faz. *Mirabete*³¹ diz que a negligência é “*inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental*”. E exemplifica com exemplos como: não colocar avisos em valetas abertas junto a vias públicas; deixar substância tóxica ao alcance das crianças e não deixar freado o automóvel quando estacionado”.

A *imperícia* ocorre em atos em que são necessárias cautelas técnicas ou operacionais que são desprezadas pelo desconhecimento ou inabilitação para as mesmas, sejam estas na arte ou profissão. A imperícia presume sempre a qualificação ou habilitação legal para que seja apurada.

A falta de habilitação legal para efetuar um determinado serviço ou mesmo dirigir e que desta advenha dano, o erro em exercício de uma profissão como, por exemplo, para químicos, médicos, farmacêuticos, motoristas profissionais, policiais, engenheiros, também podem levar a caracterização da imperícia.

Frisamos que a inabilidade não profissional não é *imperícia*, mas derivada de *imprudência* ou *negligência*.

3.4.2. Graus da Culpa

Existem subdivididos 3 (três) graus que podem ser classificados a Culpa. São eles: *Culpa Grave*, *Culpa Leve* e *Culpa Levíssima*. Tal divisão é irrelevante no direito pátrio atual, porém já teve seu papel no passado já que procurava quantificar a culpa e conseqüentemente a indenização. Mas fundamental é conceituarmos para que tenhamos uma visão geral da responsabilidade civil.

³¹ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. Vol. 1 – 13ª ed - São Paulo: Atlas, 1998. p.145.

Portanto enumeramos e elucidamos tais graus da culpa abaixo para melhor compreensão:

- a. Culpa Grave:** A Culpa grave é aquela onde vemos que reside a inescusabilidade. Era subsistente especialmente da negligência ou mesmo da imprudência seríssima, beirando inclusive o dolo, já que se entendia ao homem médio que estivesse de boa-fé, era impossível não atentar para a sua ocorrência.
- b. Culpa Leve (ou lata):** O homem médio atencioso certamente poderia evitar ter sobre si a carga da culpa leve. Porém, consistia na falta escusável de diligência.
- c. Culpa levíssima:** Este tipo é aquele onde somente com uma diligência muito grande o homem poderia evitar seu acontecimento. É absolutamente escusável, já que qualquer um poderia incorrer na mesma sem tantas dificuldades.

A imputabilidade da culpa é fator a ser analisado com muita atenção e cuidado, e há de ser analisada a *imputabilidade do agente* que é fator primordial para a apuração da culpa, quando necessária. A respeito de tal bem escreve *Carlos Roberto Gonçalves*³² que aqui transcrevemos:

...para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa e *ispu facto*, não pratica ato ilícito.

Já lembrava Savatier que quem diz culpa diz imputabilidade. E que um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não ser para outra, sendo iníquo considerar de maneira idêntica à culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante e o homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada da razão.

Lembramos que a culpa, em um sistema de responsabilidade civil objetiva, como é a do Estado, não se faz tão presente para fins indenizatórios. A mesma só caberá ser apurada em casos que o Estado, não existindo prévia causa de

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil...* Op. cit: p.10. que neste cita SAVATIER, René in *Traité de la responsabilité civile em droit français* . p. 246.

irresponsabilidade, pretenda ação regressiva contra o agente público causador do dano.

3.4.3. O Dolo

O *Dolo* é modalidade diversa de culpa onde o agente deseja que se alcance o resultado danoso, ou assuma conscientemente o risco de causá-lo. É, por exemplo, classificado na esfera penal quando afirma que o agente quis provocar tal resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Isto pode ser constatado no art. 18, I, do Código Penal Brasileiro. No caso do agente querer provocar o resultado temos a presença do *dolo direto*, enquanto no caso de assumir a provocação do resultado temos o *dolo eventual* ou *indireto*.

O *dolo indireto* também é contemplado na abrangência do termo Dolo quando analogicamente transferido e analisado na área cível, já que é predominante o seu efeito. Nesse sentido transcrevemos a lição de *Antunes Varela*³³:

A figura do dolo indireto é manifestamente abrangida pelo conceito genérico (moderno) do dolo, desde que passou a entender-se por ação dolosa, não só a praticada com a intenção de violar a lei, mas também a atuação da pessoa com a consciência de violar a lei.

Pouquíssimos autores usam o termo de *preterdoloso* em casos onde o agente assume o risco, em analogia a questão penal, porém cremos que a solução mais correta e aplicável é presumir-se pelo dolo quando houve a intenção indireta, ou melhor, quando se assumiu o risco de causar algum dano, já que devemos sempre pesar em favor da vítima, daquele que verdadeiramente sofreu o dano em sua esfera de proteção jurídica material ou imaterial.

3.5. A Culpa e a responsabilidade do Estado

³³ VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 224.

Propriamente ao Estado, não há de se falar em culpa. É uma terminologia que não deve ser empregada face de ser a responsabilidade extracontratual de natureza objetiva, fazendo portanto com que inexista o questionamento acerca da culpa.

Mas em sede de Responsabilidade Extracontratual do Estado, a regra é que, não se faz necessária à apuração da Culpa uma vez que a responsabilização é administrativa, recaindo ao Estado o dever objetivo de indenizar pelos danos causados a particulares. Essa comporta exceções que veremos adiante quando abordarmos mais especificamente o tema.

Caso seja apurado em ação posterior que o agente agindo em nome do Estado agiu com dolo ou culpa (em sentido estrito), restando configurada a Culpa (sentido *lato*) deve o Estado acioná-lo a fim de ser também ressarcido pelo tal agente que fez com que o Estado também sofresse diminuição de seu erário em virtude de ter obrigação de indenizar.

Porém, tal ação deve ser proposta de forma autônoma visto que não se transfere a responsabilidade objetiva inerente ao Estado para um particular agindo em nome deste (o agente público), pois sobre o funcionário estatal não recaí a responsabilidade objetiva, mas subjetiva, tendo, portanto que ser apurada sua culpa em ação autônoma movida pelo Estado e nunca pelo instituto da Denúnciação da Lide, como vemos ocorrer freqüentemente.

3.6. Tipos de conduta

A imputabilidade do agente é o elemento subjetivo da culpa enquanto o dever violado é o elemento objetivo da mesma. Segundo *Savatier* “culpa é a inexecução de uma dever que o agente podia conhecer e observar”.³⁴

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 29.

Em linhas gerais, por tratar-se de assunto de pouca complexidade, em sede atos comissivos não seria difícil apurar-se. Já que o tão comissivo é aquele que externa em si o fazer.

A distinção de conduta se faz a fim de caracterizarmos o agente a sua conduta para a apuração do liame causal ou mesmo do dano.

Em termos absolutamente hipotéticos e exemplificativos, pela lógica, é necessário que para o agente ser culpável (nos casos de responsabilidade civil objetiva) ou imputável (nos casos de responsabilidade civil subjetiva) tenha havido um fato, resultante de uma conduta de alguma espécie, de alguém que leve a tal assertiva do resultado dano. É um caminho lógico a ser percorrido.

Em linhas gerais, o ato comissivo ensejador de obrigação reparatória é mais fácil de ser apurado, tendo em vista que provada a feitura de tal ato e não recaindo sobre o mesmo nenhum tipo de escusa legal ou doutrinária, resta a obrigação de indenizar.

Agora no plano da omissão a questão é um pouco mais dolorosa e deve ser apurada de forma mais atenciosa.

Atentemos para que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*. Tal afirmação é expressa em nossa Constituição Federal, não que tange a Direitos e Garantias fundamentais, em seu *art. 5º, II*.

Desta feita temos que ninguém em tese poderia ser obrigado a indenizar por não fazer algo.

Ocorre que, é imprescindível para que reste configurada a responsabilidade civil por omissão, que exista um dever jurídico pré-determinado de praticar um certo ato ou fato. Isto equivale a dizer na existência de um dever de não se omitir que porventura seja quebrado, levando a pretensão indenizatória.

O dever jurídico de agir, em geral, pode advir de várias situações: dever legal de agir (ex: prestar socorro), por convenção (dever de guarda, vigilância ou custódia), e até mesmo de uma situação especial.

Esta situação especial, na prática, na análise do caso em concreto podem ser constatada obrigação oriunda de dever moral, intrínseco, e às vezes

valorativamente até mesmo superior à norma, sendo quase princípios que dão o padrão ético de uma sociedade.

Sobre a omissão, podemos ressaltar que a mesma pode encontrar-se em sua forma pura ou direta e de forma indireta, quando, por inércia do Estado ou seu preposto, venha a lesar o plano jurídico de outrem. Vejamos trechos da obra de *Renan Miguel Saad*³⁵:

A omissão poderá condicionar o implemento do ato danoso, sem, contudo, constituir a sua causa direta. O Estado, segundo a mesma doutrina, responde por omissão quando, devendo agir, não o fez, incorrendo no lícito de deixar de obstar aquilo que poderia impedir e estava obrigado a fazê-lo.

O fato danoso pode provir da natureza (evento cujos efeitos lesivos o poder público não impediu, embora devesse fazê-lo), ou se revestir no comportamento prejudicial de alguém, cuja lesividade o Estado deveria impedir e não o fez.³⁶

Responde em ambas as hipóteses o poder público por culpa ou dolo, não sendo necessária à identificação do funcionário faltoso e sim a omissão do serviço.

(...)

Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, que reconheceu a inadequação do serviço municipal de Suzano, por não garantir à vítima de lesões corporais segurança e desembaraço na livre circulação pelo passeio público municipal:

A municipalidade de Suzano foi condenada a indenizar os danos experimentados pelo autor, segundo o que se apurar em execuções, por arbitramento, além das despesas processuais, porque culposamente, por omissão, teria permitido que um suporte de sacos de lixo permanecesse fechado na grade frontal de uma casa, a altura de 1,43m, avançando 0,40m pela calçada ou passeio público e o autor, quando por ali passava, caminhando, chocou-se contra o obstáculo, perfurando o olho direito, sofrendo a perda desse órgão.

(...)

A ocorrência do dano não pode ser questionada, a vista da perícia médica, do boletim de ocorrência que se lavrou, da prova técnica que constatou a lixeira na grade de erro no alinhamento da casa do litisdenunciado com a rua.

(...)

É que a rua é bem de uso comum do povo, administrado pela municipalidade, que tem obrigação de fazer consistente em garantir a livre circulação por aquele espaço. Tanto é assim que a legislação municipal citada a fl. 25 proíbe qualquer embaraço ao livre trânsito de

³⁵ SAAD, Renan Miguel. Op. cit. p. 68–69.

³⁶ Se o Estado demonstrar que agiu bem, não deixado fazê-lo e que não falhou, mas o fato mesmo assim acontecer, pois era inevitável, fugindo ao controle normal do cotidiano, poderá escapar de uma eventual condenação pelo advento da força maior. “Pedido de indenização contra o Estado por ter o autor sido atingido por uma bomba durante incidentes de revolta da população pela majoração das passagens de ônibus. Incomprovação da culpa do Estado no fato. Improcedência confirmada.” (TJRJ – Ap. Civ. 4.545/90 – 6º Câ. Civ. – julg em 19/9/91 – Rel. Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva; in: *Adcoas Jurisprudência* nº 136.494.)

pedestres ou veículos, pelas vias públicas ou praças, exceto por efeito de obras públicas ou exigências policiais. Compreende-se na proibição o depósito de quaisquer materiais, inclusive de construção, de passeios e vias públicas em geral (artigos 88 e 89 do Código de Posturas do Município – Lei 1.685/78). Não podia, assim, a municipalidade tolerar aquele obstáculo ao livre trânsito, pintado na mesma cor que a grade, dificultando a visualização, avançando 40cm sobre o passeio, em altura adequada a atingir o rosto do pedestre.³⁷

3.6.1. Atos omissivos

Os atos omissivos diretos são aquele onde o agente tem culpa consciente, ou deve-se se presumir a sua culpa, em face de tal conduta negativa, pois devendo fazê-lo não faz, omitindo-se. O ato omissivo direto segundo alguns autores é o chamado *omissão por comissão*.

Um exemplo que poderia ser dado é o do policial que percebendo situação de risco, devendo agir, evade-se do local para não ter que praticar ação alguma.

Defendemos, em sede de responsabilização estatal que os atos omissivos diretos, ou seja, omissões inescusáveis em virtude de dever devam ser enquadrados na Teoria do risco administrativo e, portanto surja ao Estado o dever de indenizar.

A Jurisprudência Pátria é veemente em acatar a tendência de responsabilização objetiva do Estado, mesmo em casos de responsabilidade por omissão. Demonstrada, esta há de se reparar o dano, pela interpretação das normas cogentes estatais que visam à seguridade das relações sociais. Analisemos:

“O Estado não responde civilmente por danos causados por multidão, a não ser que se prove ter havido, de sua parte, omissão ou falta de diligência” (TJSP – 6.º C. – Ap. j. 16.3.56 – RT 251/299).

Embora o Estado não seja responsável por atos criminosos de terceiros, na verdade, ele o é pelos atos omissivos de seus funcionários, seja qual for a sua investidura administrativa, quando no exercício de suas atribuições legais, pratiquem erros ou se omitam” (TJSP – 1.º C. – Ap. 72.409-1 – Rel. Álvaro Lazzarini – j. 7.5.86 – ementa não oficial).

³⁷ TJSP – acórdão unân. Da 2º Câmara Civil., Ap. Civ. 134.788-1, Rel. Des. Urbano Ruiz; *in*: Adcoas Jurisprudência, 1992, nº 136.012.

O Estado é responsável pelos atos de seus empregados, praticados dentro da esfera de suas atribuições, sejam esses atos lícitos ou ilícitos, de império ou de gestão, e quer se trate de ato positivo dos mesmos empregados (ações), quer porque eles tenham deixado de cumprir os deveres do cargo (omissão) – (STF – Ap. – Rel. Viveiros de Castro – j. 02.12.22 –RF 42/68).

Quando provada a culpa por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelos danos decorrentes de depredações praticadas pela multidão enfurecida” (STF – 1.º T. – RE – Rel. Barros Barreto – j. 11.10.51 – RT 225/581).

O Estado pode ser compelido à composição de prejuízos decorrentes de danos causados pela multidão à propriedade privada, desde que omitido ou desidiosa prestação de garantias “ (TJSP – 3.º C. – Ap. – Rel. Octávio Stucchi – j. 12.10.67 – RT 389/161).

Perdas e danos resultantes de enchentes – Transbordamento de rio de domínio estatal – Comprovados o prejuízo causado em razão de transbordamento de rio de domínio estadual e a omissão do Estado em ampliar a capacidade de vazão, bem como a negligência da Municipalidade em promover a captação de águas pluviais, reconhece-se a responsabilidade solidária desses dois entes, que devem arcar com a indenização independentemente da demonstração de culpa ou dolo de qualquer agente público” (RT, 636:79, 607: 55, 530:70; RJTJSP, 69:103, 101:145 – entendendo que a instalação dos autores na zona crítica de indução não libera a Municipalidade da obrigação de indenizar, 62:92 e 96;RTJ, 70:704).

Indenização – Responsabilidade – danos à propriedade rural causados por enchente – Ausência de desassoreamento, por parte da Prefeitura Municipal, relativamente a águas que acabaram por causar inundações – Procedência parcial – Intensidade do índice pluviométrico que não poderia absorver todo o evento danoso, dado o concurso com omissão de dever atribuível à mitigada ante as fortes chuvas e a alienação do imóvel, sem prova do aviltamento do preço (TJSP – 8º C. – Ap. 97.568-1 – Rel. Fonsceca Tavares – j. 16.08.1989.

Responsabilidade Civil do Estado – Inundação de casa decorrente de forte aguaceiro – falta de conservação de bueiros e galerias – indenização devida pela Prefeitura Municipal - “tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes nos tribunais já assentaram que o Poder Público deve responder pelos danos sofridos pelos particulares, em razão do mau funcionamento dos serviços” (TJSP – 3º C. – Ap. – Rel. Ferreira de Oliveira – j. 26.05.1977 – RT 510/76).

A municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial, decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio” (TJSP – 2º C. – Ap. – Rel. Gonzaga Júnior – j. 05.12.1978 – RT 528/74)

3.6.2. Atos omissivos indiretos ou por inércia

Os atos omissivos indiretos são aqueles provenientes de uma espécie de *culpa subjetiva* (em sentido amplo e genérico), apurável somente com meios inquisitórios e apurações técnicas.

Em sede de Responsabilização Obrigacional do Estado temos que até mesmo o Poder Executivo pode (e deve) ser acionado em face de sua omissão.

Porém, é necessário neste tópico um estudo detalhado do que vem a ser esta inércia, esta inação e de que forma a mesma poderia ocorrer de maneira a ensejar pleito indenizatório pelo Estado.

Lembramos aqui, que uma vez consolidada a teoria objetiva através do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, todo comportamento lícito ou ilícito que em virtude de atividade do Estado venha a causar dano a terceiros, gera a obrigação de indenizar.

Dissemos, no parágrafo anterior: Lícito e ilícito. Portanto, é pacífico que de dano de ato lícito de atividade estatal gera-se a obrigação de indenizar.

Então, como poderia a omissão ilícita ser mais privilegiada do que o ato lícito que cause dano, mediante construção doutrinária ?

É bem verdade que com a consolidação definitiva da teoria objetiva, fundada especialmente na teoria do risco administrativo, alargaram-se as metas e missões do estado moderno, fazendo com que houvesse legitimidade a todo sob jurisdição estatal de pleitear o pleno adimplemento das obrigações administrativas, impostas, inclusive muitas delas como o dever pela segurança pública, pela própria Constituição Federal.

Portanto, após a objetivação da responsabilidade estatal, temos um direito não somente de caráter civilístico, mas de condão administrativo que vem de encontro com a preservação do bem estar social e com a socialização dos prejuízos.

Assim sendo, assume o Estado papel fundamental como guardião dos direitos, incumbindo ao mesmo, até por ordem moral, que este seja o maior interessado na preservação destes direitos.

Portanto, não existem paliativos, o Estado, especialmente e a começar por seus governantes, precisa de uma vez por todas entender que a sua função é

social, coletiva, e que assim sendo, deve atender plenamente as necessidades, expectativas e anseios dentro da legalidade instituída em nossa sociedade. Não cabe às instituições de direito público, simplesmente desculpar-se por não cumprirem o seu papel como instituições que são.

E aí vemos reforçadas tais obrigações, pelo dever de eficiência e da moralidade, especialmente. E esta objetivação da responsabilidade extracontratual se dá por diversos fatores que citaremos ao longo desta obra.

O que vem ao caso é o seguinte: na questão colocada, colocamos um primeiro tópico explícito que era o de comparar o ato lícito como indenizável e o ilícito por omissão, mais afastado do campo indenizatório.

Questão esta que se responde com cunho meramente filosófico, ou seja, como poderíamos aceitar que um ato lícito, ser plenamente indenizável, bastando-se demonstrar a conduta e o resultado danoso (logicamente com o liame subjetivo de um para outro) e um ato ilícito merece maior atenção e fatores tais como a culpabilidade. Seria, de certo, escapar a lógica natural.

Outra questão que está implícita nesta é da culpabilidade, quando dizemos em construção doutrinária. E por quê ?

Ora, o art. 37, § 6º, estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, acolhida pela nossa doutrina e jurisprudência dominante como fundada na teoria do risco administrativo. Estando portanto inserida no bojo do Capítulo que trata da Administração Pública. Portanto é de natureza pública e administrativa, e foi vontade do legislador chamar para si, a responsabilidade objetiva indistintamente de atos omissivos ou comissivos, já que a Lei Maior não difere. Portanto, é mera criação doutrinária querer enquadrar a responsabilidade já consolidada Constitucionalmente em preceitos do Direito Civil, da qual o próprio constituinte retirou.

Em suma: “É preceito de ordem pública e não de ordem privada”, e frise-se: “O Constituinte que determinou assim”.

Portanto, em casos que o Estado devia agir e não o fez, causando dano a alguém, pode ser compelido a indenizar, visto que a teoria objetiva requer tão somente a conduta, o nexa causal e o dano. Não há de se falar em culpa.

Esta omissão ou inércia deve ser inescusável, ou seja, devendo o Estado dispor de todos os meios para realizar o bem comum, deve-o fazê-lo, não somente pela obrigação, mas pelo próprio vínculo principiológico e moral que tem com seus administrados.

Então surge outra questão: mas este provar a omissão ou inércia, não seria provar a culpa ?

De certa forma, sim. Mas não é a culpa que estamos provando, e sim a conduta negativa que gerou o resultado danoso. O liame é objetivo e não subjetivo. Estamos em sede de risco administrativo (teoria objetiva).

Ou seja, o que se pretende provar, é que se não houvesse tal omissão, ou ocorresse à devida prestação pela administração, o dano não teria ocorrido. É sobre a verificação da conduta que recai a análise.

E esta análise deve-se pautar especialmente pela razoabilidade, caso contrário teríamos um Estado levado à bancarrota pelas ações de indenização. Então em face disto é analisar-se primeiro: houve tal conduta omissiva ou inércia da administração pública face ao seu dever de agir ?

Constatado que não, encerra-se aí a pretensão indenizatória. Constatado que sim, indaga-se sobre outro ponto: esta omissão era de natureza escusável ou inescusável ?

Se era uma omissão de natureza inescusável, ou seja, se restar provado que o Estado realmente devendo, e, podendo agir por todos os meios admitidos, não o fez surge a obrigação de indenizar.

Lembre-se: a verificação não se faz em torno da culpabilidade, mas da conduta em si, já que o termo culpabilidade é termo de direito civil e o termo da *escusabilidade* e *inescusabilidade*, que aqui utilizamos cabe bem, a nosso ver, na questão do direito objetivo.

Tanto, não se faz em torno da culpabilidade que esta prescinde à própria noção da objetivação.

Ou seja, se houve uma culpa, por exemplo, *in vigilando* ou uma culpa *in eligendo* esta prescindiu o dano. Quanto à primeira, deve-se levar em consideração que o dever de vigilância é constante e universal e não em

determinado tempo e lugar. A segunda, considera-se, que o Estado não escolheu bem seus funcionários.

Estes prescindem o fato de ser culpado *in omitendo*, ou seja, não cabe aqui a análise das mesmas pois eram previsíveis ao ente público sob judice da óptica da teoria do risco.

Na prática, assemelha-se em partes com a verificação de culpa, mas de verdade não o é, pois a responsabilidade é objetiva.

Há também de verificar-se a não incidência de nenhuma das causas de irresponsabilidade estatal presentes, nem abuso de direito por parte do indivíduo que, por exemplo, despreza as normas comuns de segurança e depois vem a pleitear indenização. Deve o indivíduo provar que diligenciou o todo e possível, dentro da capacidade do homem médio e mesmo assim face à omissão ocorreu o dano. Não é toda e qualquer omissão indenizável.

E logicamente, além da análise da conduta, ou seja, de verificar-se que o Estado devendo agir não agiu, é necessário imprescindivelmente demonstrar que esta conduta omissiva poderia e deveria ter sido outra, caso em que o poder público deveria ter assumido uma conduta positiva, é lógico e certo afirmarmos que existe o exame do nexa causal, ou seja, da ligação entre tal conduta e do dano, sem a qual também não poderia se configurar.

Mas não bastaria também à relação entre a falta injustificada do serviço público e o dano sofrido, mas duas verificações: dentre a primeira que deveria agir, e a segunda que se tivesse agido teria impedido o dano.

Em torno de tais afirmações descrevemos trecho da obra de *Cahali* que explana sobre o tema, dizendo que:

Cita-se a lição de Pedro Lessa, cuidando de um delito de furto ou de roubo, “perpetrado nas condições em que geralmente tais crimes são cometidos”, para deduzir, daí, que “não há a vítima o direito de ser indenizado pelos cofres públicos”, pois “evidentemente não há um vínculo direto que prenda o dano causado a um ato do Poder Público”.

Este autor desenvolve toda a sua argumentação em termos típicos de eventual falha presumida do aparelhamento policial, na atividade preventiva do crime no caso concreto: “Mas, se uma agressão contra a pessoa, ou contra a propriedade, for conhecida e anunciada com tal antecedência e visos de certeza, que a polícia administrativa deva e possa evitá-la, e, não obstante, graças à inércia injustificável das

autoridades, o atentado se realizar, animado ou auxiliado pela indiferença dos agentes da segurança pública, ao Estado incube indenizar o dano causado; porquanto sua inação concorreu tanto para a prática do ato criminoso que, se não na linguagem rigorosa da lógica, pelo menos na linguagem comum, se pode dizer com propriedade que esse procedimento do Poder Público foi à causa do dano sofrido: de todos os antecedentes cujo concurso era necessário para a produção desse conseqüente, dada a particularidade da hipótese, é a inércia do Poder Público, o qual com seus meios normais de ação teria eficazmente atalhado o mal “.

Em linha de princípio, é este o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência, com vistas à exclusão, via de regra, da responsabilidade civil do Estado, ante o pressuposto da inexigibilidade de uma vigilância específica capaz de evitar na situação concreta a prática de delito de que se queixa o particular: “É de todo impossível reconhecer-se obrigação ressarcitória do Estado pela prática de crime. Se assim não for, o Estado responderá civilmente por todos os delitos praticados. Ao Estado impõe-se o dever de vigilância, mas nunca de vigilância sobre cada cidadão em particular, mesmo porque, se tal exigir-se, não haverá nenhum cidadão para ser policial, porque até estes teriam o direito de especial vigilância. A vigilância e a proteção dadas pelo Estado circunscrevem-se a manutenção de policial nas ruas, no serviço de policiamento preventivo e ostensivo. Mas isso não quer dizer que se tenha que evitar a ocorrência de crime, sob pena de obrigação indenizatória”.³⁸

O texto acima reflete perfeitamente o que se tem que ter em mente por aplicação da razoabilidade no caso concreto. Porém, é necessário lembrar também que incide em nosso ordenamento jurídico-administrativo princípios tais como o da eficiência, que deve ser observado sob pena de poder-se caracterizar inércia estatal a ser analisada para fins indenizatórios.

É por exemplo, em termos hipotéticos, quando ocorre um acidente em um município que há meses vinha solicitando, dada sua necessidade, a reparação de uma ambulância ou viatura policial, por exemplo, e não a tinha no dia de tal acidente para socorrer a vítima. Aliás, várias pessoas já vieram a óbito pelo fato da não existência de tal transporte. Sabia-se ser de necessidade primordial. E por mais uma vez esta vítima, citada no acidente do exemplo, vem a falecer dado indiretamente à ingerência estatal, fato comprovado pelo laudo médico-legal apurado que se a vítima houvesse sido transportada a tempo até o hospital mais próximo teria resistido aos ferimentos e estaria gozando de uma vida normal.

Logicamente, houve uma inércia ocorrida no dever estatal de eficiência, de continuidade dos serviços públicos, e até da moralidade, poderíamos dizer.

³⁸ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 535.

Assim, há de ser apuradas as razões da ineficácia estatal. E muito tormentosa é tal questão. Afinal: deve o Estado indenizar por uma omissão derivada, por exemplo, daquilo que depende um ato discricionário, como a compra ou doação ao município de uma viatura ?

Creemos que sobre esta questão há de ser lembrado o *Princípio da Razoabilidade*, pois caso contrário cairíamos ao caos de simplesmente onerar de forma exacerbada o Estado ao ponto que inviabilizaria a sua manutenção como tal. Este princípio, combinado com a moralidade, a eficiência, e os demais princípios constitucionais e administrativos há de ser sempre mitigador da discricionariedade plena, da qual discordamos, considerando que a mesma é relativa, em face do bem estar social.

A discricionariedade plena, nos conduziria a um erro terrível. O administrador administraria em nome dele e não de quem representa. Portanto, representando uma instituição pública qualquer, representa também o povo a que ela se destina, e neste sentido é que acreditamos que a discricionariedade é mitigada.

Portanto, defendemos que omissões do gênero podem e devem ser previamente tuteladas por dispositivos de defesa de interesses difusos, especialmente na competência do Ministério Público local, nos casos em que couber a aplicação de tais dispositivos.

Porém, também defendemos que qualquer lesão ou ameaça de direito, como prevê a Constituição Federal pode ser apreciada pelo Poder Judiciário, e neste caso, de forma subjetiva.

É lógico que o Judiciário não poderá ordenar que seja, por exemplo, adquirida uma viatura, pois isto não é de sua competência. Mas poderá apreciar a questão no âmbito indenizatório e com consequência deste, subjetivamente, até intimista (sistema de freios e contrapesos do sistema tripartido) para que outras situações semelhantes venham a ter uma atenção melhorada a fim de que não ocorram mais estes fatos.

Desta feita, poderá, se procedente as provas e fatos, reconhecer que em face da ausência dos mesmos, diante do conhecimento da necessidade da referida pelo Poder Público, de sua omissão, e do dever que o Estado tinha de

prestar assistência, e que, não o fazendo, resultou morte de uma pessoa, deva o Estado ser responsável e obrigado a ressarcir pelo evento danoso.

O Estado deve ser eficiente e dispor de meios para tanto, pois não é esta criação doutrinária ou moral, mas sim previsão constitucional, legal, explícita, garantidora dos direitos fundamentais do cidadão. Portanto, formado por cidadãos o Estado deve zelar pela integridade daqueles que o compõe.

Lembramos, a conduta omissiva, ou a dada inércia deve ser inescusável, ou seja, não deve restar dúvidas de que o Estado deveria e poderia ter agido em certo momento, em dada situação. Mas relembramos que em face da teoria objetiva, esta é averiguação que se faz em torno das circunstâncias da conduta e não no *iter subjetivo* entre a conduta e o dano que seria o nexo causal em analisado frente à culpabilidade, já que este termo é impróprio.

Vejamos agora alguns acórdãos selecionados, a fim de ilustrar a Responsabilidade extracontratual do Estado pela sua omissão ou inércia de agir, de fazer o serviço público não presente, onde deveria sê-lo e estar, de onde deveria ter zelado:

“Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Acidente do trabalho ocorrido na Casa de Detenção – Presidiário que sofreu redução da capacidade laborativa – Inexistente de seguro obrigatório – Omissão da administração do presídio – Acolhimento da ação – Sentença confirmada (TJSP – 5.^a C. – Ap. – Rel. Márcio Bonilha – j. 8.9.83 – RJTJSP 87/121).

“Responde o Estado pela morte de menor, ilegalmente recolhido ao cárcere e assassinado por companheiro de cela, devendo o dano de ser reparado através de indenização pecuniária, ainda que a vítima não exercesse trabalho remunerado” (TJMG – 2.^o C. – Ap. – Fel. Fernandes Filho – j. 4.10.1983 – RT 594/220).

“Responsabilidade civil do Estado – roubo cometido por bando cujo mentor era preso condenado e foragido – Procedência do pedido – “Comprovada a participação do preso condenado, na qualidade de mentor do bando de ladrões, tempos depois de sua fuga de hospital onde estava provisoriamente recolhido, em roubo de joalheria, com a tirada de grande quantidade de jóias, em prejuízo dos respectivos proprietários, e configurado o nexo de causalidade entre a falha do sistema penitenciário e o evento danoso, impõe-se ao Estado a obrigação de indenizar” (cf. CF, art. 37, § 6.^o) (TJPR – 2.^o Gr. Cs. – Einfrs. – Rel. Sydney Zappa – j. 9.11.89 – RT 650/156).

“Responsabilidade civil do Estado – foragido de presídio – Homicídio contra terceiro – Indenização a descendente da vítima – Vigência da obrigação alimentar – “A insuficiência vigilância de facínoras

perigosos é a falha objetiva do serviço público atribuível aos respectivos agentes, donde a responsabilidade do Estado é reconhecida, tanto à luz da Constituição anterior, art. 107, que estatuiu que as pessoas jurídicas de direito público responderiam pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causassem a terceiros, como da atual, art 37, XXI, § 6.º, de conteúdo idêntico comprovado o nexu causal, a responsabilidade objetiva do Estado é mera consequência” (TJMG – 2º C. – Ap. – Rel Bernardinho Godinho – j 31.3.92 – RT 692/145).

“Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Furto de veículo estacionado defronte a estádio de futebol – Omissão policial inócurrenre – autor que assumiu o risco não ligando o dispositivo de segurança – Nexu causal não demonstrado – Ação improcedente – Recurso não provido (TJSP – 1º C - Ap – Rel Álvaro Lazarini – j 12.8.91 – RJTJSP 136/185).

“O Estado responde pelos danos causados aos particulares pelos movimentos multitudinários, contra os quais cabe-lhe o dever de garantir a propriedade privada” (STF – 1.ª T. – RE – Rel. Aníbal Freire – j. 30.01.46 – RF 107/275).

“Responde o Estado pela indenização dos danos causados ‘a propriedade particular, pelo excesso de turba amotinada, uma vez provada a omissão de providências de parte das autoridades encarregadas de garantir pessoas e bens” (TJCE – Câmara Civil – Ap. – Rel. Avelar Rocha – j. 3.4.56 – RF 170/323).

“O Estado responde pelos danos causados em movimentos multitudinários a propriedade alheia, assentando-se essa responsabilidade no art. 194 da Constituição Federal” (TFR – 2.ª T. – Ap. – Rel. Aguiar Dias – j. 16.04.59 – RF 180/152).

“Responde o Estado pelos danos causados à propriedade privada quando não Roma providências adequadas para coibir a exaltação popular e as depredações dela consequentes” (RJSP – 3.ª C. – Ap. – Rel. Cardoso Rolim – j. 14.6.56 – RDA 49/198).

“A administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa” (STF – 2.ª T. – RE – Rel. Temístocles Cavalcanti – j. 29.5.68 – RDA 97/177).

“Cumpru ao Estado garantir a propriedade particular – Desde que falhe a essa missão, não empregando os meios ao seu alcance para impedir assalto oriundo da exaltação pública, responde pelos danos causados. Em casos tais a responsabilidade do Estado surge diretamente porque objetiva” (TJSP – 1.ª C. – Ap. – Rel. Cantidiano de Almeida – j. 24.2.53 – RT 211/189).

“Falta o Estado à sua missão precípua, de mantenedor da ordem, quando, por ação ou omissão, permite que movimentos populares, cuja prevenção ou repressão lhe cabem, venham a causar prejuízos à propriedade particular” (TJSP – 2.ª C. – Ap. – Rel. Dimas R. de Almeida – j. 13.3.62 – RT 337/164).

“O Estado pode ser compelido à composição de prejuízos decorrentes de danos causados pela multidão à propriedade privada, desde que omisso ou desidioso na prestação de garantias” (TJSP – 3.ª C. – Ap. – Rel. Octávio Stucchi – j. 12.10.67 – RT 389/161).

“Responsabilidade civil do estado – Invasão de propriedade privada por particulares – Reintegração de posse concedida ao dano – Execução da Polícia em cumprir requisição do Judiciário – Ação de indenização procedente – Preliminar de prescrição repelida – “Se o Estado, apesar de solicitado, se omite nas providências para a expulsão de invasores de propriedade privada, responde pelos danos decorrentes dessa ocupação ilícita” (TJBA – 1.^a T. – Ap. – Rel. Santos Cruz – j. 12.6.63 – RT 412/369).

“Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Automóvel que colide com monte de pedras britadas em via pública – Fato ocorrido à noite – Inexistência de sinalização - Responsabilidade da Prefeitura – “É responsável pelas conseqüências de eventual acidente a Prefeitura Municipal que, executando reparos no leito carroçável de via pública, deixa no local, por prepostos seus, monte de pedras britadas sem desviar o trânsito ou alertar de maneira segura os motoristas que por ali conduzem seus veículos” (1.^o TACSP – 7.^a C. – Ap. – Rel. Osvaldo Caron – j. 29.11.83 – RT 582/1117).

3.6.3. Atos comissivos

Em breves linhas e sem maiores dificuldades poderíamos conceituar os atos comissivos como sendo aqueles onde temos presente uma conduta positiva do agente que vem a causar dano a outrem. É o ato de fazer, definido por alguns doutrinadores como fato, causando uma lesão e surgindo, portanto a obrigação de indenizar. Abordaremos suas subdivisões em atos comissivos próprios e atos comissivos impróprios, a fim de que tenhamos elucidadas tais classificações.

É a violação do dever de não fazer ou de diligenciar no sentido de fazer algo de certa maneira. O excedente em atos ao que deveria fazer pode ensejar à obrigação de indenizar. Vejamos alguns exemplos jurisprudenciais:

“Lesão causada por professor e, aluno de estabelecimento de ensino municipal durante partida de futebol realizada em aula de Educação Física. Alegação de ser conseqüência natural e inerente à atividade desportiva – Inadmissibilidade – Competição realizada como atividade obrigatória no ‘currículo’ e no interior da escola – Não há que se falar em não Ter havido excesso ou imprudência por parte do funcionário, já que as responsabilidades civil das pessoas de Direito Público não depende da prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo injusto” (RT, 642:104).

Reconhece-se a responsabilidade do Estado em caso de servidor público que, no exercício da função, age imprudentemente, abatendo a tiros de revólver pessoa que estaria praticando a contravenção de pescar em águas públicas, em época proibida “(TFR – 2.^o T. – AC 28.347 – j. 23.4.80 – DJU 21.5.80, p. 3.629).

Portanto, os atos comissivos, como vemos são de fácil compreensão, vistos que provada a ligação entre o ato efetivamente positivo e o dano, faz surgir à obrigação estatal de indenizar.

Reservamo-nos aqui a lembrar que é passível de afastabilidade da obrigação oriunda da responsabilidade extracontratual por atos omissivos nos termos das excludentes civis, bem como das causas de irresponsabilidade citadas em tópico próprio.

3.7. Nexo causal

O *nexo causal* é o liame subjetivo entre a ação ou omissão de um determinado agente e o resultado danoso. *Rui Stoco*³⁹ é sempre brilhante e trazemos aqui a sua elucidação quanto ao Nexo Causal. Vejamos:

Na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro.

Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”. Não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.

É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou na feliz expressão de Demogue, “é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção o dano não ocorreria” (Traité des Obligations em general, vol. IV, n. 66).

No campo da Responsabilidade Civil do Estado afirmamos que a regra do art 37, § 6º da Constituição Federal não afasta de modo algum o *nexo causal*, só afasta a apuração de culpa que é elemento da responsabilização civil subjetiva;

³⁹ STOCO. Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 106.

ao contrário o nexa causal é elemento preponderante a avaliação da existência do dano em relação à ação ou omissão de seus agentes.

Neste sentido podemos ilustrar citando acórdão de nosso Pretório excelso, já referido na obra de *Renan Miguel Saad*⁴⁰ por tratar-se de lição de incontestável valor jurídico.

Quanto ao referido autor, assim podemos constatar como vemos do texto do referido autor abaixo transcrito:

EMENTA: – Responsabilidade Civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte o preso foragido há vários meses antes.

– Responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º, do artigo 37 da Magna Carta), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo do nexa de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

– Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexa de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexa causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência de condições e a da causalidade adequada.

– No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexa de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexa de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver incidência da responsabilidade prevista no art. 107 da Emenda Constitucional n.º: 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º, art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o feito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁴¹

Temos, portanto que, dispensável a culpa, porém indispensável à presença do Nexa Causal (relação de causalidade) para a caracterização da Responsabilidade Civil do Estado.

⁴⁰ SAAD, Renan Miguel. Op. cit. pp. 29–30.

⁴¹ STF. – Rec. Ext. 130.764 – 1 – PR., julg. Unân. Da 1ª Turma, em 15/02/92 – Rel. Ministro Moreira Alves; in: *Adcoas Jurisprudência*, n.º: 139.224.

Sabemos portanto, que todo sistema de responsabilização civil, requer uma relação direito-dever e de causa-efeito, sendo assim pressupostos para o pleito indenizatório.

Como assevera *Paulo Sérgio Gomes Alonso* “para a teoria objetiva, não existe a relação de causalidade entre o dano e a ação ilícita do agente, mas uma ação lícita, qualificada pelo direito, que, ao produzir dano a vítima, gera a obrigação de indenizar pelo agente”.⁴²

*Agostinho Alvim*⁴³ citado pelo autor referido no parágrafo acima explana que: “pela teoria do risco, o nexo causal é suficiente para o fim de atribuição de responsabilidade independente de haver culpa do agente”.

Dentre as principais teorias que norteiam o assunto “nexo causal”, estão: a *teoria da equivalência das condições*, a *teoria da causalidade adequada*, e a *teoria do dano direto e imediato*, que aqui muito sucintamente colocamos.

a. Teoria da equivalência das condições: Criada originariamente por um jurista alemão conhecido como *Von Buri*, no século XIX, Segundo *Agostinho Alvim*⁴⁴ a equivalência resulta de que, ‘*suprimida uma das causas, o dano não se verificaria*’, sendo avaliado o ato como condição ‘*sine qua non*’ para que o dano se verificasse.

b. Teoria da causalidade adequada: “*Por esta o dano dever ter por origem um fato capaz de lhe dar causa. Na relação de causa e feito, aquela deve ser adequada para a produção do dano*”.⁴⁵

c. Teoria do dano direto e imediato: Muito criticada por conter elementos abstratos, filosóficos e assim subjetivos na análise e verificação da ocorrência do nexo causal, pressupõe que no exame de certa causa, para que se produza o dano, há de ser analisadas as circunstâncias,

⁴² ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 152.

⁴³ ALVIM, Agostinho *apud* ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Op. cit. p.153.

⁴⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1955. p. 368.

⁴⁵ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Op. cit. p.160.

bem como as condições conhecidas pelo agente por ocasião do ato a qual originou-se o prejuízo.⁴⁶

3.8. Dano

O Dano é o elemento objetivo por natureza.

O dano pode repercutir em diversas esferas de proteção individual. Uma primeira seria na esfera econômica que é o que chamamos de *dano material*. Uma segunda de foro íntimo, da qual não se pode quantificar, mas somente compensar o denominado *dano moral*.

Uma coisa é indispensável de ser frisada e observada. Não existe responsabilidade sem dano, ou seja, não há como falar em responsabilizar-se alguém de um evento danoso que não ocorreu.

Inexiste presunção de dano possível e obrigação de indenizar, porém o que existe é o dano reflexo, baseado na “*teoria do ricochete*” é aquele dano causado indiretamente, por exemplo, o chefe de família que é atingido por uma bala perdida e vem a causar um transtorno familiar de ordem moral e material. Este é o dano indireto, aquele dano de que sofrem seus filhos, sua esposa, por exemplo.

Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷ assinala “que mesmo que haja violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto”.⁴⁸

De fato, o caráter de reparar, tem implícito em seu bojo duas características distintas: uma primeira, lógica, da própria compensação ou reparação. Usamos o termo *compensação* àqueles danos ocorridos na esfera moral, psíquica, de ordem subjetiva que retrata a possível dor do indivíduo e dizemos *reparação* à restituição do *quantum* devido a reparar uma lesão na

⁴⁶ ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Op. cit. pp.162–163.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 27.

⁴⁸ Neste sentido: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed., Editora Jurídica e Universitária. ref. ano inexistente.

esfera material de forma que possa ao menos estar em conformidade com o *status quo ante* do evento danoso.

Outra característica, muito mais implícita para a reparação do dano é a de pena privada, assumindo o papel de coercitiva moral negativa, ou de *caráter preventivo*, ou seja, de que o sujeito sabendo que pode ser responsabilizado não o faça e ainda o *caráter sancionatório* que impõe um preço, uma “*pena*” pelo dano causado a outrem. Contata-se esta posição por Mário Moacyr Porto.

Sabemos que somente se faz ressarcível o dano que assumir a característica de ser *atual e certo*.

O *dano atual* é aquele que já existe no momento da responsabilidade. Portanto, a princípio o dano futuro não justifica a pretensão indenizatória.

O *dano certo* é aquele consubstanciado em fato concreto, preciso, e não em hipótese, ou em termos, mas determinado em seus elementos precípuos.

3.8.1. Dano Indenizável

A princípio, tendo o liame causal entre a ação ou omissão que cause dano, estamos diante de um dano indenizável, ou seja, o que gera a obrigação de indenizar.

Em matéria contratual, o inadimplemento pode ensejar em obrigação de indenizar, e até pode se dizer que muitas vezes, e em determinados casos, se presume ou mesmo verifica-se de plano o dano pelo simples inadimplemento.

Já em matéria extracontratual se faz necessária a que se apure os prejuízos, que como antes dito, devem ser certos, atuais e determinados, ou determináveis. Mas o que seria afinal indenizar ?

Transcrevemos lição, da qual não poderia faltar nesta obra de *Rui Stoco*⁴⁹ que magistralmente expõe definição:

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto *apud in* STOCO. Rui. Op. cit. p.934.

Portanto, “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”. Todavia, como na maioria dos casos se torna possível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. Deste modo, sendo impossível devolver a vida à vítima de um crime de homicídio, a lei procura remediar a situação, impondo ao homicida a obrigação de pagar uma pensão mensal às pessoas a quem o defunto sustentava, além das despesas de tratamento com a vítima, seu funeral e luto da família. Assim, o dano em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante. Alguns Códigos, como o francês, usam a expressão “danos e interesses” para designar o dano emergente e o lucro cessante, a qual, sem dúvida, é melhor que a empregada pelo nosso Código: “perdas e danos”. Perdas e danos são expressões sinônimas, que designam simplesmente, o dano emergente. Enquanto, se dissermos “danos e interesses” estaremos designando assim o dano emergente, a diminuição, como lucro cessante, isto é, a privação do aumento, conforme lembra bem Agostinho Alvim (*Da inexecução*, cit., p. 175).

Alguns poucos e menos avisados juridicamente já defenderam ou pleitearam a aplicação da indenização por danos remotos, prováveis e hipotéticos, porém a indenização pelos mesmos não se é admitida, sendo admitida somente à indenização por danos que preencham antes de tudo requisitos de efetividade do dano, tais como a certeza e a atualidade.

*Nelson Nery Júnior*⁵⁰ sobre o referido tema, assim exclama:

Os danos indenizáveis são os patrimoniais e os morais. A CF 5.º V e X, estipula a indenizabilidade do dano moral, na modalidade de responsabilidade objetiva, já que não menciona a conduta do causador do dano como condição para que se caracteriza o dever de indenizar.

A doutrina e jurisprudência dominantes costumam incluir, além da culpa exclusiva da vítima, a força maior como causa de exclusão da responsabilidade civil da administração pública.⁵¹

Neste sentido temos vários pronunciamentos judiciais que afastam por completo a defesa do pleito de tais alegações.⁵²

⁵⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. “Responsabilidade Civil da Administração Pública” in Revista de Direito Privado n.º: 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 39.

⁵¹ Nesse sentido: STF – RT 733/130.

⁵² Neste sentido: RT 612/44; RTJSP 120/175; JTJ 141/114.

3.8.2. Dano Direto e Dano Indireto

Dano direto é aquele em que se comprova sem muito esforço, haja vista que se demonstra pela lesão direta na esfera jurídica da vítima, seja ela qual for, de uma ação ou omissão que diretamente ‘destinada’ a vítima vem lhe causar prejuízo. Observemos aqui, que o emprego da palavra destinada é no sentido de indicar o vetor que dará a configuração do liame causal.

Dano indireto, porém é aquele também conhecido como ‘*dano de ricochete*’, ou ainda *dano reflexo*.

Um ótimo exemplo, e clássico, de dano indireto é aquele onde o ex-marido fica incapacitado de prestar pensão alimentícia à ex-mulher e seus filhos em face de um dano que lhe ocorreu.

Vejamos: a família sofre o dano de forma reflexa, podendo portanto, intentar ação contra o causador do dano, porque existe a ligação entre o evento danoso, sendo certo o prejuízo experimentado.

3.8.3. Dano Material

Cuida-se do dano material, como sendo o que atinge a esfera de proteção jurídica do indivíduo em seu campo material, ou seja, causando prejuízos sejam por *danos emergentes* ou *lucros cessantes* em coisas que têm valor econômico, estes fungíveis ou infungíveis, mas que são, ou podem ser certos, determináveis, palpáveis e valoráveis.

Carlos Roberto Gonçalves assinala e resume que: ‘*dano material é aquele dano que afeta somente o patrimônio do ofendido*’.⁵³

O Dano Material, deve ser comprovado, seja em caso de danos emergentes, por exemplo, a avaria de um determinado bem, um veículo, quanto os lucros cessantes, onde a pessoa, por exemplo, deve provar que do dano ao veículo lhe adveio outros prejuízo, tais como não pôde trabalhar em virtude de

⁵³ GONÇALVES. Carlos Roberto. Op. cit. p. 68.

que o carro é essencial a sua profissão de representante comercial. Mas tudo deve ser minuciosamente provado em termos legais e legítimos, não se admitindo meras alegações ou provas que não tenham caráter de inegáveis.

O *Dano Material* pode ser presumido em determinados casos em face da função social que o Direito exerce ou por circunstâncias que tornem certo o dever de indenizar. Vejamos jurisprudência que *Stoco*⁵⁴ cita para ilustrar tal tema em sua obra:

“Em família de poucos recursos, o dano patrimonial resultante da morte de um dos seus membros é de ser presumido” (STJ – 1.ª T – Resp – Rel Asfor Rocha - j. 20.03.95 – RSTJ 76/257).

3.8.4. Dano Moral e dano estético

*O Dano Moral é o ‘que atinge o ofendido como pessoa, não lesando o seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação’.*⁵⁵

O referido autor define *dano moral* como sendo o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.

Na doutrina e na jurisprudência, tem sido questão tormentosa delinear os limites e a extensão do dano moral, tendo em vista também que, várias e várias objeções foram argüidas a respeito deste tipo de reparação, alguns até argumentando da mesma ser imoral, em face de querer quantificar a dor humana.

A verdade é que ninguém quantifica a dor humana, tanto que por esta afirmação é que se qualifica a existência e o aceite de nossos tribunais e Constituição na indenização por dano moral. O que existe é uma prestação, também chamada de *reparação* e não propriamente uma indenização.

⁵⁴ STOCO. Op. cit. p. 940.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: direito das obrigações: parte especial*. Vol. 6, tomo II: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 85.

Isto posto que, a prestação obrigacional por dano moral, tem caráter compensatório e não caráter indenizatório.

Também existem alguns autores que, atribuem ao lado do caráter compensatório do dano moral, uma natureza subjetiva, de cunho *sancionatório*. E reiteram que, em determinados casos, como de pessoas que tiveram sua honra ferida, o juiz além de fixar verba para compor a compensação do sofrimento experimentado pela vítima, deve também arbitrar um *plus* a título de sanção ou fator de desestímulo.⁵⁶

O *Dano estético*, assume de certa forma as mesmas facetas do dano moral, tendo em vista que o que se afeta é a honra, a dignidade, a auto-estima, sentimentos que exteriorizam a dor, por lesão fática que deixe seqüelas.

Como corolário de questão subjetiva, tal como a dor, a tristeza, a angústia, não têm se admitido à cumulação do dano moral com o dano estético, pois seriam oriundos da mesma natureza.

Porém, em certos casos admite-se a cumulação de dano moral com dano material ou também a cumulação de dano estético com dano material. Isto, tendo em vista ser o primeiro compensado pela dor física e o segundo indenizado, haja vista que a vítima trabalhava com sua imagem. Um exemplo, seria a de uma modelo fotográfica que possuindo contrato de trabalho viesse a sofrer violência que lhe causasse dano estético. Deve-a ser compensada em sua dor por dano estético ou pelo dano moral, caso onde mais cabível se faça o dano estético, e prejuízos advindos ao seu trabalho.

Existe a possibilidade de cumulação de dano moral e dano material, se decorrerem de mesmo fato. O exemplo é pacificado pela *Súmula 37 do Supremo Tribunal de Justiça* que explicita: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos de mesmo fato”.

3.8.5. Das pessoas obrigadas em reparar o dano

⁵⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. Op. cit. p. 88.

Todo aquele, pessoa física ou jurídica, logicamente por seu representante legal, que por vias de ação, ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, tenha causado dano a outrem fica obrigado a reparar o dano.

Também, em casos de *responsabilidade objetiva*, como é a *Responsabilidade do Estado*, a indenização é devida havendo o ato (comissivo ou omissivo) e o dano, pois tal se funda no risco do exercício de certa atividade, como *'in casu'* no risco administrativo.

Existem casos em que a pessoa responde por ato de terceiros, como o caso em que verificamos da responsabilidade jurídica de pessoas de direito público, bem como dos farmacêuticos, pelo fato das coisas ou dos animais, dentre outros exemplos similares.

Há também casos em que verificamos solidariedade na reparação do dano, como pelo que define o art. 1518, segunda parte do Código Civil de 1916 e art. 942 do Código Civil de 2002.

Assim, ainda neste mister, também se verifica em casos como o da *Súmula 221 do STJ* que diz:

“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

É certo também que a obrigação de reparar os danos se estende aos sucessores do autor, previstos pelo disposto no art. 1526 do Código Civil de 1916 e art. 943 do Código Civil de 2002.

3.8.6. Das pessoas que podem exigir indenização

Aquele que sofre o prejuízo, ou seja, a vítima da lesão pessoal ou patrimonial é que compete exigir indenização.

Os responsáveis legais, tutores, curadores, podem exigir reparação em face de danos que ocorram àqueles a quem representem ou assistam.

Também os herdeiros da vítima podem pleitear indenização, pois se o artigo 1526 do Código Civil de 1916 e agora, o art. 943 do Código Civil de 2002, estabelece que o direito de exigir reparação se transmite com a herança.

Já se proclamou que a Pessoa Jurídica pode também exigir reparação por dano moral, como vemos transcrita na *Súmula 227 do Supremo Tribunal de Justiça* que assim explicita: “*A pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”.

4. CAUSAS DE IRRESPONSABILIDADE E DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Temos aqui que deixar registrada e patente que existe uma diferença gritante entre a questão das causas de irresponsabilidade civil e entre as causas de exclusão da responsabilidade civil. Na primeira, temos a ausência da responsabilidade obrigacional, enquanto na segunda até existe a obrigação de maneira primária, porém esta não subsiste na prática.

Lembramos que com muita impropriedade certos autores classificam de maneira generalizada denominando as causas de irresponsabilidade com o nome de excludentes de responsabilidade. Como já dito, há diferenças que devem ser apontadas.

Rui Stoco, um dos maiores tratadistas sobre responsabilidade civil no Brasil, é um dos defensores desta posição, juntamente com nomes como *José de Aguiar Dias* e *Caio Mário da Silva Pereira*.

Porém foi numa assertiva de *Odoné Serrano Júnior*⁵⁷, citado também em obra de *Carvalho Neto*⁵⁸, que encontramos uma preciosidade em definição jurídica no que tange a respeito deste problema, por isso o transcrevemos abaixo:

... na presença de tais situações, não é que se exima o agente de responsabilidade. Não. Ao contrário, sua responsabilidade não se configura por não ter contribuído, de forma alguma para o *eventus damni*. O dano não lhe pode ser atribuído nem a uma ação ou omissão sua ou de seu agente, nem como decorrência da atividade de risco por ele desenvolvida.

⁵⁷ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p.32.

⁵⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 77.

Aliás no campo técnico das excludentes e atenuantes da Responsabilização Estatal deixamos aqui lição de *Nelson Nery Júnior*⁵⁹ que traz a lúmina definição firme sobre as causas de exclusão de responsabilidade civil do Estado. Transcreve-se:

Do ponto de vista técnico essas denominadas causas de exclusão da responsabilidade civil são acontecimentos que excluem, na verdade, o *nexo de causalidade* entre conduta e dano.⁶⁰ Se culpa pelo acidente foi exclusiva da vítima foi porque a conduta da administração, comissiva ou omissiva, não deu causa ao dano se verificou pelo só acontecimento invencível da natureza (força maior), é porque não relação entre a conduta da administração e o mesmo dano.⁶¹

Passemos agora ao estudo das causas de irresponsabilidade e das excludentes de responsabilidade em amplo sentido, porém sempre fazendo assertiva, no que concernir a responsabilidade estatal.

4.1. Estado de Necessidade

O *Estado de Necessidade* assemelha-se muito ao exercício regular de um direito, porém este é causa de exclusão de responsabilidade está disposto no Arts. 160, I e II, do Código Civil de 1916 e Art. 188, I e II, do Código Civil de 2002.

Vejam os textos referidos. Primeiramente o do Código Civil de 1916:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:
I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II – a deterioração da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1519 e 1.520);
Parágrafo Único – Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente

⁵⁹ NERY JÚNIOR. Nelson. Op. cit. p.40.

⁶⁰ Correto, no particular, o entendimento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso, cit.*, p. 633-635, cap. XVII, n.77–82.

⁶¹ NELSON NERY JÚNIOR. op.cit. p. 39–40.

necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo

Vejamos lição de doutrina presente em obra de *Luiz Antonio Scavone Júnior*⁶²:

O estado de necessidade, ofensa de direito alheio para remover perigo iminente, nos termos do inc. II do art. 160, também exclui a ilicitude. Entretanto, subsiste o dever de indenizar, de acordo como o disposto nos arts. 1.519 e 1.520 do CC.

Assim, se o dono da coisa destruída não for o responsável pelo perigo, obstante a inexistência de licitude, poderá pleitear o prejuízo sofrido.

A doutrina entende haver incongruência legal, vez que, inexistindo ilicitude, o dono da coisa destruída não poderia pleitear indenização daquele que agiu em estado de necessidade.

Por exemplo: aquele que, causando danos, sobe em telhado de casa vizinha para apagar incêndio na sua residência será obrigado a indenizar nos termos do art. 1.519 do CC.

Nada obstante, seu ato não pode ser considerado ilícito. Se o incêndio foi causado por terceiros, poderá, em ação regressiva, pedir ressarcimento dos danos a esse terceiro, incluindo aquilo que indenizou ao vizinho (CC, art. 1.520).

Para Demogue,⁶³ nesses casos, o ressarcimento encontra supedâneo na *expropriação privada*, que faz mister à indenização do dano perpetrado, *ainda que lícito*.⁶⁴

E a jurisprudência pátria assim parece, com constância, se manifestar a respeito do tema:

“Cabe lembrar, nesse ponto, que não é a circunstância de estarem ligados os dispositivos de alarme sonoro e luminoso da viatura que caracteriza a situação de emergência. Pelo contrário, é a existência de tal situação que impõe a utilização daqueles equipamentos” (1.º TACSP – 1.º C. Esp. De julho/93 – “A” – Ap. 521.752/9 – Rel. Eliot Akel – j. 5.7.93).

“A circunstância de estar o veículo com sirene e farol ligados não autorizava a transposição do cruzamento sem o uso de cautela normal de verificar previamente se, pela outra via, não vinha que pretendesse fazer uso da preferência aparente, sinalizada pelo semáforo. A emergência permitia que o veículo da apelante desrespeitasse a sinalização, mas somente quando seu motorista estivesse certo de que

⁶² SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. “Causas e Cláusulas de Exclusão de Responsabilidade Civil” in Revista de Direito Privado nº 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 70.

⁶³ DOMEQUE, René. *Traité des obligations en general*. Paris, 1923. Vol. III, n.399.

⁶⁴ SCAVONE JÚNIOR. Op. cit. p. 70.

seu ato seria seguro” (1.º TACSP – 2.º C. – Ap. 333.206 – Rel. Mauricio Vidgal – j. 14.11.84 – ementa não oficial).

4.2. Legítima Defesa

Está estabelecido no art. 160, I, do Código Civil de 1916 e no art. 188, I, do Código Civil de 2002 sobre a legítima defesa. Apesar da redação diferenciada ambos explicitam que não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

A solução é a mesma em ambos os Códigos e citamos abaixo a transcrição do Código Civil de 2002, no tocante ao tema:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Denomina-se legítima defesa à faculdade que a lei concede ao agredido de reagir ante a agressão atual aos seus bens, a si próprio e às pessoas de sua família⁶⁵.

Para tanto, que reste configurada a legítima defesa é necessária a verificação de alguns elementos dentre os quais enumeramos:

- a. **Que o mal seja injusto e grave:** Expressão muito utilizada por alguns doutrinadores. Porém não lembramos ter presenciado mal que fosse justo. Talvez seria melhor substituir tal expressão por agressão injusta e grave. Pois daí decorreria o que alguns enumeram como outro requisito, que a agressão seja de iniciativa do ofensor. Ou seja, sendo grave, de iniciativa do ofensor ou de ambas as espécies cumulativamente, cabe a princípio a legítima defesa observados outros requisitos.

⁶⁵ SAAD, Renan Miguel. Op. cit. p. 31.

- b. Imediatidade:** Também poderia ser chamada de *reação imediata*. A legítima defesa exige para que seja configurada que a reação seja imediata no tange a resposta contra a agressão. Sendo posterior haverá dois atos ilícitos um de cada parte, e exercício de algum tipo de vingança ou justiça arbitrária pelas próprias razões.
- c. Proporcionalidade:** Fator fundamental para que seja apreciada. O revide à agressão nunca poderá ser desproporcional a mesma, nem em virtude de descontrole emocional. Deverá portanto ser proporcional. Então, não pode alguém alegar legítima defesa em razão de que tomando um tapa no rosto (contravenção de vias de fato) saca de um revólver e alveja o agressor com 6 tiros, por exemplo.

Não há de confundir-se a legítima defesa com o '*fazer justiça com as próprias mãos*' apesar de que muito se parece em termos subjetivos à subsistência mínima neste instituto de tal primitiva justiça. Talvez primitiva, porém necessária. A legítima defesa é aceita inclusive nos cânones eclesiásticos como medida de proteção à vida.

Quanto aos bens tutelados *Caio Mário da Silva Pereira*⁶⁶ assinala que dentro do conceito amplo de legítima defesa estão também os valores morais, a honra, dentre outros imateriais e subjetivos.

O *desforço imediato* (art. 502, CC de 1916 e art. 1.210 e parágrafos do Código Civil de 2002), por exemplo, é exemplo e espécie de legítima defesa já que reúne as características da mesma com uma ação que requer força.⁶⁷

4.3. Estrito Cumprimento do Dever Legal

Antes de discorrermos ainda mais sobre o tema, afirmamos que ao Estrito cumprimento de dever legal é uma causa de irresponsabilidade civil e não uma excludente propriamente.

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 296.

⁶⁷ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. p. 67.

Em analogia ao que dispõe o *Art. 188, II, do Código Civil de 2002 (antigo 160, I, CC-1916)*, e *Art. 23, III, do Código Penal*, temos a figura amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência pátria do Estricto Cumprimento do Dever Legal.

Dispõe o art. 23, III, do Código Penal Brasileiro que: “*Não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito*”. Portanto, não havendo crime, não haveria, em tese, a obrigação de indenizar.

Como dissemos, em tese, nem sempre a obrigação decorre de crime, mas como estamos falando na esfera civil, de um dano é que decorre a obrigação de indenizar. Esta é a lógica. O que faz com que tal instituto subsista dentro do campo civil com sua construção doutrinária e sua eficácia restrita ou minorada.

*Carvalho Neto*⁶⁸ a respeito do tema expõe sua posição que é a seguinte:

Deve-se notar não existir em nosso direito dever legal de matar, pelo que qualquer ação dessa natureza não configura a excludente em apreço. Esse tema tem sido freqüente aventado quando se trata de ações policiais que culminam na morte de meliantes. E não é incomum ver-se, até mesmo em noticiários da televisão, policiais atirarem em supostos “bandidos” em fuga, no intuito de prendê-los. Situações como estas, se vêm a causar morte dos perseguidos, certamente geram a responsabilidade estatal, já que o dever legal dos policiais é apenas prender os meliantes, e não matá-los. E, para cumprir aquele dever, não se pode atingir o direito à vida.

Sem dúvida o *direito à vida* é o direito fundamental, essencial e inviolável e deve ser tutelado veementemente pelo Estado. Porém parece-nos inocente e imatura a posição esposada por *Carvalho Neto*, já que nem sempre o criminoso vai se entregar tão facilmente e não seria justo deixá-lo a fuga e ter toda uma sociedade exposta a suas ações criminosas.

Isto também é de responsabilidade do Estado e o Direito deve pesar. Caso contrário, não necessitaria nem de Estado e nem de Polícia e estaríamos a pouco beirando o Caos, porque o Estado existente não pode por seus meios agir e defender o cidadão e o mesmo cidadão requerendo pleito indenizatório do Estado

⁶⁸ CARVALHO NETO. Inácio de. Op. cit. p. 81.

por ter seus direitos atingidos. Seria a falência do Estado e a ditadura do poder paralelo. Isto consoante exposto é inadmissível.

É lógico que ninguém deve, e muito menos pode matar alguém, muito menos o policial da qual se incumbe a defesa dos bens da vida. E além de tudo, o Direito à vida é inatingível e inquestionável.

Porém, por vezes, podem ocorrer situações em que a necessidade cause uma fatalidade, como aquele policial que em perseguição a um assaltante de banco que já baleou policiais e pessoas de bem que estavam junto à agência é obrigado a disparar contra este levando-lhe infelizmente a óbito.

O Estado deve indenizar ? É lógico que sim, porém devem ser observados alguns aspectos. E antes de discorrermos sobre tais condições procuramos pautar-nos na consciência jurídica e pela base do Direito em lições principiológicas como as esposadas na magistral, histórica e inquestionável lição de Ihering.

O Direito representa-se por uma balança e uma espada ? A bem lembrar a lição de *Rudolf Von Ihering*⁶⁹ que explicita:

Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.

O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

O Direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira.

Então será que o interesse egoísta de um delinqüente que não respeita nem as normas morais mínimas é maior do que o interesse de toda uma sociedade, do Estado Democrático e constituído de Direito, da ordem e da paz social ?

⁶⁹ IHERING, Rudolf Von. Op. cit. p.1.

Há de se ressaltar que entendemos tal questão de forma um tanto quanto diversa e com ressalvas, já que concluímos pela concorrência como incidente na quantificação do dano.

Qualquer pessoa que desafia a Lei e a ordem pública deve ser responsabilizada criminalmente e civilmente por isto. Portanto temos a noção de que o criminoso assume o risco, chama para si à responsabilidade quando decide por uma prática delituosa.

E se tal criminoso fugitivo da cadeia tivesse condenado a uns 10 anos, cumprindo, portanto 30 anos, consoante dispõe a Lei ? Durante estes 30 anos, o mesmo não seria diretamente produtivo à sua família. Como considerar justa a posição de quem não produz, lesa o Estado em sua obrigação tutelar, lesa as pessoas e ainda obriga o mesmo a indenizar por completo uma prestação que ele próprio não traria a sua família. Será justa esta condição ?

A bem da verdade, muitas vezes haveria até de se falar que sua expectativa de vida é de certa forma reduzida, já que entre as próprias gangues existem rixas capazes de levá-lo ao evento morte.

Assim concluímos por uma Quantificação minorada na indenização do Estado a um evento danoso ocorrido a um criminoso por diversos fatores. Primeiro, que o mesmo por livre espontânea vontade assumiu o risco, segundo por ser ele o causador de dano social direto e não o Estado, terceiro porque sua expectativa de vida é comprovadamente menor quando não ressocializado.

Portanto, consideramos que agindo em *estrito cumprimento de dever legal*, não havendo excesso algum por parte do agente público, nem desvio de função, há de analisado o caso concreto ser minorada a indenização devida pelos fatores acima, afim de não tornar crimes e criminosos em meio de vida, coibindo inclusive o enriquecimento ilícito.

E além de tudo deixar claro que: “O crime não compensa”.

Para concluir sobre o Estricto Cumprimento do dever legal deixamos aqui uma jurisprudência:

“Ainda que verídicas as assertivas no sentido de que a radiopatrulha dirigia-se a um determinado local para ajudar no cerco a bandidos que fugiam a pé, pela linha do trem, é evidente que não poderia seu motorista conduzir a viatura, em diligência oficial, em

velocidade que pudesse ser comparada àqueles outros que, a trabalho ou a passeio circulam pelas vias públicas. Tal circunstância exigia velocidade mais enérgica. Tão-só essa circunstância já afasta a alegação de velocidade incompatível. Ela era perfeitamente compatível com a realidade do que ocorria”.⁷⁰

Mas devemos lembrar mais uma vez que a Constituição Federal estabelece em seu art. 37, § 6º, que: “*as pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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*”.

Como o próprio artigo enunciado deixa claro, o Estado deverá indenizar por estes acidentes, independentemente de culpa, já que sua responsabilidade é objetiva e que tal objetivação se fundamenta na socialização dos riscos e portanto com base na teoria do risco administrativo.

Porém lembramos que em razão de ser em *estrito cumprimento de dever legal*, o Estado não terá direito à Ação Regressiva contra o seu preposto, dado a sua responsabilidade ter sido afastada por meio de tal excludente. Cabe ao Estado arcar com estes prejuízos, oriundos de sua própria atividade.

4.4. Exercício Regular de Direito

O exercício regular de um direito talvez seja a causa de irresponsabilidade civil por excelência, dada a sua natureza. É o exercício da máxima latina que expressa: “*Qui iure suo utitur nenminem laedere*”.

A tradução de tal máxima latina é: “*quem usa direito seu a ninguém causa dano*”.⁷¹

É disposto legalmente no *Art. 160, I, segunda parte*, do Código Civil de 1916 e agora no *Art. 188, I, segunda parte* do Código Civil de 2002.

⁷⁰ 1º TACSP – 5ª C. Ap. 404.130–7 – Rel. Pinheiro Franco – j. 5.1.89.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário. Op. cit. p. 296.

Porém necessário se faz que o exercício de direito seja *regular*. Esta regularidade é fundamental já que o *abuso de direito*⁷² é fator ensejador de responsabilização civil.

A propósito, *Silvio Rodrigues*⁷³ discorrendo sobre tal questão aborda que as faculdades de direito são conferidas ao homem tão somente para a satisfação de seus interesses legítimos, frisando que se há interesse legítimo não há abuso de direito. Também aclara sobre tal tema a seguinte lição histórica:

Embora em sua forma atual seja recente a concepção de abuso de direito, o espírito, que inspira a teoria, já se encontrava na velha Roma. No estudo de seu histórico, feito no 2º Capítulo de seu excelente livro sobre a matéria (Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda, São Paulo, 1932) JORGE AMERICANO mostra que a primeira impressão que se tem ao examinar textos antigos – de que os romanos desconheciam a idéia de abuso de direito, pois ‘nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur’ – é destruída por uma observação mais atenta. De fato, só a noção de abuso de direito pode conduzir à condenação de seu absolutismo, o que se encontra na palavra de CÍCERO (De Officiis, 1,10), ‘summum jus, summa injuria’, ou na fórmula ‘malitiis non est indulgendum’, a qual condena não só os atos praticados à margem do direito, como também aqueles praticados abusivamente.

Aliás, observa CORNIL que GAIO formulava uma teoria geral de abuso de direito quando, para justificar a interdição dos pródigos e a proibição dos senhores de martirizar seus escravos, proclamava que não se deve usar mal seu direito: ‘male enim nostro jure uti non debemus’. De resto, toda história do direito romano, que parte da rigidez do direito quirritário para se modificar enormemente como direito pretoriano, é uma demonstração de que a evolução vem informada pela mesma idéia de equidade que inspira a teoria do abuso de direito...

E assim, voltamos a discorrer sobre o exercício regular do Direito, apontando que, para o exercício do mesmo além da regularidade, afinal o exercício do direito, como o próprio nome sugere, deve ser regular, outros requisitos como a razoabilidade e a legitimidade.

Todo exercício de direito deve ser regular, ou seja, a pessoa deve ter o direito pré-estabelecido, líquido e certo e mais deve ser legítimo, ou seja, para o exercício deste se faz necessário à personificação visando o fim a que se destina. Além destes entra um terceiro pré-requisito, que é a razoabilidade.

⁷² Da máxima latina: “*Male enim nostro iure uti non debemus*” que traduz-se em “Não devemos desmedir no exercício de nossos direitos”.

⁷³ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p.312–313.

*Rui Stoco*⁷⁴ aponta que “o indivíduo, no exercício de seu direito, deve conter-se no âmbito da razoabilidade. Se o excede, embora o esteja exercendo, causa um mal desnecessário e injusto e equipara o seu comportamento ao ilícito”.

Assim, como no texto acima referido temos que a exorbitação do exercício regular de direito constitui ato ilícito e não mais causa de irresponsabilidade, fazendo com que surja o dever de indenizar.

Um exemplo clássico de exercício regular de Direito é aquele onde o credor executa o devedor em Processo Judicial para a obtenção de seu crédito e em desfavor do devedor. Este, o credor, está exercendo regularmente o seu direito.

Porém, mesmo credor, se tenta executar um título de dívida não vencida, mesmo que esteja necessitando de tal crédito, deverá recorrer a outros meios como um empréstimo, por exemplo, para satisfazer a sua pretensão, porém não poderá exigir dívida vencida.

Se o fizer, está abusando, exorbitando de seu direito. Atenta-se a que o mesmo têm o crédito, porém a prazo certo, determinado, pelo qual o devedor têm a seu favor este mesmo prazo convencionado pelas partes e portanto o direito de pagar somente após a dívida vencida. A cobrança de créditos vencidos é absolutamente indevida.

Vejamos exemplo de Jurisprudência sobre o exercício regular de direito:

“TJSP – Matéria: Indenização – Danos morais. Recurso: Ap 122456-1-SP, 7.º Câ., rel. Godofredo Mauro, 07.02.1990. “Indenização. Responsabilidade civil. Ato ilícito. Co-piloto demitido na Vasp por problemas psiquiátricos. Pretendida indenização por danos morais e patrimoniais. Inadmissibilidade. Hipótese em que a decisão se deu após quase um ano, aguardando a empresa a evolução de seu quadro, remunerando-o nesse período. Rescisão que constitui exercício regular de direito. Ausência, ademais, de comprovação de não ter obtido emprego no ramo por influência da ré. Pedido improcedente. Recurso não provido”.

“Responsabilidade civil do Estado – Morte de detentos em rebelião, que eles iniciaram – Invasão da Penitenciária para impedir sua completa destruição, para garantir a segurança dos demais detentos não amotinados e para apagar o incêndio que se apontava como devastador – Atuação legítima da Polícia Militar – Invasão plenamente justificável e reação à atitude agressiva dos presos – Responsabilidade civil do

⁷⁴ STOCO, Rui. Op. cit. p. 129.

Estado inexistente – Ação improcedente e recursos providos”. (TJSP – 8.^a C. – Ap. 240.511-1/7 – Rel. Raphael Salvador – j. 3.4.96).

“Responsabilidade civil – Danos morais – Presidiário morto pela Polícia durante rebelião de que participava ativamente, mantendo reféns, alguns mortos ou feridos – Art. 107 da Constituição de 1969 e art. 37, § 6.º, da Constituição de 1988 – Teoria do risco Administrativo – Prova adequada produzida pela Fazenda Pública – Ação improcedente – Recurso provido para esse fim – “No Estado Democrático de direito, o art.5.º, XLIX, da CF/88 não se outorga ao preso o direito de rebelar-se participando de rebelião armada, com reféns, como os mantidos e mortos, ou ferimentos de funcionários penitenciários” (TJSP – 1.^a C. – Ap. – Rel. Álvaro Lazzarini – j. 10.9.96 – JTJ-LEX 184/86).

Outra questão que se põe a respeito do *exercício regular de direito* é a questão das *ofendículas*.

Os *ofendículos* (ou as *ofendículas*) são dispositivos físicos, sejam eles mecânicos, elétricos, eletrônicos, tais como muros com pontas de pregos ou vidros, cercas de arame farpado ou eletrificadas, armadilhas, dentre outros da mesma natureza e função.

*Stoco*⁷⁵ ressalta que *‘quem primeiro situou o problema das offendicula no exercício regular de um direito foi Impallomeni’*. Completa dizendo que tal opinião foi seguida por *Vicenzo Mazini e Bettiol*.

Ainda o aduzido autor refere-se e cita ao penalista *Aníbal Bruno* que expressa sua posição em favor de que a *ofendícula* caracteriza exercício regular de um direito, porém dizendo que tal não é pensamento dominante. A propósito transcrevemos:

Diverge do pensamento dominante o consagrado penalista Aníbal Bruno que entende que as *offendicula* caracterizam exercício regular de direito, assim se expressando: “a essa mesma categoria de exercício de um direito pertence o ato do indivíduo que, para defender a sua propriedade, cerca-a de vários meios de proteção, as chamadas defesas predispostas ou *offendicula*, dispositivos ou instrumentos que impeçam ou embarcem o acesso do malfeitor ao bem protegido, muros com pontas de ferro ou fragmentos de vidro, grades, fossos, ou aparelhos mecânicos, como pistolas automáticas, armadilhas mais ou menos perigosas, destinados a funcionar no momento da agressão”.

Também a respeito de tal entendimento posiciona-se *Mirabete*⁷⁶ que entende que os *Ofendículos* situam-se dentro do Exercício Regular de um direito

⁷⁵ STOCO. Rui. Op. cit. p. 129.

e inclusive os classifica como visíveis e ocultos. Os visíveis seriam aqueles como arame farpado, cacos de vidros em muros, dentre outros. Os ocultos seriam aqueles tais como a eletrificação de fios, maçanetas de portas, armas prontas para disparar, dentre outros.

Mirabete ainda faz a assertiva de que: “Evidentemente, há que não se atuar com excesso (eletrificação de cerca externa, por exemplo), devendo o agente responder, neste caso, (por crime doloso ou culposo)”.

Já alguns entendem de forma diversa e parecem ecoar como maioria. São aqueles que entendem que os *ofendículos* são caracterizados na legítima defesa. A respeito de tal posição transcrevemos lição de *José Frederico Marques*⁷⁷ que assim explana:

“Parece-nos mais aceitável o ponto de vista dos que filiam o emprego de offendícula à legítima defesa. Se o aparelho ‘está disposto de modo que só funcione no momento necessário e com a proporcionalidade a que o proprietário era pessoalmente obrigado, nada impede a aplicação da legítima defesa. Se as condições desta não forem respeitadas, não se poderá invocar a legítima defesa em favor de quem haja usado o aparelho’, entrando assim o problema na aplicação dos critérios comuns de verificação dos requisitos da justificativa em apreço”.

Consideramos, porém toda a controvérsia de tal tema e resolvemos que o uso de offendícula deve servir tão somente a fim de dificultar ou afugentar possíveis causadores de dano, sejam de qualquer natureza ou invasão de propriedade. Porém para a utilização da mesma como exercício regular se faz necessária a sinalização de tal offendículo.

Assim, vejamos o exemplo de um imóvel urbano onde o proprietário após ter por diversas vezes o mesmo assaltado decide colocar por sobre o muro uma cerca de arame eletrificado. Alguns pontos devem ser observados:

O Primeiro tange na questão de exercício regular de Direito. O Direito a Propriedade existe, bem como o de sua defesa e inviolabilidade. Porém, atentemos para que existindo cerca eletrificada, preexiste à defesa ao ataque.

⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. V.1. 13ªed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1997. p. 187–188.

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 135– 136.

Portanto não há de se falar em legítima defesa se ainda não houve o ataque do intruso para qualquer fim, e sim o exercício de defesa de sua propriedade e aos que estão dentro dela.

O Segundo, para que esta defesa seja razoável, legítima e acima de tudo regular, se faz necessário que a intenção do proprietário seja defender o bem e não agredir aquele que tenta invadir seu bem.

Portanto para que o exercício de tal direito seja regular é necessário que tal cerca seja colocada de forma diligente a não facilitar a descarga elétrica em qualquer transeunte (como por exemplo, a uma altura onde uma criança qualquer poderia ser afetada) e segundo que mesma esteja dotada de significativa sinalização, como, por exemplo, placas, indicando que aquela cerca é uma ofendícula eletrificada e que pode causar até mesmo lesões graves e morte.

A legítima defesa, a nosso ver, somente se caracterizaria por dispositivos que visassem à expulsão ou represaria após uma certa invasão. Esgotados os meios, transpostos e vencidos os ofendículos, só restariam meios mais energéticos para a defesa de propriedade. Esta seria para nós a legítima defesa.

4.5. Culpa Exclusiva da Vítima

A *Culpa exclusiva da vítima* não necessita de tantas minúcias. Constatada a culpa exclusiva da vítima não há como falar em obrigação de indenizar. Não ocorre culpa da outra parte, e o que ocorre na culpa exclusiva da vítima é a inexistência do nexos causal.

Da natureza jurídica, podemos dizer que esta é uma excludente de responsabilidade civil e não uma causa de irresponsabilidade.

A Culpa exclusiva da vítima é atuante sobre o nexos de causalidade e não propriamente sobre a culpa do agente, como sugere o próprio nome.

Muita confusão se faz e respeito de que a culpa exclusiva da vítima poderia ser confundida com a culpa concorrente da vítima (da qual tratamos em tópico específico), porém na primeira inexistente obrigação de indenizar, enquanto na segunda tal indenização é minorada.

Porém em casos de Responsabilidade Estatal, que é objetiva, um exemplo seria o do interdito mental que internado em Clínica Estatal viesse a praticar suicídio. Alguns poderiam, a respeito da culpa, apontar para a culpa exclusiva da vítima, eximindo o Estado de sua obrigação indenizatória. Porém quebrado o dever de vigilância (*culpa in vigilando*) há de afirmar-se que o Estado é responsável pela morte não natural de pessoas sob a sua guarda ou custódia em estabelecimento próprio sejam eles prisionais ou terapêuticos.

A respeito descreve *Luiz Antônio Scavone Júnior*⁷⁸ que:

Segundo Caio Mário, no caso de culpa exclusiva da vítima não há qualquer indenização. No caso de culpa concorrente, mister se faz verificar a culpa de cada qual, podendo, em alguns casos. Inclusive, uma anular a outra pela compensação.⁷⁹ Segundo ele, apoiando-se em Alex Weill e François Terré,⁸⁰ importante no caso “é apurar se a atitude da vítima teve o efeito de suprimir a responsabilidade do fato pessoal do agente, afastando a sua culpabilidade”.

Interessante na concorrência de culpa é o fundamento dos Mazeud,⁸¹ na exata medida em que sustentavam a divisão igual, com base no *iudicium rusticorum*⁸² e na ausência de nexu causal. Planiol, Ripert e Esmein, deforma percuciente, entende que cabe ao arbítrio do juiz a apreciação da proporcionalidade de culpa da vítima e, portanto, a proporção da redução ou compensação da composição dos danos.

Vamos deixar aqui pequeno ementário sobre a *Culpa Exclusiva da Vítima* afim de que reste subsídios jurisprudenciais para possível elucidação sobre o tema.

“Fazenda Pública – Responsabilidade – Culpa da Vítima, excludente da responsabilidade do Poder Público – Teoria do risco administrativo, adotada pela Constituição, inconfundível com a teoria do risco integral” (RJTJSP, 37:32).

A detenção por policiais de agente que se encontrava em estado de embriaguez e promovendo desordens na via pública não gera o dever do Estado de indenizar a família pelo fato do preso se suicidar nas dependências da cadeia pública onde estava recolhido, pois inexistente a demonstração da ocorrência de relação de causa e efeito entre o ato do

⁷⁸ SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. Op. cit. p. 70.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. p. 298 *apud* SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. Op. cit. p. 70.

⁸⁰ WEILL, Alex e TERRÉ, François. *Droit civil, les obligations*, n. 635, p. 647. *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 299.

⁸¹ SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. Op. cit. p. 70. .

⁸² Denominação atribuída pelos autores antigos à decisão do Rei Salomão no conhecido caso das duas mães.

Estado e o evento danoso” (STF – 2.^a T. – RE – Rel. Francisco Rezek – j. 14.5.96 – RTJ 163/131 e RT 743/175§§

“A teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite-lhe demonstrar a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização” (RT, 434:94; RTJ, 91:377).

“Indenização – Fazenda Pública – Suspeito de participação em crime de homicídio morto em tiroteio com a polícia – Culpa exclusiva da vítima, que iniciou o tiroteio – Abuso de autoridade não configurado – Inaplicabilidade do artigo 107 da Constituição da República de 1967 – Indenizatória promovida pelos familiares do falecido julgada improcedente – Recurso não provido” (RJTJSP, 126:154).

4.6. Culpa Concorrente

Apesar de não ter sido disposta legalmente em termos, a *Culpa concorrente* é entre nós *jus receptum*, ou seja foi recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência pátria. Quanto a isto assinala a este favor o festejado Washington de Barros Monteiro⁸³.

Com efeito quando presente e apurada a culpa concorrente em casos de responsabilidade subjetiva, há de se repartir o prejuízo em metade para cada parte. Esta é a solução adotada pela jurisprudência e não poderia ser outra sabendo-se que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente indexação de culpa ou gradação de culpa.

Aquela gradação de culpa grave, leve e levíssima, ‘importada’ de outros ordenamentos somente tem efeitos ilustrativos haja vista a mesma ter sido introduzida em meio à literatura obrigacional por questões meramente elucidativas e didáticas.

*João Casilo*⁸⁴ a respeito desta questão, com muita propriedade escreveu:

Se apenas uma das partes envolvidas teve direito seu lesado, e o caso é de culpa concorrente, a indenização devida é pela metade, ou seja, 50%. Se o prejuízo foi de 100, v.g., receberá apenas 50 ...

Se, no entanto, ambas as partes envolvidas sofrem danos, duas são as orientações, em que pese uma delas sem maiores fundamentos.

⁸³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 5 – 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 414.

⁸⁴ CASILO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1944, p. 94-97).

Para alguns, se as duas partes tiveram prejuízo e o caso for de culpa concorrente, cada uma delas deverá arcar com suas despesas. Esta, evidentemente, é uma posição que não se sustenta diante da mais simples contra-argumentação. Basta imaginar-se a mais freqüente das hipóteses: nos acidentes automobilísticos envolvendo pedestres, dificilmente o veículo sofre mais que um pequeno arranhão ou amassadura na lataria, ao passo que a vítima, via de regra, recebe escoriações generalizadas, quando não é o caso de aleijão ou morte. Aceita esta primeira posição, o proprietário do veículo arcaria com seus insignificantes danos, ficando a outra parte desproporcionalmente onerada. A solução justa é no sentido de que os prejuízos de todos os envolvidos sejam somados e divididos entre eles compensando-se os valores.”

Já vimos que a Culpa Concorrente pode se dar concomitantemente com atos comissivos. A questão que se propõe é em face de Culpa Concorrente com os atos omissivos.

De fato, tanto com atos comissivos dos agentes Estado, quanto por atos omissivos sejam diretos ou indiretos, é possível a incidência da culpa concorrente, agindo e incidindo diretamente na quantificação indenizatória do dano. ´

Logicamente, a responsabilidade do Estado continua com base na teoria do risco, pois a responsabilização sendo de ordem objetiva, não há de se falar em outra, já que a Constituição Federal não acolhe.

O que acontece é que em caso de omissão, o Estado deverá provar que não concorreu para tal, evento danoso (caso de culpa exclusiva da vítima) ou provar que sua culpa era mitigada, restando configurada que houve a culpa concorrente. Deixamos aqui breve seleção de jurisprudências a fim de ilustrar a presente questão que se propôs:

“Acidente de trânsito – Colisão provocada por veículo oficial em virtude de estouro do breque – Alegação de caso fortuito – Desacolhimento – Indenizatória procedente” (JTACSP, Revista dos Tribunais, 111:222).

“Rodovia oficial – Lama extravasada de canaletas – Falha nos serviços de inspeção – Indenização pela metade. O DER responde pelo acidente automobilístico ocorrido por motivo de omissão nos serviços de inspeção de rodovia oficial – Essa responsabilidade fica atenuada por metade se o evento ocorreu durante copiosas chuvas” (TR, 517:128).

“Mesmo na ação de responsabilidade do Estado, fundado em culpa do funcionário(motorista causador de acidente automobilístico), a concorrência de culpa da vítima autorizada seja mitigado o valor da reparação” (RTJ, 55:30).

“Responsabilidade do Poder Público, que independe de prova de dolo ou culpa – Prova, entretanto, no caso que houve culpa concorrente do particular, quanto da demanda – Indenização devida apenas pela metade” (RJTJSP, 51:72).

“Fazenda pública – Responsabilidade civil – Morte de filhos menores, tragados por águas de bueiro, indevidamente destampado, durante forte temporal – Incúria da Administração caracterizada – Ininvocabilidade de culpa recíproca – Sentença confirmada” (RJTJSP, 124:139).

“Havendo culpa do comerciante que, sem as cautelas devidas, se instalou em zona sujeita a inundações, e culpa administrativa, a responsabilidade do Poder Público, pelos danos sofridos pelo particular, se reduz à metade” (RT, 455:74).

4.7. Fato de Terceiros

Em suma, é causa de exclusão de responsabilidade.

Porém, aponta *Caio Mário da Silva Pereira*, que o fato de terceiro pode tanto importar em responsabilidade como pode também ser excludente desta.

Como observa e aqui trazemos sintetizada a sua opinião, para que o fato de terceiro possa se caracterizar como excludente, necessário é que o dano seja absolutamente e exclusivamente causado por fato de pessoa estranha. Já, se a *contrariu sensu* houver do agente em questão qualquer concorrência para o acontecimento do ato, direto ou indireto, configura-se a ligação causal e portanto surge, na sua proporcionalidade o dever de indenizar.

Alguns dizem que o fato de terceiro só exclui a responsabilidade quando equiparado (em termos analógicos) ao caso fortuito.

No caso dos transportes, por exemplo, há de ser analisada tal questão com muito cuidado.

Têm-se, por exemplo, casos em que são atiradas pedras para dentro de um ônibus, não constituir tal excludente, pois o transportador deveria agir com toda a diligência, afim de que o passageiro fosse transportado incólume até o seu destino, como pressupõe o contrato de transporte.

Há também casos onde o assalto não é excludente das causas de responsabilidade. Por exemplo, em uma linha que por diversas vezes já foi assaltada deve-se precaver o transportador de todos os meios para ilidir que tal

evento se repita e portanto tal responsabilidade. Já se for ocasional e imprevisível, não há de falar-se em responsabilidade.

Citamos o transporte pois é uma das questões onde mais era alegada a excludente do Fato de Terceiro. Tanto que o *Supremo Tribunal Federal* editou a *Súmula 187* sobre o tema:

Súmula 187 – A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Deixamos aqui breve lição sobre a culpa exclusiva de terceiro:

Terceiro é qualquer outra pessoa que não a vítima ou agente direto. A participação deste terceiro para o evento danoso pode ser parcial ou total.

Exemplo típico, e que parece um padrão para sistematização, nos fornece o STJ no Resp 54.444-SP (9400291710). Decisão: por unanimidade, não conhecer do recurso, 4., T., 18.10.1994. “Direito civil. Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Culpa exclusiva de terceiro. Ausência de comportamento volitivo do condutor do veículo abalroador. Inaplicabilidade dos arts. 160, II, e 1.520 do CC. Hipótese diversa da apreciada no Resp 18.840 – RJ (DJU 28.03.1994). Denúnciação da lide. Improcedência do pedido deduzido na ação principal. Ônus da sucumbência. Preclusão. Recurso desacolhido”.

“I – Não há de atribuir-se responsabilidade civil ao condutor de veículo que atingido por outro, desgovernado, vem a colidir com coisa alheia, provocando-lhe dano, sendo tal situação diversa daquela em que o condutor do veículo, ao tentar desviar-se de abalroamento, acaba por causar prejuízo a outrem.

II – no caso em tela, o prejuízo experimentado pelo dono da coisa danificada não guarda relação de causalidade com qualquer atitude volitiva do referido condutor, cujo veículo restou envolvido no acidente com mero instrumento de ação culposa de terceiro.

III – Nos casos em que não obrigatória à denúncia da lide, ao réu-denunciante, uma vez reconhecida à improcedência do pedido deduzido na ação principal, incube arcar como pagamento da verba honorária devida à denunciada das despesas processuais relativas à lide secundária.” (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.)⁸⁵

Não sendo de tanta relevância alguns termos mais minuciosos ao nosso estudo de Responsabilidade Civil do Estado, bastando-se à abordagem geral de tal questão, passamos a outro tópico.

⁸⁵ SCAVONE JÚNIOR. Op. cit. p. 79–80.

4.8. Caso Fortuito e de Força Maior

O Caso Fortuito e a Força Maior são excludentes da Responsabilidade Civil.

E como assinala *Silvio de Salvo Venosa*⁸⁶: “*Trata-se aqui de grande tema em sede de responsabilidade contratual e extracontratual*”. O referido autor ainda ressalta que, alguns doutrinadores como *Aguiar Dias* tratam do tema Caso Fortuito e Força Maior como expressões absolutamente sinônimas, dizendo-se inútil distinguí-las, mas que segundo este não o são, porém atuam de forma muitíssimo semelhante no campo da responsabilidade Civil.

Estas excludentes encontravam-se no Código Civil de 1916 em seu art. 1058 que assim explicitava:

“Art. 1058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957”

Já no Código Civil de 2002, tal disposição encontra-se estampada no Art. 393 que exclama:

“Art. 393. 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”

A propósito, o caso fortuito é explicado por duas correntes. Uma primeira de natureza objetiva e uma segunda de natureza subjetiva. E assim divergências não faltaram levando em consideração que uns declaravam a natureza objetiva do instituto, tais como: Clóvis Bevilacqua, Lacerda de Almeida, Tito Fulgêncio, enquanto outros como Espínola e Vampré, filiavam-se à teorias subjetivistas.

⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie e responsabilidade civil*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2001. p.521.

De certo com a evolução do Direito e conseqüentemente da doutrina notaram-se a presença de dois pólos ou elementos dentro da mesma excludente: Um subjetivo que seria a ausência de culpa e outro objetivo que seria a inevitabilidade do evento, pacificando-se desta maneira.

A Força Maior também é chamada de *Act of God*.

Assim tivemos a sua evolução o desenvolvimento doutrinário de características para a configuração do mesmo. Dentre as quais podemos citar:

- a. **Acontecimento Natural:** Equivale a dizer que o mesmo ocorra sem o emprego de ação humana.
- b. **Irresistibilidade:** O evento deve ser irresistível. Isto equivale a dizer que não poderia ser minorado ou evitado com todas as forças, meios e recursos conhecidos pelo homem.
- c. **Previsibilidade:** A Previsibilidade cuida de que seria previsível ou não tal evento. Se previsível e evitável não há de se falar em caso fortuito. Porém esta poderia não ser requisito, segundo alguns autores, já que muitas vezes o evento ainda que previsível, dispara com força inesperada, revista de ser indomável e irresistível.
- d. **Inevitabilidade:** O evento deveria ser inevitável, ou seja, o homem com os seus meios, recursos e forças a sua disposição não poderia ter evitado tal acontecimento. Sendo evitável ocorre a responsabilidade.
- e. **Ausência de culpa:** Que não haja culpa. Se tal evento é decorrente de causa estranha à vontade do devedor não há de se falar em culpa.

Luiz Antonio Scavone Júnior⁸⁷ descreve que:

Nos termos do parágrafo único art. 1.058, o caso fortuito e o motivo de força maior são os *eventos necessários, inevitáveis e irresistíveis a qualquer esforço*.

Os requisitos do caso fortuito e do motivo de força maior são os seguintes:

Fato necessário, inevitável e irresistível a qualquer esforço

Ausência de culpa: se culpa existir não há de falar-se em caso fortuito ou motivo de força maior

(...)

*Colin et Capitant*⁸⁸ distinguem o caso fortuito e o motivo de força maior com fundamento na doutrina alemã. Com efeito, o caso fortuito

⁸⁷ SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antonio. Op. cit. p. 70.

seria a impossibilidade relativa (impossível para o agente) e o *motivo de força maior seria a impossibilidade absoluta* (impossível para quem quer que seja).

Por outro lado o *caso fortuito* (fortuito interno) pode ser considerado o fato ou o ato ligado à pessoa do devedor ou sua empresa, como, por exemplo, doença, greve etc..

O *motivo de força maior* (fortuito externo – *act of God*), por seu turno é empregado para designar os atos externos. De um lado os decorrentes de determinações legais, como, por exemplo, a proibição, posterior, de exportação gêneros que a época da constituição da obrigação era permitida, e, de outro lado, os fenômenos naturais, como as enchentes, o incêndio etc., além dos fatos políticos, como as guerras, as revoluções etc.

*Paul Duez e Guy Debeyre*⁸⁹, como a maior parte dos autores concordam que em termos práticos a diferenciação de caso fortuito e de força maior não tem grande relevância, a não ser no que tange a Responsabilidade Civil do Estado da qual com a maestria sempre presente explanam:

A distinção entre o caso fortuito e a força maior não tem quase interesse prático em um sistema de responsabilidade fundada na culpa, porque nem o caso fortuito, nem a força maior podem logicamente acarretar a responsabilidade do autor aparente do dano (...)

Eles vão ser diferentes em um sistema de responsabilidades por risco: a distinção do caso fortuito e da força maior aparece com todo o seu interesse prático, porque se o caso for de força maior continua a ser um caso de exoneração da responsabilidade, o mesmo não ocorre com o caso fortuito.

Porém lembramos e fazemos questão de transcrever que a melhor definição sobre caso fortuito e de força maior foi a elaborada em obra de *Nelson Nery Júnior*. Vejamos:

Força maior é o acontecimento invencível provocados por acidentes da natureza: enchentes, vendavais, furacões. O caso fortuito é imprevisível, mas por ação ou omissão do homem, que ocorre mesmo havendo sido tomadas todas as cautelas para evitar-se o fato. É exemplo de caso fortuito a explosão de usina nuclear por ação do tempo (reação química, superaquecimento, etc).

Do ponto de vista técnico essas denominadas causas de exclusão da responsabilidade civil são acontecimentos que excluem, na

⁸⁸ COLLIN ET CAPITANT. *Cours élémentaire de droit civil français*, vol. VI, n.72. apud. Agostinho Alvim, op.cit.,p.330.

⁸⁹ DUEZ, Paul, DEBEYRE, Guy. *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 433.

verdade, o *nexo de causalidade* entre conduta e dano.⁹⁰ Se a culpa pelo acidente foi exclusiva da vítima foi porque a conduta da administração, comissiva ou omissiva, não deu causa ao dano, se verificou pelo só acontecimento invencível da natureza (força maior), é porque não há relação entre a conduta da administração e o mesmo dano.

Deixamos aqui registradas algumas jurisprudências. Vejamos:

“Acidente de trânsito – Colisão provocada por viatura policial em cruzamento dotado de semáforo – Indenização contra a Fazenda do Estado procedente – Art. 107 da CF “ (JTACSP, Revista dos Tribunais, 111:222).

“TJSP – Matéria: Indenização – Danos morais. Recurso: Ap 122456-1-SP, 7.º Câ., rel. Godofredo Mauro, 07.02.1990. “Indenização. Responsabilidade civil. Ato ilícito. Co-piloto demitido na Vasp por problemas psiquiátricos. Pretendida indenização por danos morais e patrimoniais. Inadmissibilidade. Hipótese em que a decisão se deu após quase um ano, aguardando a empresa a evolução de seu quadro, remunerando-o nesse período. Rescisão que constitui exercício regular de direito. Ausência, ademais, de comprovação de não ter obtido emprego no ramo por influência da ré. Pedido improcedente. Recurso não provido”.

“Responsabilidade civil – Indenização – Sistema de escoamento de águas pluviais existente e com regular manutenção – Ocorrência de excepcional vol. de chuva, em poucos minutos, acarretando inundação no local – Fato da natureza, pretendida – Doutrina e jurisprudência nesse sentido – Provimento do reexame necessário e do apelo da Prefeitura, prejudicando o recurso dos autores (TJSP – 2º de Dir. Público – Ap. 42.723-5/2-00 – Rel. Corrêa Vianna).

“Ação indenizatória. Vítima, terceira em relação ao tiroteio, atingida por projétil. Inexistência de caso fortuito e de prova de culpa desta. Responsabilidade do Estado reconhecida” (TJSP, 1º Câ., Ap. 127.771-SP, Rel. Des. Roque Komatsu, j. 11-9-1990, Boletim da AASP de 2 a 8-1-1991, n. 1.671, p.2).

“Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade Civil – Enchente – Danos causados a imóvel invadido pela água – Estado de calamidade pública declarado em razão das chuvas no município – Imóvel construído nas proximidades de córrego – caso fortuito a excluir a responsabilidade da Prefeitura – Ação improcedente – Sentença confirmada (TJSP – 1º C. de Dir. Público – Ap. 77.708-5 – Rel. Lourenço Abbá Filho – j. 23.05.2000).

“Danos resultantes de enchentes ocasionadas por forte chuva – Ocorrência de força maior, a qual, conjugada com as circunstâncias fáticas emergentes da prova, afastam a responsabilidade do Município” (STF, RTJ, 78:243).

⁹⁰ Correto, no particular, o entendimento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso, cit.*, p. 633-635, cap. XVII, n.77-82. *apud.* NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.* p. 39-40.

“Fazenda Pública – Responsabilidade civil – Danos resultantes de enchentes ocasionadas por forte chuva – Providências tomadas pela Municipalidade no sentido de evitar a enchente – Contribuição do autor à enchente – Contribuição do autor, para a perda, deixando de armazenar suas mercadorias em altura suficiente para protegê-las – Ação improcedente” (RJTJSP, 89:202).

“Indenização – Fazenda Pública – responsabilidade civil – Enchente – dano causado a imóvel invadido pela água – Estado de calamidade pública declarado em razão do das chuvas no município – Caso fortuito a excluir a responsabilidade da prefeitura – Ação improcedente – Sentença confirmada (TJSP – 1º C. de Dir. Público – Ap. 60.012-5 – Rel Scarance Fernandes – j. 23.05.2000).

4.9. Erro Escusável

Apontado como causa de exclusão, ou minoração de responsabilidade, aparece sem maiores fundamentações no texto da obra de *Rui Stoco*⁹¹ que transcreve um Acórdão para a ilustração de “tal excludente”. Vejamos:

“Responsabilidade Civil – Menor internada em hospital – Apendicite – Morte de paciente – Negligência e imperícia atribuídas aos facultativos – Assistente Técnico dos autores roborando, ademais, a culpabilidade dos réus – Afastamento, entretanto, da hipótese, por erro escusável do diagnóstico inicial – Sintomatologia vaga e imprecisa – Escusabilidade que não induz culpabilidade – Indenização, assim, indevida – Embargos infringentes para este fim recebidos – “Quando escusável, o erro do diagnóstico não induz a responsabilidade do médico. Assim sempre se entendeu, não só porque a Medicina está longe de ser infalível como, também, porque o médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica”. TJSP – 5.ª C. – Einfrs. – Rel. Nogueira Garcez – j. 6.8.81 – RT 569/93).⁹²

A solução, que, porém nos parece mais palpável é a mesma apontada por *Carvalho Neto*⁹³ que ressalta que a enquadraria como exercício regular de um direito.

4.10. Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar, também denominada por alguns menos avisados como cláusula de irresponsabilidade, por sinal, de maneira errônea, consiste em cláusula contratual estipulada que não haveria de indenizar-se danos

⁹¹ STOCO, Rui. Op. cit. p. 126.

⁹² Observações: Tal acórdão foi embargado na RT 540/82.

⁹³ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 91.

em virtude de inexecução ou defeito na execução de algo que venha a causar prejuízo.

Van Ryn citado em *Carvalho Neto*⁹⁴ aclara que “a cláusula de não indenizar no direito brasileiro contém na essência uma renúncia, e por isso mesmo merece interpretação restrita”.

Veja-se que a mesma não tem vigência reconhecida em vários casos. Poderíamos citar aqui que a mesma encontra-se vedada em relação ao consumidor, já que tal prática é de certo abominada pelo nosso Código de defesa do Consumidor.

Também, aqui poderíamos ilustrar sua restrição no tangente ao contrato de transportes em que prescreve a *Súmula 161* do *Supremo Tribunal Federal* que: “*Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar*”.

Vejamos os Acórdãos abaixo:

“Indenização. Responsabilidade civil. Ato ilícito. Furto de acessório de veículo deixado em estacionamento. Ineficácia de cláusula de não indenizar no verso do bilhete, contraditória com o serviço oferecido. Ação procedente. Verba devida. Recurso provido para esse fim” (TJSP – ApCiv 123.830-1-SP, rel. José Osório, 27.06.1990).

A cláusula de não indenizar veículos furtados, constantes dos cartões de estacionamento rotativo de “área azul”, é ineficaz, e, por conseguinte, nula de pleno direito, conforme disposto no art. 51, I, da Lei 8.078/90” (TJMG – 3.^a C. – Ap. 254.187.7 – Rel. Dorival Guimarães Pereira – j. 15.04.1998 – RT 759/383).

Em sede Responsabilidade Civil do Estado, ainda mais extracontratual, o que trata a presente obra, não tem relevância o papel da Cláusula de não indenizar, sendo inserida no bojo deste apenas de forma a instruir com informações que possam esclarecer melhor sobre as causas de mitigação ou exclusão da responsabilidade civil de forma genérica.

4.11. Renúncia da Vítima

⁹⁴ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 88.

A Renúncia da vítima parece-nos não consistir propriamente em excludente de responsabilidade, mas como assinala *Rui Stoco*⁹⁵, que citando Caio Mário da Silva Pereira, partilhamos da idéia de que a renúncia constitui-se em '*modalidade particularizada de extinção subjetiva de um direito*'.

Porém, os seus efeitos imediatos, assemelham-se aos de uma verdadeira excludente. Mas em partes. Vale a pena lembrarmos que esta renúncia é condicionada à temporalidade e liberalidade, uma vez que pode a vítima ou seu representante legal, tempestivamente invocar o seu direito.

Stoco, a respeito cita *Sandro Briz* que alinha seus traços essenciais em sendo: ato unilateral, abdicativo, abstrato e irrevogável.⁹⁶

Porém, note-se bem que esta irrevogabilidade anotada pelo referido autor é absolutamente relativa. Fato é que não exercido o direito tacitamente por certo tempo, em princípio pode-se alegar que a vítima havia abdicado, porém se esta quiser, como antes dito, exercitar tempestivamente o seu direito, ela poderá.

Agora, uma vez externada tal vontade, manifestada, estamos diante de um caso controverso, que não nos cabe aqui exaurir.

Vejamos jurisprudência sobre tal renúncia:

Responsabilidade civil – Atropelamento fatal – Indenização – Renúncia – Validade – Processo extinto – Recurso improvido – “A prestação de alimentos decorrente de ato ilícito não se confunde com a obrigação alimentar oriunda de direito familiar, ensejando, assim sua renúncia por parte do beneficiário”. (TJSC – 1ª C. – Ap. – Rel. Rid Silva – j. 12.10.78 – RT 530/231).⁹⁷

⁹⁵ STOCO, Rui. Op. cit. p. 146.

⁹⁶ STOCO, Rui. Op. cit. p.146.

⁹⁷ STOCO, Rui. Op. cit. p.146.

5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL ESTATAL

Em linhas gerais, poderíamos citar como precedentes históricos da responsabilidade civil, épocas extremamente remotas, tais como a própria era primitiva, passando por punições como as previstas no Código de Manú, tais como o corte de dedos de ladrões, a Lei de Talião, o Pentateuco, entre outros.

Se formos analisar as origens históricas da Responsabilidade Civil, como hoje a conhecemos, teremos de avaliar profundamente as origens históricas da mesma e a origem da expressão.

Nos primórdios da humanidade, não havia parâmetros para responder a um agravo, sendo este sempre feito de forma arbitrária e irracional. Era uma mera idéia de vingança inerente talvez ao “*psiquê*” das mais profundas e estúpidas sensações do animal denominado homo sapiens: o sentimento de vingança.

Sobre esse sentimento de vingança era o mesmo que dizermos que “*a justiça era feita com as próprias mãos*”, fazendo com que fosse prestado o mal pelo mal.

Alguns autores colocavam que isto gerava uma séria insegurança social, porém tal termo, em questões históricas não se faz correto já que inexistia, àquele tempo uma denominada organização que pudesse de pronto se chamar sociedade, já que esta é atrelada à idéia mínima de civilidade.

Surge então a primeira idéia de regular tais questões, fazendo com que a visão de vingança fosse então socialmente suprimida e entrasse agora a noção (ainda meio confusa) de responsabilidade.

Era a chamada Lei de Talião que rezava: “Olho por olho, dente por dente”, inclusive proclamada em trecho de Livro Sagrado: o Pentateuco, hoje integrante inclusive das Escrituras Bíblicas, como um dos 5 primeiros livros do Antigo Testamento.

A respeito deste podemos descrever e transcrever a fim de ilustrarmos melhor a evolução histórica da Responsabilidade Civil:

Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Porém, se não lhe armou ciladas, mas Deus lhe permitiu caísse em suas mãos, então, te designarei um lugar para onde ele fugirá. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o à traição, tirando-o até mesmo do meu altar, para que morra. Quem ferir seu pai ou sua mãe será morto. O que raptar alguém e o vender, ou for achado na sua mão, será morto. Quem amaldiçoar seu pai ou sua mãe será morto. Se dois brigarem, ferindo um ao outro com pedra ou com o punho, e o ferido não morrer, mas cair de cama; se ele tornar a levantar-se e andar fora, apoiado ao seu bordão, então, será absolvido aquele que o feriu; somente lhe pagará o tempo que perdeu e o fará curar-se totalmente. Se alguém ferir com bordão o seu escravo ou a sua escrava, e o ferido morrer debaixo da sua mão, será punido; porém, se ele sobreviver por um ou dois dias, não será punido, porque é dinheiro seu. Se homens brigarem, e ferirem mulher grávida, e forem causa de que aborte, porém sem maior dano, aquele que feriu será obrigado a indenizar segundo o que lhe exigir o marido da mulher; e pagará como os juizes lhe determinarem. Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe... (Êxodo 21:1-25 – Versão Revista e Atualizada) – GRIFO NOSSO.⁹⁸

E ainda, neste sentido poderíamos transcrever:

Não cometeréis injustiça no juízo, nem na vara, nem no peso, nem na medida. Balanças justas, pesos justos, efa justo e justo himtereis. Eu sou o SENHOR, vosso Deus, que vos tirei da terra do Egito. Guardareis todos os meus estatutos e todos os meus juízos e os cumprireis. Eu sou o Senhor. (Levítico 19:35-37) – GRIFO NOSSO.⁹⁹

Mas em assertiva de analisar-se em parâmetros sociais, ainda se fazia insuficiente ao homem, pois ainda tinha um certo caráter implícito de responsabilidade penal.

Então numa fase posterior, o Estado começa a chamar para si a responsabilidade da prestação jurisdicional, e proibiu que se fizesse *“justiça com as próprias mãos”* delegando a ele o encargo de fazer cumprir a justiça,

⁹⁸ A BÍBLIA SAGRADA – Rev. E atual. Traduzida por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedades Bíblicas do Brasil, 1993.

⁹⁹ A BÍBLIA SAGRADA – Rev. E atual. Traduzida por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedades Bíblicas do Brasil, 1993.

estabelecendo uma certa obrigatoriedade de composição mediante uma prestação pecuniária.

Então temos no *Direito Romano* o primeiro a distinguir a responsabilidade penal, de caráter social, da responsabilidade civil de caráter privado, apesar de atualmente retomarem-se as discussões de que existe na responsabilidade civil moderna, em especial no que tange a responsabilidade civil do Estado, uma tendência de aplicação da socialização, o que torna a mesma em uma responsabilidade civil de caráter social e neste caso público.

Porém, ao longo do tempo, a *Lei de Talião* veio sendo, em seus princípios mais básicos, utilizada como de fundamental papel na liquidação do dano. Isto porque esta proclamava uma séria noção de justiça, ao exclamar a proporcionalidade entre o dano e a correspondente indenização, ou consoante já dito compensação.

Então surgiu a noção de que a responsabilidade de reparar o dano era patrimonial e não mais com o sacrifício pessoal ou familiar.

Era então a “*Lex Aquillia in damnum*”, proposta por um tribuno do povo chamado Lúcio Aquílio, em 572 após a fundação de Roma, que faz surgir à noção de culpa do infrator para que este dano possa ser reparado.

Assim sendo a chamada *Lei Aquília*, como hoje a conhecemos, tinha dois distintos, porém agregados objetivos que eram: assegurar a punição à pessoa que causasse dano a outrem, obrigando-a ao ressarcimento proporcional do dano e reparar o mal causado.

O *Código Napoleônico* foi o primeiro a fazer a distinção entre a Culpa Contratual e a Culpa extracontratual e disseminar a idéia de que a responsabilidade civil se funda na culpa. Essa noção de responsabilidade civil teve grande evolução no período da Revolução Industrial por que com o advento da mesma, multiplicaram-se os danos e a necessidade de novas leis e teorias a fim de proteger às vítimas de um evento danoso.

É a responsabilidade civil subjetiva que temos hoje em nosso ordenamento jurídico mediante o Código Civil Brasileiro de 1916, que se funda em elementos tais como:

- a. **Conduta** (omissiva ou comissiva);
- b. **Culpa** (Grave, leve ou levíssima);
- c. **Nexo causal** (liame subjetivo entre a conduta e o dano), e::
- d. **Dano** (Diminuição Patrimonial ou Psíquica experimentada pela vítima).

Estes elementos podem ser brevemente explicados da seguinte maneira:

Modernamente, sabemos que o Direito das Obrigações é uma das mais exploradas matérias da área do Direito em geral. Isto porque este estuda as relações intersociais como um todo, desde as contratuais até mesmo às extracontratuais, e conseqüentemente desde as atividades obrigacionais lícitas como às ilícitas. E neste âmbito, a Responsabilidade Civil insere-se como fundamental a regular as relações intersociais nos mais variados níveis e formas, já que vêm a ser instrumento de Justiça de direito em meio onde as transformações são constantes e não raramente surgem conflitos oriundos de tais transformações ou inconformismos.

Em 1926, em obra clássica, *Paul Duez* atenta para a necessidade de abordagem do estudo da rápida evolução da Responsabilidade Civil do Estado e assim acentuava que, “*nulle matière du droit français na été remuée par une évolutiaon aussi rapide et aussi caractéristique que celle de la responsabilité de la puissance publique*”.¹⁰⁰

Temos em tópicos revelada o estudo da Responsabilidade obrigacional do Estado haja visto que temos que dividi-la para melhor compreendê-la, ainda mais em fases distintas que se fossemos reparti-la ainda mais, conseguiríamos a obtenção de subfases dentro de cada fase distinta. Enfim, complexo é o tema, rápida foi à evolução.

Valemo-nos aqui do esquema semelhante ao proposto por *Duez*, no início da década, quanto as fases da evolução da responsabilidade civil do Estado e

¹⁰⁰ CAHALI, Yussef Said. op. cit. p. 17.

completamos com a nova tendência. Para tanto, não temos a pretensão de ser brilhante, mas de traduzir o brilhantismo de *Cahali*¹⁰¹ que explanou assim:

Revela-se, porém, mais preciso o esquema proposto por Duez:

a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm a sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário;

b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários;

c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da faute e do risco administrativo.

Porém com toda evolução que se possa estudar sobre teorias de responsabilização civil, uma coisa se faz mister de afirmarmos e deixarmos aqui pacífico e cristalizada, que em todas as fases, em aplicação a todas as teorizações da responsabilização civil, o alicerce jurídico, fundamento da responsabilidade civil é oriundo da máxima romana que diz: *neminem laedere* (que se traduz em: não lesar ninguém).

Deixa-se aqui registrado que para nós, não nos vale o estudo aprofundado no Direito Comparado, a não ser no que tange ao surgimento das teorias, tendo em vista sua reduzida importância, dada as peculiaridades de nossa história e de nosso direito.

Desta feita, passamos ao estudo das distintas fases evolutivas da responsabilidade civil do Estado.

5.1. Teoria da Irresponsabilidade do Estado

¹⁰¹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. P. 17.

Em uma primeira fase, podemos afirmar que o Estado não respondia pelos danos que houvesse causado. Isto porque, no direito vigente à época, havia uma noção de que o Estado era Soberano e intangível nas suas decisões, acreditando-se, portanto, que os atos praticados pelos agentes estatais no uso de suas atribuições legais, não poderiam ser atos que causassem dano, pois estes agiam por via da autoridade que os era delegados.

Esta teoria da Irresponsabilidade estatal era prevalecte no período de existência de Estados absolutos ou mesmo despóticos. Nesta fase, admitia-se afirmar que os atos lesivos eram diretamente relacionados com a vontade do agente.

Aplicavam-se as máximas: *Le Roi ne peut mal faire*¹⁰² e *The king can do no wrong*¹⁰³. Traduz-se portanto que o Rei, como autoridade, muitas vezes legitimado como representante soberano de Deus na terra, não poderia fazer mal, e portanto, como absoluto soberano não poderia ser responsabilizado por seus atos, bem como de seus funcionários.

Talvez, nos dias atuais ressoa um tanto quanto estranho esta noção de irresponsabilidade absoluta do Estado, mas foi à teoria aplicada durante séculos em diversos países.

Consoante lembra o *Prof. Yussef Said Cahali*¹⁰⁴, “resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do Direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o Direito, jamais praticaria injustiças”.

Cabe salientar e deixar fixado que os cidadãos não ficavam a mercê de abusos e arbitrariedades, desvalidos de qualquer proteção, porque atuando os agentes públicos de forma culposa ou dolosa, recaiam sobre a pessoa destes, os agentes, a responsabilidade de seus atos.

Assim concomitantemente à aplicação do princípio da irresponsabilidade civil do Estado, vigorava a idéia de que os agentes quando violassem direito

¹⁰² Aquilo que agrada ao príncipe não pode fazer mal (não tem força de lei).

¹⁰³ O Rei não pode fazer mal.

¹⁰⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 1ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1982.

seriam responsabilizados por agir em nome próprio, mesmo agindo na qualidade de prepostos do Estado, isto porque o Estado seria soberano bem como as suas decisões e o erro ensejador de indenização sempre seria de um indivíduo e nunca do Estado.¹⁰⁵

Porém, tal diretiva foi amplamente negada pela maior parte dos juristas, pois iniciou-se uma contrária manifestação doutrinária, tendo em vista a sua nua injustiça. Em um Estado, essencialmente de direito, esse torna-se o principal interessado na tutela do mesmo, e, portanto, deve o Estado zelar pela ordem, visto que dele emana o Direito, deve defendê-lo. Portanto, a tendência era de que o mesmo deveria ser responsabilizado civilmente por seus atos.

A propósito o texto da nossa carta Constitucional de 1824 trazia exegeticamente ao alusivo artigo 179, XXIX a afirmativa de que tínhamos um regime onde vigia a irresponsabilidade absoluta do Estado. Podemos ver, por tanto que:

Os empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.

E, a bem da verdade, esse dispositivo legal, foi de certo praticamente reeditado no Art. 82 da Constituição de Federal de 1891, que dizia:

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

Tínhamos também o Art. 99 da Constituição Federal de 1824 que explicitava:

¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.2, p. 479.

“Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito à responsabilidade alguma.”

A propósito *Inácio de Carvalho Neto*¹⁰⁶, citando *Maria Silvia Zanella Di Pietro*, diz que a autora afirma que as constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticado no exercício de suas funções.

A mais antiga destas concepções teóricas é a de total irresponsabilidade da Administração pública, que é contemporânea do absolutismo e dos regimes despóticos, e prevaleceu ainda durante quase todo o século XIX. Neste período, devido à máxima da infalibilidade real ("o rei nunca erra") e da identidade do monarca com o Poder/Estado ("O Estado sou eu"), negou-se vigência à Responsabilidade Civil da Administração.¹⁰⁷

Conforme grande lição histórica e doutrinária a respeito da teorização da irresponsabilidade absoluta do Estado, temos a nobre lição de *Amaro Cavalcanti*¹⁰⁸ que assim nos elucida:

Partindo da segunda metade do século passado, um dos primeiros escritores, que procurou sustentar com argumentos diversos a teoria da irresponsabilidade geral do Estado, foi RICHELMANN, afirmando, segundo o seu ponto de vista particular, as seguintes proposições:

1) Quando o Estado exige a obediência de seus súditos, não o faz par fins próprios, mas justamente para o bem dos mesmos; logo de semelhante ato lhe pode vir responsabilidade ulterior.

2) Não é justificável a ficção de que os funcionários administrativos sejam órgãos imediatos do Estado (Staatsgewalt) e que, em conseqüência, os atos dos mesmos devam ser tidos, como atos do Estado. Este só é representado pelo chefe do governo (den Regenten). Os funcionários são meros servidores do Estado (Diener des Staats), e, por isso os seus atos só são de considerar atos do Estado, quando o Estado os tiver ordenado ou reconhecido como tais.

3) As relações jurídicas do mandato não podem ser, por analogia, aplicáveis aos servidores do Estado, como se tem pretendido.

4) Também não procede a opinião de que o Estado deve responder pela culpa na escolha do funcionário, porque, não existindo nenhum dever jurídico do Estado quanto à nomeação de funcionários capazes, falece a razão de responsabilidade do Estado, dada

¹⁰⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 102.

¹⁰⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2a ed. ampl. rev. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17

¹⁰⁸ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957, Tomo 1, páginas 148 e seguintes.

porventura hipótese de ter havido menos cuidado a esse respeito. A escolha ou nomeação pertence, geralmente, ao funcionário supremo do Estado, isto é ao Chefe de Governo; e pois se culpa houver na nomeação por ela deve responder o nomeante, e não o Estado, a quem não pode caber responsabilidade pela negligência ou infração do dever por parte do funcionário.

– Referindo-se ao caso particular da perda de depósitos confiados à autoridade judiciária, RICHELMANN era igualmente de parecer que ao Estado não incumbia a obrigação de indenizá-los; já porque o depósito judicial, obrigatório, não era matéria de direito privado; já porque, não havendo declaração expressa de garantia assumida pelo Estado, não se podia lançar a sua conta nenhuma obrigação jurídica. Entendia, porém, que, na questão de responsabilidade, não era lícito distinguir entre os funcionários da Administração e os da Justiça, visto como ambos agem, como órgãos do Estado, o qual, aliás, tão pouco podia impedir os danos de uns, como os de outros.

Finalmente, RICHELMANN, resumindo o seu pensamento na matéria, dizia: que Estado, sendo simples pessoa moral, não podia jamais estar em culpa, e conseqüentemente, não lhe podia caber a obrigação de indenizar os danos dos seus funcionários em caso algum.

Muitos eram as inclinações a desresponsabilização do Estado. Porém, dentre os argumentos daqueles que defendiam a irresponsabilidade total do Estado, poderíamos a priori citar como principais: a afirmativa de que o Estado não teria atos como sendo propriamente seus, pois o mesmo seria um ente abstrato, consoante assevera *Amaro Cavalcanti*¹⁰⁹, sendo para tanto uma pessoa fictícia, uma criação abstrata e impessoal, sendo portanto impossível, segundo estes de serem responsabilizados. Aqueles que deveriam ser responsabilizados para tanto, seriam as pessoas físicas até mesmo pelo fato das mesmas serem dotadas de personalidade, personalidade, raciocínio e *animus* próprio.

Porém a crítica que se faz a essa afirmativa é que não é correto de afirmar-se que o Estado é uma pessoa fictícia, pois tal afirmativa descaracterizaria até a própria noção da existência de Estado e esse argumento sim, abalaria a questão da soberania em termos jurídicos, pois lançaria-se o questionamento de como poderia ser soberano um ser abstrato, fictício, ou seja, pela razoabilidade jurídica em lógica aplicada, lançaríamos mão da pergunta: Como ser o não ser ?

O fato de estar representado por pessoas diversas de sua personalidade não significam que este não responda, mas sim que os atos praticados por seus prepostos são diretamente ligados a sua identidade, são atos de seu interesse e

¹⁰⁹ CAVALCANTI, Amaro. Op. cit. p.152.

portanto, cai por terra a afirmativa de que o Estado não poderia ser responsabilizado porque seria pessoa fictícia.

Uma segunda tese defendida por aqueles que defendiam a irresponsabilidade total do Estado, sendo este incapaz de culpa, por ser uma pessoa moral.

Nessa óptica temos magistral lição monográfica de *Amaro Cavalcanti*¹¹⁰ que não poderia deixar de ser transcrita pelo seu incomensurável valor histórico-jurídico:

O ESTADO É INCAPAZ DE CULPA. O argumento tirado da falta de culpa, também não tem procedência. Antes de tudo, não é de todos o ponto verdadeiro dizer que o Estado, como qualquer outra pessoa jurídica, não é susceptível de ter culpa. Há a culpa ou responsabilidade penal de um ato, e a culpa ou responsabilidade civil do mesmo. Se a primeira, com efeito, não pode caber ao Estado, segundo a sua natureza específica, - nada repugna, entretanto, e antes a boa razão exige, que ele seja considerado como sujeito ativo da segunda. Por isto ele age sempre por meio de seus órgãos ou representantes (os funcionários em geral) é de razão, e de irrecusável justiça que os atos destes sejam tidos como atos do Estado; e, conseqüentemente, quando neles se der culpa, esta lhe deve caber com sujeito que efetivamente é dos direitos e obrigações que se contém ou resultam dos respectivos atos. A objeção de que o Estado como pessoa jurídica não tem vontade ou ação própria, não pode ser aceita porque ela provaria demais. Se tirais ao Estado a capacidade de querer e de fazer executar os atos da própria vontade, que lhe deixais como essenciais aos fins de sua instituição ? E como é que poderiam legitimar ou considerar atos do Estado às convenções ou obrigações contratuais e as medidas de governo, se o ente do qual emanam carece absolutamente de vontade ? Por outro lado, como admitir que o Estado tenha uma vontade própria, para praticar atos lícitos ou legais, e no entanto, seja incapaz dela praticar atos ilegais ou ilícitos, quando uns e outros, ele os pratica "sempre por meio de funcionários, seus representantes ? ! ..."

Não é possível, por uma razão de ordem metafísica, se chegue ao conceito de que o Estado é incapaz de toda culpa, mesmo a cível; mas na esfera real da ordem jurídica, que um todo de relações sociais positivas, desde que aparece aí como sujeito certo, distinto, de direitos e obrigações, já não poderá escapar às conseqüências que como tal lhe incumbem. Assim como o Estado tem e exerce o poder, direitos privilégios e vantagens, mediante a atividade de seus funcionários, assim também deve responder pela culpa e mais atos prejudiciais destes, dentro de certas normas e limites, a menos que os seus efeitos ou conseqüências repugnem com os próprios fins do Estado. (...)

Depois, em se tratando da responsabilidade civil, não é correto supor que esta só se pode dar como resultante da culpa no agente do dano. Por muito rejeitável que seja a opinião de IHERING, o qual, com apoio nos textos do direito romano, não duvidaria doutrinar – kein Uebel ohne Schuld, o fato é que semelhante princípio não poderia prevalecer,

¹¹⁰ CAVALCANTI, Amaro. Op. cit. pp. 274 e segs.

como regra da matéria, sem o sacrifício flagrante da justiça em muitos casos. Sustentamos muito ao contrário, que a satisfação civil do dano se pode dar, mesmo quando se dê ausência completa da culpa.

A responsabilidade do dano pressupõe: um agente, um ato lesivo, imputável ao agente, direta ou reflexivamente, e um sujeito passivo do ato. Se o sujeito ativo do ato, praticando-o, se apartou da razão, ou do dever que lhe incumbia, - concorre no ato a figura jurídica da culpa ou dolo segundo as circunstâncias do caso; e aí se tem, não só a culpa subjetiva caracterizada, como, juntamente com ela, uma responsabilidade da mesma natureza. Mas, como se disse, essa responsabilidade subjetiva, nem sempre depende da presença da culpa para que possa existir; não de certo: - ela pode resultar, como aliás se verifica freqüentemente, de atos escoimados de toda a culpa, tal por exemplo, quando o Estado ordena desapropriações por utilidade pública, ou quando se faz executar outras medidas legais (da saúde pública, da segurança geral, etc.) que, embora lesivas do alheio direito, não envolvem todavia, culpa alguma da parte dos respectivos agentes. Logo não é lícito dizer que só se dá a responsabilidade do dano civil havendo culpa no agente ...

A terceira tese adotada por estes era a de que o Estado não autoriza atos ilícitos ou ilegais e nesse ínterim defendiam que o Estado não autoriza a atitude contrária ao Direito.

Fraca argumentação, essa terceira tese, que é derrubada pela assertiva de que se o Estado como guardião máximo do Direito, da qual tem o mesmo emanado, não autoriza a feitura de ilicitudes ou ilegalidades é lógico que tudo aquilo que se traduz contrário ao Direito há de ser pelo mesmo resguardado e defendido. Desta maneira é mister afirmarmos que os encargos a defesa de tais direitos, possivelmente violados caberiam a apreciação do Estado.

Então, nada mais justo, que o próprio Estado ser o exemplo, o norteador do dever moral, ainda anterior ao jurídico e deste último por conseguinte se aplicaria ao mesmo sem ressalvas como a qualquer pessoa física ou jurídica.

Existem outras teses como a de que o Estado não tem fins próprios, e sim a finalidade é a dos indivíduos que o constituem. Partimos então do pressuposto que ele é constituído de pessoas que muitas vezes agem em seu nome. Que deve ter uma organização. Portanto, o Estado deve como princípio precípua a inviolabilidade dos direitos personalíssimos e ainda do interesse da coletividade.

Como defensor de princípios básicos inerentes a vida e ao cidadão, não há de falar-se em cidadania sem falar em efetividade do Estado. Portanto, tal tese não se compõe nos dias de hoje, haja vista que como *tutor* dos direitos da coletividade, ele, o Estado, é o mais que interessado na defesa dos interesses

individuais e homogêneos, não podendo, portanto se eximir de sua responsabilidade.

Ainda há uma tese, neste sentido, diga-se absurda de que o Estado ver-se-ia embaraçado na sua ação. Partimos mais uma vez da lógica de que o Direito é emanado pelo Estado, portanto ele cria o Direito de ação e o uso do mesmo, contra tal não se constitui meio de injustiça contra o Estado, mas de justiça, socialmente aplicada, já que deve o Estado aceitar que se o mesmo admite a instrumentalização, deve ser objeto desta instrumentalização como parte de um todo e todo das partes.

Visando o resumo de tal questão, podemos citar célebre lição de *Yussef Said Cahali*¹¹¹ que sintetizou todo o *sentimento regalista* com os seguintes termos:

Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do Direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, O Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o Direito, jamais praticaria injustiças.

A prevalência deste pensamento, todavia, variou de país a país. Nos Estados Unidos, até 1946, ainda vigia este princípio, tendo desaparecido com o advento do *Federal Tort Claims Act*, e na Inglaterra, até 1947, através do *Crown Proceedings Act*.

Porém, observa *Helena Taveira Tôres*¹¹² que "*isto não implicava na inexistência de qualquer proteção jurídica aos administrados. Os danos causados por agentes públicos eram reparados por estes, individualmente, caso tivessem agido por dolo ou culpa.*"

*Inácio de Carvalho Neto*¹¹³ ressalta que "a máxima *The king can do no wrong* é oriunda do direito saxão". Aliás, os países saxônios, tais como a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte foram os dois últimos países

¹¹¹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 18.

¹¹² TÔRES, Helena Taveira. *O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo*.

¹¹³ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 56.

que aplicavam a seu direito esta teoria. O primeiro a abandoná-la foi os Estados Unidos, em 1946 mediante o *Federal Claim Act*. Depois a Inglaterra, em 1947 através do *Crown Proceeding Act*.¹¹⁴

Para concluir ressaltamos mais uma vez que o Estado tem a função institucional de excluir a Lei, de prestar-se a execução da mesma e defender a sua correta aplicação. Portanto, o Estado deve ser sujeito daquilo que representa, descabendo por completo esta teoria que os *regalistas* proclamaram ao longo de um determinado tempo, por sorte se faz remoto e indesejável.

No Estado moderno, a teoria da irresponsabilidade total do Estado torna-se não somente obsoleta, mas sim absurda e incompatível, ainda mais quando falamos em Estados de Direito, não cabendo nenhum tipo de alusão a aplicação instrumental de tal teoria, nem mesmo em ocasiões de exceção a ordem. Isto posto, que é mister ressaltarmos que vistos os princípios morais, jurídicos, sociológicos não há de se falar em irresponsabilidade do Estado.

*Cahali*¹¹⁵ citando *Pedro Lessa* em lição monográfica, diz que este monografista, já no começo do século apontava que “a doutrina da irresponsabilidade do Poder Público é hoje repudiada pelos juristas, e vai sendo pouco a pouco desprezada pelos legisladores.”. E mais a dizer, essa era a tendência em termos dos juristas do Brasil, que em maioria já não aceitava a legitimidade da teoria da irresponsabilidade absoluta.

Isto porque, no Brasil, por exemplo, a irresponsabilidade civil *daquele* Estado era notória em quase todos os casos. Só havia uma única exceção que era a estabelecida por uma Lei de 1895 que já trazia traços da tendência civilista, admitindo-se pela primeira vez no arcabouço jurídico brasileiro da época, uma hipótese de responsabilização estatal, a conhecer, em casos onde condenados por sentenças criminais, viessem a ser inocentados em nível de revisão. Porém, ao que nos parece a jurisprudência era um tanto preconceituosa quanto a aplicação de tal Lei.

Na esteira da irresponsabilidade estatal encontravam-se juristas de renome tais como: Ruy Barbosa, Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 1995.

¹¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 18–19.

A ilogicidade de tal sistema encontrava-se sufocando o próprio, haja vistas que a teoria da irresponsabilidade Estatal denotava gritante injustiça. Assim citamos *Cahali*¹¹⁶ que exclama:

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do Direito: se o Estado se constitui para a tutela do Direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade quando sua atuação falha e seus representantes causam danos aos particulares.

Como exclama *Cavalcanti*¹¹⁷, a irresponsabilidade não fere o conceito de soberania e nós exclamamos ainda, que responsabilizar o Estado é sim formar-se no cerne um Estado verdadeiramente soberano. Por derradeiro, a este capítulo, há de afirmar-se que as teorias civilistas substituíram e derribaram a tão somente legado histórico a irresponsabilidade do Estado.

5.2. As teorias civilistas

As razões do surgimento das teorias civilistas são evidentes àqueles que bem compreenderam o mecanismo jurídico de como eram as relações entre Estado e indivíduo na fase anterior em que vigia a irresponsabilidade Estatal.

Não resta dúvidas em afirmar a evidente injustiça exercida na vigência de tal sistema. Assim, ainda no século XIX a tese da irresponsabilidade do Estado restou superada.

Surge então uma nova fase de responsabilização do Estado, baseada na *culpa* (direito civil), e, por isto passou a se chamar teoria civilista da culpa, baseada principalmente nos basilares da norma civil, em que se fazia remissão aos ensinamentos da responsabilidade civil pelos atos de terceiros, e assim dando-se aplicação analógica dos princípios do direito privado em relações como

¹¹⁶ CAHALI, Resp. Civil do Estado. p. 19.

¹¹⁷ CAVALCANTI, Amaro. Op. cit. "Por mais elevado que seja o conceito que se queira formar da soberania do Estado," "*summum imperium, summa potestas*", semelhante conceito não pode ir até a ponto de excluir a idéia da justiça; porque o Estado é, antes de tudo, a pessoa de direito por excelência

representante – representado, preponente – preposto, mandante - mandatário, dentre outras relações jurídicas plausivelmente ressaltáveis nesse.

Porém, se faz necessário ressaltar que esta foi dotada de fases que se distinguem pela sua importância no entendimento e abordagem do tema, além, é claro, do caráter histórico.

Numa primeira fase surge o que *Amaro Cavalcanti*¹¹⁸ denomina com maestria de *Sistema Misto*, distinguindo entre atos de império (*iure imperii*) e atos de gestão (*iure gestionis*).

Por esta distinção, os atos praticados sobre égide do *iure imperii* eram os atos que o Estado exercia na condição soberana, portanto de superioridade, e, portanto, não incidiam sobre estes atos responsabilidade alguma.

Já no exercício do *iure gestionis*, que eram os atos de gestão, que hodiernamente poderíamos dizer que seriam as atividades administrativas de gestão, o Estado estava em um plano de equiparação a pessoa jurídica de Direito privado, podendo, portanto vir a ser responsabilizado, desde que o seu agente representante agisse com culpa (âmbito civilístico).

No cerne dos atos políticos ou soberanos, exclamados pela irresponsabilidade dos atos de império, estão aqueles das quais são praticados pela “Pessoa do Rei”, que como soberano, ainda na visão da teoria anterior, não seria susceptível de errar (*‘the king can do no wrong’*) e também na esfera dos atos legislativos e atos judiciais, sendo que a justificação pelos primeiros se daria em face de que a Lei declara um Direito, e, portanto tal prerrogativa de competência do Estado não poderia atentar contra um direito individual e a segunda que, o judiciário declara o direito, fazendo nascer tão somente uma responsabilidade moral, e não pecuniária ou civil, salvo manifesto erro como citado em lição anterior.

¹¹⁸ Já se sabe bastante, qual seja o fundamento do “sistema misto”: o Estado é, ao mesmo tempo, pessoa *civil* e pessoa *política* ou *soberana*. Responde pelos atos da primeira; pelos da segunda, não; porque isso repugna com a idéia da soberania ou com os direitos essenciais do poder público. Entretanto esta doutrina tão simples e fácil de ser compreendida e, porventura, aceitável em *princípio*, - não se tem mostrado capaz de corresponder às exigências da prática. Com efeito, partir simplesmente da *distinção* dos atos para afirmar a responsabilidade do Estado pelos atos de *gestão* e a sua irresponsabilidade pelos de *império*, deixa, evidentemente muito a desejar, como sistema de justiça distributiva.

Porém tal sistema mereceu severas críticas que Cavalcanti expressa como no texto abaixo:

Para obviar conseqüências tão desastradas do sistema, ou antes, para não deixar ver a insuficiência do mesmo, se tem recorrido a explicações diferentes: ora se diz que a irresponsabilidade se refere aos atos do Poder Público em si somente, mas não aos da sua execução aonde, realmente, podem ocorrer violações de direito susceptíveis de indenização; ora se alvitra que é preciso fazer distinção nos próprios atos, como sucede nos atos de guerra, - sustentando-se a irresponsabilidade do Poder Público naqueles que se dão por força maior ou necessidade imediata de luta, e, ao contrário, reconhecendo-se a responsabilidade do mesmo poder com relação aos demais atos, tais como: operações preparatórias, - medidas preventivas de defesa, - requisições militares e outros atos de natureza semelhante. Ora, não seria mister demonstrar a ineficácia de uma doutrina que, para amparar as suas incertezas, vai sempre de distinção em distinção em busca de um critério que lhe sirva de apoio ou razão de decidir, mas o qual geralmente lhe escapa, ou lhe pode falhar, ao aspecto de novas circunstâncias ...

Com isto não se pretende contestar as razões procedentes, em que se procura assentar a irresponsabilidade do Estado no exercício de um grande número de suas funções políticas como poder soberano; são princípios básicos indiscutíveis dos direitos públicos universais, assaz conhecidos, ensinados pela ciência e consagrados na jurisprudência dos diversos povos. O que neste ponto, porém, não se pode deixar de igualmente afirmar é: que nos domínios da prática, o simples qualificativo de atos de império não basta por si só como razão ou argumento da irresponsabilidade civil do Estado.

O legado da aplicabilidade de tal teoria não foi tão longo, e, dando lugar a uma segunda teoria de caráter puramente civilista, que começou a predominar a partir do final do século XIX, calcado nos moldes dos Códigos Civis, e, portanto passando a designar o Estado como ente responsável civilmente pelos atos culposos daqueles que operam na qualidade de seus agentes.

Assim, com a teoria subjetiva, haveria de apurar-se a culpa, e havemos de lembrar de que, equiparava-se de vez o Estado ao particular no que tange a responsabilização civil por atos em seu nome praticados. No direito pátrio, há de se exclamar adotada tal responsabilidade a termos legais no Art. 15 da Lei n.º: 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, vigente denominada até 31 de dezembro de 2002, como Código Civil Brasileiro:

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

Se bem que, apesar de tal dispositivo consagrar a Responsabilidade Civil Subjetiva, portanto baseada em culpa, alguns, mais desavisados, já naquela época suscitavam a responsabilidade objetiva que já despontava em doutrinas de países europeus. Porém, há de ressaltar-se que a aplicabilidade era a da teoria da responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa consoante podemos constatar em lição de *Yussef Said Cahali*¹¹⁹:

A redação ambígua do art. 15 do Código Civil havia suscitado controvérsia, pretendendo alguns autores que ali se conteria implícita concessão à responsabilidade objetiva, sob inspiração da teoria do risco, que já florescia na França na passagem do século”.

Tem-se como certo, porém, que os dispositivo, no contexto individualista que remarca o nosso Código Civil, não terá ultrapassado os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido por culpa do funcionário-representante.

Assim, Clóvis Bevilacqua, definindo o ato gerador da responsabilidade para a pessoa jurídica de direito público como um ato ilícito do representante do Poder Público, colocava como condição dessa responsabilidade “que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever prescrito em lei, ou por violação do direito.

Face ao que dispunha a Primeira Constituição Federal Republicana e o Código Civil Brasileiro de 1916, muito se aspirou nas cogitações de que o referido art. 15 era de certo inconstitucional, mas a despeito temos lição de *Tupinambá Miguel de Castro Nascimento*¹²⁰ que explana sobre o tema, esgotando tal dúvida. Assim é a sua colocação:

O art. 15 do Código Civil , frente ao que demasia o art. 82 da Constituição de 1891, tem a aparência de inconstitucional. Com efeito, passados tantos anos de sua edição, pode se pensar que, se a norma constitucional regravava a responsabilidade exclusiva e única dos funcionários públicos, era de se concluir que a legislação

¹¹⁹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 29.

¹²⁰ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. Págs 13-14.

hierarquicamente inferior não pudesse regrad a Responsabilidade do Estado.

Estava firmada, portanto a aplicabilidade da Responsabilização Civil do Estado pela culpa. Tínhamos a aplicabilidade da Responsabilidade Civil Subjetiva (baseada na culpa).

Impossível definir melhor a Responsabilidade Civil Subjetiva aplicável ao Estado do que *Rui Stoco*¹²¹ em sua obra, por isto, transcrevemos:

Consiste a responsabilidade subjetiva na obrigação do Estado em indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedi-lo, quando deveria assim proceder.

Portanto, firmada estava a Responsabilidade Civil do Estado Brasileiro com fundamento na culpa, apesar da imprecisão técnica que alguns apontavam face ao art. 15 do Código Civil de 1916.

Mas inovação, retrógrada por sinal, dentro do sistema de Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado ocorreu no édito da Constituição Federal de 1934. Foi estatuída a *Responsabilidade Solidária*.

Assim exclamava o Art. 171 da Constituição Federal de 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 de seus cargos.

§ 1º. Na acção proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionario, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionario culpado.¹²²

¹²¹ STOCO. Rui. Op. cit. p. 751.

¹²² CAMPANHOLE, Hiltom Lobo. *Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices* – 14. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 706

Então houve algumas divergências doutrinárias que valem a pena assinalar. Apesar de alguns poucos e desavisados dizerem que o legislador mediante força do art. 171, § 2.º de tal dispositivo queria dizer que era existente a regressividade ao funcionário público, a esmagadora maioria consentia no sentido de que tal Constituição Federal, não havia recepcionado o art. 15 do Código Civil de 1916, e que realmente tal dispositivo Constitucional e seus parágrafos não estavam falando de regressão contra o funcionário público.

Na verdade o Art. 171 e parágrafos da Constituição Federal de 1934 expressavam a Responsabilidade Solidária entre o Estado e o funcionário público, sendo, portanto, ambos solidariamente responsáveis pelo montante integralizado da dívida civil devida ao ofendido, podendo ser cobrada do outro caso um primeiro a pague integralmente (vide § 2º do referido dispositivo).

Dizia a Constituição Federal de 1937 em seu Art. 158:

Art. 158. 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.¹²³

Assim, podemos constatar claramente que estas Constituições Federais traziam em seu bojo a responsabilização solidária como forma de desonerar em parte o Estado e uma espécie subjetiva de astreinte do funcionário quanto ao cometimento de atos que pudessem lesionar outrem.

Já a Constituição Federal de 1946 no seu Art. 194, extinguiu esta responsabilização solidária, voltando a adotar a regressividade contra o funcionário público, e tornando a base pura da aplicabilidade do art. 15 do Código Civil de 1916. Assim dispunha o Art. 194 da Constituição Federal de 1946:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelo danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

¹²³ CAMPANHOLE, Hiltom Lobo. Op. cit. P. 605.

Parágrafo único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.¹²⁴

Consoante assinala *Marco Antonio Bazhuni*¹²⁵, a partir da Constituição Federal Brasileira de 1946, estavam implantadas as raízes para a Responsabilização Objetiva do Estado, apesar de ainda estar, à época, em uma fase civilística. Ressalta-se para tanto, o valor evolutivo das letras jurídicas ora interpretadas pelo referido monografista.

Haja vista que em 1958 adotando teoria doutrinária que abordaremos logo mais, o *Supremo Tribunal Federal* já se manifestava no sentido de que:

Responsabilidade Civil do Estado – Culpa Administrativa – Risco. Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público.

Na Constituição de 1967, o sentido foi idêntico a anterior (1946) de forma que dispôs de maneira ainda mais direta sobre a responsabilização. Dispositivo tal que foi repetido no Art. 197 da emenda Constitucional de 1969). Abaixo transcrevemos o Art. 105 da Magna Carta de 1967 que dizia:

Art 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá acção regressiva contra o funcionário responsável nos casos de culpa ou dolo.¹²⁶

5.3. A “Faute du service” – entre o civilismo e o publicismo

Assim, surge mais uma tendência doutrinária ainda dentro da fase Subjetiva de responsabilização estatal. Na verdade esta fase é uma verdadeira transição entre a fase puramente civilista e uma fase publicista que viria posteriormente, adotando um caráter mais protecionista ao cidadão.

¹²⁴ CAMPANHOLE, Hiltom Lobo. Op. cit. p. 499.

¹²⁵ BAZHUNI, Marco Antonio. Op. cit.

¹²⁶ CAMPANHOLE, Hiltom Lobo. Op. cit. P. 392.

É a chamada “*Teoria da falta do serviço público*”. Também chamada de “*Teoria da falta impessoal do serviço público*” e de “*Teoria do Acidente Administrativo*”.

Alguns ainda preferem a expressão da “Doutrina da Culpa Administrativa”, que nos parece bem adequada para uso nos dias atuais apesar da imprecisão técnica-jurídica-gramatical.

Seus precedentes históricos são ricos. Mas o principal precedente histórico é de natureza jurisprudencial, ocorrido na França, data de 1873, e denomina-se como *Caso Blanco*. No referido ano uma menina chamada *Agnès Blanco* foi atropelada por uma vagonete da ‘*Companhia Nacional de Manufatura de Fumo*’ ao atravessar uma rua na cidade de *Bordeaux*. Seu pai, inconformado, moveu ação civil de indenização, alegando fundamentalmente que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos causados a terceiros, por eventos e atos danosos de seus prepostos. Ocorre que, foi suscitado um conflito de competências entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo. Decidido a competência jurisdicional pelo Tribunal de Conflitos, resolveu-se que tal questão deveria ser apreciada pelo Tribunal Administrativo, tendo em vista tratar-se de ato que envolvia mau funcionamento de serviço público e não de caráter puramente civil.

A decisão encontra-se transcrita para a língua portuguesa na obra Clássica e referencial de *Amaro Cavalcanti*¹²⁷ que fizemos questão de registrar:

Considerando que a ação intentada por Mr. Blanco tem por objetivo fazer declarar o Estado civilmente responsável, pela aplicação dos artigos 1382, 1383 e 1384 do Código Civil, do dano resultante do ferimento que sua filha sofrera por culpa dos operários empregados na administração dos tabacos; que a responsabilidade, que pode recair sobre o Estado pelos danos causados aos particulares em razão de fatos das pessoas empregadas no serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil para as relações particular a particular; que esta responsabilidade não é, nem geral, nem absoluta; que elas têm as suas regras especiais, que variam segundo as exigências do serviço e a necessidade de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados; que, isto posto, e nos termos das leis acima indicadas (leis de 16 e 24 de agosto de 1790 e 16 fructidor ano III), a autoridade administrativa competente para conhecer da espécie.” – Tribunal de Conflitos. 8 de fevereiro de 1873, *Caso Blanco*.

¹²⁷ CAVALCANTI, Amaro. Op. cit. p. 430-431.

Porém, como indica o referido monografista, a doutrina presente do Caso *Blanco* não era então uma novidade, pois já havia precedentes anteriores, apesar de menos conhecidos publicamente.

Desde então, a evolução das teorias foi no sentido das teorias publicistas de responsabilização estatal, a saber, passando pela “*Teoria da falta do serviço*” ou “*Teoria da culpa do serviço*”, seguida posteriormente pela “*Teoria da Culpa Administrativa*”, que culminou na “*Teoria do Risco*”, dentre seus desmembramentos, a saber, a “*Teoria do risco administrativo*” e a “*Teoria do risco integral*”.

Porém, a Teoria da *faute du service*, é na sua grande maioria classificada dentro do âmbito das teorias civilistas, sendo uma transição entre esta e às publicistas. Isto porque sua aplicabilidade, e podemos ver isto no Brasil, em nossas Leis, se deu dentro de um campo civilístico, porém sendo aplicada doutrinariamente e resultando na sua identificação com grande parte da jurisprudência da época. Vê-se, portanto, afastada a concepção puramente privatística da culpabilidade. Era, portanto, a abertura fundamental para uma nova fase, objetiva, onde por si não se abordaria a idéia de culpa pela conduta do funcionário, como na fase privada.

A “*Falta do Serviço Público*” era dividida em 3 tipos, a saber:

- a) inexistência de serviço público;
- b) mau funcionamento do serviço público, e;
- c) retardamento do serviço público.

*Renan Miguel Saad*¹²⁸, a respeito destes tipos de *falta de serviço público*, explana de forma a delimitar as características de cada um. É o que transcrevemos:

a) mau funcionamento. Nesta categoria estão os atos comissivos eivados de culpa do Poder Público, dos quais são exemplo: acidentes provocados por pessoas, serviços, veículos, materiais,

¹²⁸ SAAD, Renan Miguel. Op. cit. p. 53-54.

trabalhos mal conduzidos ou mal executados, perda ou extravio de documentos, erros de informação pela Administração, falsa aplicação de texto legislativo ou regulamentar, etc;

b) não funcionamento do serviço. Dá-se o não-funcionamento do serviço em virtude da omissão da Administração Pública, que está obrigada a agir e não o faz, servindo de exemplos à falta de serviços de vigilância das pessoas, como no caso dos detentos nos presídios e a recusa sistemática na aplicação da lei;

c) morosidade ou inércia do serviço. O serviço é prestado, mas tardiamente, causando o perecimento de bens ou graves prejuízos aos direitos dos administrados. Anote-se, a título de exemplo: a serôdia liberação de um bem importado.

Dentro do subtítulo da Responsabilidade Subjetiva do Estado, em sua obra, *Rui Stoco*¹²⁹ citando *Celso Antônio Bandeira de Mello* expõe da seguinte maneira:

Prelecionou Celso Antônio que “em face dos princípios publicísticos não é necessária à identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou “falta de serviço” quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre responsabilidade tradicional do defeito civil e a responsabilidade objetiva. (Ato administrativo e direitos dos administrados, São Paulo: Ed. RT, 1981, p. 133, nº. 28).

E a Jurisprudência Brasileira consagrou em período em que a Constituição Federal já buscava em seu seio a objetivação da Responsabilidade Civil do Estado, porém a aplicabilidade se dava pela Lei Civil que era ainda da fase puramente civilista e, portanto, abordando de forma a dar-se a inteligibilidade da lei pela adoção da *Teoria do Risco Administrativo* ou *faute du service*, consagrada por *Deguit*.

Assim transcrevemos abaixo grandiosa lição doutrinária e jurisprudencial dada em voto proferido pelo *Ministro Themístolcles Cavalcanti* no Supremo Tribunal Federal em 1968. Vejamos:

¹²⁹ STOCO. Rui. Op. cit. p. 751.

Aquilo que os franceses chamam a *faute du service* que é imputável não só ao funcionário individualmente, mas à Administração como órgão, permite definir a natureza da falta e a conseqüente responsabilidade. Não é preciso enveredar pela teoria pura do risco, mas considerar também na apuração dos fatos e verificação da existência de falta imputável à Administração”.

Partindo da teoria da igualdade dos encargos e das finalidades essenciais do Estado, o clássico Tirard chagava à responsabilidade do Estado pela falta verificada de serviço (*De la responsabilité du service publique*, 1906). Nesse particular, a variedade na aplicação dos casos é muito grande. Principalmente a jurisprudência francesa se detém no exame das hipóteses. É assim que são mencionados casos de responsabilidade, ou por não se ter evitado um perigo por meio de obras necessárias, como a construção de um parapeito na estrada; de não se ter impedido a circulação em um trecho perigoso; de não ter retirado obstáculo em um rio canalizado, etc. ou por omissão material, por falta de sinalização, de abandono de trecho de estrada, abertura de trincheira em uma estrada.

Essa teoria não é talvez suficiente para prever todas as hipóteses de responsabilidade do Estado, mas a sua aplicação deve ser casuística para não envolver a responsabilidade do Estado em todos os casos em que age dentro de sua finalidade própria.

Assim, nem sempre se verificou essa responsabilidade, de acordo com a boa doutrina, quando há escassez de abastecimento de água, interrupção de energia elétrica, o mal calçamento de uma estrada. Depende sempre das circunstâncias.

É a razão pela qual no direito administrativo não prosperou a doutrina francesa de responsabilidade *pour l'ê fait dês choses*, porque esta se restringe apenas àquelas coisas de que se tem a guarda. A sua aplicação é restrita e não se pode ampliar aos serviços públicos em geral.

A verdade é que o ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade são os casos de ação ou falta de providências do serviço. É o que já se chamou de inércia da Administração na execução de serviços públicos que visam a segurança da população e dos usuários (*Pierre Montané Dela Roque, Línertie dês pouvoirs publics*, Paris, 1950).

Nesses casos, a responsabilidade se aproxima da culpa, pela omissão em tomar as providências exigidas para a segurança do serviço “(Themístocles Brandão Cavalcanti, voto proferido no julgamento do RE 61.387, da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal. J.29.5.68, RDA 97,11).

Como podemos constatar, quaisquer que sejam as modalidades faltosas da administração pública para com o cidadão, nas três aqui referenciadas constituem qualidades satisfativas para que reste configurada a obrigação estatal pelos danos decorrentes de má funcionamento do serviço público.

Nos dias atuais, conforme ressalta *Yussef Said Cahali*¹³⁰, os administrativistas tentam transportar o instituto para o âmbito do Direito Público, negando e tripudiando sobre a teoria civilista da Responsabilidade Civil do Estado.

Concordamos aqui, por mais uma vez com a corrente administrativista dizendo que em poucos e seletos casos subsiste a responsabilidade civil (pura), aplicável ao Estado. Porém ressaltamos que em sede de responsabilidade extracontratual do Estado, não há de falar-se em responsabilidade civil, e sim em responsabilidade administrativa, já que está disposta como pertencente à Administração pública constitucionalmente.

Porém, esta teve suma importância histórica e prática haja vista pertencer à cadeia evolutiva dos direitos, ainda mais quando se trata de tão grande modificação em um lapso temporal antropologicamente estrito.

5.4. Teorias Publicistas

Já vimos que profundas reformas ocorreram acerca do tema *Responsabilidade Civil do Estado*, durante o século XIX e XX. A maioria delas, para frisar, sabemos que se tratam de reformas de ordem constitucional, já que a nossa legislação civil, especialmente durante o século XX manteve-se inerte quanto ao tema tratando este pela óptica civilista.

Doravante abordado, em Constituições vigente após a segunda metade do século XX, tivemos a elevação, às vezes tímida e por fim a consagração *da Responsabilidade Objetiva do Estado*. Isto pode ser constatado, consoante já abordado anteriormente nas Constituições Federais de 1946, de 1967, na reforma constitucional de 1969 e por fim a cristalização de tal princípio em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988.

Sabemos que durante este período, em uma fase onde os preceitos constitucionais tentavam direcionar a uma responsabilidade objetiva e os preceitos civis consagravam uma responsabilidade civil pura, entrou como

¹³⁰ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. Página 19.

transiente a aplicação do princípio que os franceses denominam de *faute du service*, ou *Teoria da Culpa Administrativa*.

Porém, há de deixar aqui registrado que outorgando maior aplicabilidade e alcance que de todas as Constituições, sem dúvida, aquela que objetivou de vez a responsabilidade objetiva do Estado e a trouxe para o campo do direito público tratando-a como matéria de ordem administrativa foi a *Magna Carta de 1988* que no bojo de seu Art. 37, § 6º, estatui da seguinte forma:

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.

Analisemos, portanto, que segundo tal dispositivo temos largamente ampliado o disposto no art. 107 da Constituição Federal anterior aplicando-se às pessoas privadas que prestam serviços públicos à teoria do risco administrativo, em todos os seus encargos.

Se bem que no início da vigência, alguns doutrinadores ainda relutavam na aceitação de tal abrangência tentando restringi-la em alguns casos, porém *José Afonso da Silva*¹³¹, afirma que:

O direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação da Fazenda Pública compor os danos que os seus servidores nesta qualidade causem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente. Agora a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado, que prestem serviços públicos (como são às concessionárias, permissionárias e as autorizatárias de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade pelos danos causados a terceiros. Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito de prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcir-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1989. p. 657.

Nesse mister podemos afirmar que a *responsabilidade civil objetiva* é a obrigação jurídica de indenizar oriunda de um procedimento lícito ou ilícito que tenha produzido uma lesão de ordem material ou moral na esfera jurídica de outrem, bastando para restar configurada tão somente o nexo de causalidade entre o comportamento e o resultado danoso.

Distinguem-se, segundo a doutrina administrativa francesa, os danos e a responsabilização do Estado em duas partes. Conforme assevera *Jean Rivero*¹³², existe uma *responsabilidade estritamente objetiva* que é aquela que independe de qualquer falha ou culpa do serviço. Estes enquadrariam-se nos *danos por atividades lícitas*.

Por outro lado, existem os casos de *responsabilidade objetiva baseada no risco*, que seriam aquelas, tais como, acidentes de trabalho ou danos causados por atividades perigosas, que estariam sujeitos a indenização por se tratar de *danos por atividades ilícitas*.

Aqueles que defendem a responsabilização do Estado pelas atividades lícitas, o fazem com base em ostentar que o Estado sendo de direito, tem por base o próprio direito, e como tal, esta seria a essência da democracia, a base de todo um país.

Assim transcreve *Renan Miguel Saad*¹³³ em obra de incontestável valor jurídico:

Com a intervenção do Estado em todas as atividades e a dificuldade, cada dia maior, de identificação do responsável pelos atos danosos, e a preocupação dos doutrinados, sobre o instituto da responsabilidade civil por atos estatais, levou-o a uma evolução significativa.

Chegou-se assim, à responsabilidade civil do Estado, denominada de responsabilidade objetiva, haja vista a desnecessidade de comprovação de culpa.

A responsabilidade objetiva do Estado foi admitida, pela primeira vez no direito brasileiro, pela Constituição Federal de 1946, seguindo-a as posteriores. O dispositivo constitucional de 1988 (artigo 37, parágrafo

¹³² RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris, Dalloz, 3. ed.,, página 253.

¹³³ SAAD, Renan Miguel. Op. cit. p. 54.

6º), traduzindo sensível avanço em relação aos preconceitos constitucionais anteriores, dispõe:

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.

Desta feita, conforme exposto no capítulo II, a responsabilidade civil do Estado, a partir do momento em que prescinde da comprovação da culpa, não terá mais como fundamento o ato ilícito. O seu fundamento será a norma jurídica, consubstanciado pelos elementos do ato, quais sejam: agente, dano e nexos de causalidade.

A responsabilidade extracontratual do Estado passa a ser encarada no âmbito de uma direta correlação entre o dano e o ato que o originou (dano ← nexos causal → ato). Ou seja, não é mais necessário demonstrar a culpa do agente.

É, pois, o florescimento, no direito brasileiro, da teoria do dano objetivo, caracterizada pela eliminação do elemento subjetivo proveniente do ato ilícito (culpa) da obrigação de ressarcimento e reparação.

(...)

No caso do comportamento danoso, a responsabilidade decorrerá do princípio da isonomia, evitando-se que alguns suportem prejuízos oriundos de atividades desempenhadas em prol da coletividade. Daí a imprescindibilidade de se reestabelecer o equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos.¹³⁴

Vale dizer se em virtude de obras de engenharia houver dano para o indivíduo que tem sua residência localizada próximo ao local, mesmo que a construção seja lícita e traga benefícios para a coletividade, este dano deverá ser indenizado.

Assim, havendo diminuição patrimonial ocasionada pelo ato do poder público e, desde que existia o liame entre eles, nasce obrigação de indenizar, sendo estes os requisitos para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado. Não é outro o entendimento do Tribunal Federal, sendo Relator o Ministro Carlos Velloso, cujo voto é:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO – Risco Administrativo – Objetividade – Requisitos”. A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, em síntese, diante dos seguintes requisitos: do dano; da ação administrativa; e desde que haja nexos causal entre os fatos: do dano; da ação administrativa; e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa da coletividade é devida à indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. (Texto original não grifado.)

¹³⁴ São nesse sentido os termos de sentença do Ilustre Magistrado Federal Guilherme Couto que ao examinar a responsabilidade civil da União Federal no acidente naval envolvendo a embarcação *Bateau Mouche*, assim se pronunciou: “É preciso frisar bem que a responsabilidade do Estado existe de uma consciência de que, em certos casos, na conduta ilícita de agentes do poder público, é mais justo dividir pela coletividade o prejuízo de um ou uns, mas sempre ressalvado...” (Justiça Federal de 1ª instância no Estado do Rio de Janeiro, Ação Sumaríssima nº 91.0020195-2).

Assim, existe um basilar denominado '*Princípio da submissão à ordem jurídica*', que é alicerce do Estado Democrático de Direito, e dentro deste o Estado deve cumprir todas as suas funções constitucionais, devendo estar preocupado no exercício de todas as suas prerrogativas, que se cumpra ao cidadão o pleno exercício de todos os direitos e garantias a ele deferidas.

Fazemos deste modo uso da lição de *Elcio Trujillo*¹³⁵, monografista que em obra específica trata do tema explanando que:

Constata-se, em consequência, que o Estado estendeu os limites de sua atuação e o incremento de suas atividades exteriorizou-se em todas as esferas, havendo com isto, um acentuado aumento em complexidade e tecnicismo dos assuntos que devem ser elucidados, bem como a extraordinária expansão das competências.

Esse crescimento, porém, correspondeu a um aumento nas exigências relativas a atividade do Estado e na responsabilidade resultante de sua atividade.

Os atos – de qualquer natureza – devem ser justos e capazes de promover o bem comum e o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes da sociedade. A busca do bem estar geral não pode negligenciar a proteção aos interesses individuais, juridicamente assegurados.

A responsabilização do Estado é decorrente da personalização deste ente e da sua subordinação ao Direito. E dentro do campo indenizatório pela prática do ato lícito é amplamente reconhecida na doutrina a possibilidade do Estado, no exercício de suas funções, a pretexto de satisfazer um interesse público, atingir um número restrito de pessoas, causando-lhes um dano patrimonial. O questionamento que se faz, portanto, é a respeito da existência ou não da obrigação jurídica do Estado de indenizar.

Sendo uno o Poder Soberano do Estado, deve ele responder pelos atos praticados, quer do executivo, do legislativo ou jurisdicional. Qualquer que seja a forma ou conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder e o tratamento dado a eles deve ser uniforme.

Então, diante de tal impasse, alguns administrativistas questionaram tal doutrina em face do '*Princípio a supremacia do interesse público*', porém há de ressaltar-se que o maior interesse público de um Estado democrático de direito, não é em si a atividade meramente administrativa e os interesses de ordem micro, mas sim os macros interesses, como a defesa dos interesses de toda a

¹³⁵ TRUJILLO, Elcio. Responsabilidade do Estado por Ato Lícito. Leme: LED, 1996. p. 77.

coletividade, de fazer-se valer e cumprir a Constituição de forma plena, a fim de preservar-se a instituição democrática.

Ainda no mesmo sentido, temos a aplicabilidade da responsabilização do Estado pelos atos lícitos, já que a teoria objetiva acolhe que do dano referente de uma ação do Estado, note-se lícita ou ilícita, o que há de se ressaltar é o nexo causal e o dano e não propriamente a natureza da atividade causadora.

Logicamente, constitui-se a licitude ou ilicitude do fato fator subjetivo de reconhecimento e apuração de possível *quantum* indenizatório em determinados casos.

Quem magistralmente explana sobre a *Responsabilidade do Estado por atos lícitos* é *Élcio Trujillo*¹³⁶, Juiz de Direito no Estado de São Paulo, que em sua obra monográfica, da qual transcrevemos trechos fundamentais a compreensão e fundamentação da presente obra, comenta sobre tal modalidade apontando detalhes e pautando-se pela objetividade da Lei.

Assim temos que:

A responsabilidade do Estado por atos lícitos abrangendo todas as suas funções – executiva, legislativa e judiciária – tem por base o próprio Estado de direito, essência da democracia onde a nação dita regras e normas para o Estado.

No Estado constitucional, as funções do denominado Poder Soberano, uno em essência, repartem-se entre órgãos específicos ou os denominados “Poderes”, que atuam de forma independente, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, exercendo cada um deles, por atribuição constitucional, competências públicas delimitadas.¹³⁷

Portanto, a responsabilização do Estado por atos lícitos, assim como a própria separação dos poderes através do sistema de freios e contrapesos, constitui, sem dúvida importante sistema de assegurar à pessoa, ao indivíduo a contraprestação e a seguridade jurídica e social de ser ressarcido ou até mesmo

¹³⁶ TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 76.

¹³⁷ TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 75.

diga-se: justificado quanto a eventuais danos que vier sofrer na sua esfera jurídica. E continua:

Sendo uno o Poder Soberano do Estado, deve ele responder pelos atos praticados, quer do executivo, do legislativo ou jurisdicional. Qualquer que seja a forma ou conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder e o tratamento dados a eles deve ser uniforme.

O princípio da submissão à ordem jurídica, corolário do Estado de Direito, não excetua nenhuma de suas funções dentro dos limites de atuação fixados pelo ordenamento constitucional.¹³⁸

Ou seja, o Estado como Guardião da Lei, do Direito, deve ser, até por ordem moral, o primeiro a resguardar-se na Lei, e a efetivar a sua eficiência aplicada socialmente de forma a demonstrar-se capaz a suprir aquilo que dele próprio emana.

Portanto, por princípio fundamental, por ordem constitucional, temos que o Estado Democrático de Direito, em seus pilares, e fundamentando-se pela objetividade da Responsabilização, assumindo verdadeiro caráter protetivo jurídico e social com a adoção da socialização dos riscos, tem como dever a proteção do indivíduo de ser lesado em sua órbita jurídica. Surgindo o dano, seja ele por ato lícito ou ilícito, há de indenizar-se.

Isto posto que o serviço público deve atender as necessidades do indivíduo e da coletividade de forma a não causar-lhe transtorno algum, mas sim garantir-lhe sobre todas as coisas o seu bem estar. O mesmo monografista ao reportar-se a definição de serviço público, o fez com citação de renomado e ilustre constitucionalista brasileiro que por si, já traz implícita esta idéia como podemos constatar:

“O serviço público consiste no conjunto de atividades que a administração presta visando o atendimento de necessidades que surgem exatamente em decorrência da vida social, própria do homem, embora também atendam interesses individuais. Trata-se, portanto,

¹³⁸ TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 77.

fundamentalmente da satisfação de algo que emerge da vida em sociedade”¹³⁹.

Isto porque o interesse público é comum, de ordem coletiva, social, que visa o progresso das relações humanas, o bem estar e paz social.

Assim, tão somente garantindo-se a segurança jurídica necessária e com devidos instrumentos para efetivar tal qualidade é que podemos ter um Estado de Direito, que possa ser reconhecido como tal, portanto hodiernamente se faz necessário um Estado, não paternalista, porém intervencionista de modo a regular, normatizar e suprir, acima de tudo, as necessidades sociais. Neste ínterim temos que:

Com a crescente intervenção do Estado na sociedade, sendo abrangente essa condição, aumentaram as áreas de atuação da Administração e, conseqüentemente, dos atos praticados no sentido de atender aos interesses postos sob a tutela .

Portanto, diante dessa realidade social, sendo inconteste a participação do Estado em todos os segmentos da sociedade, noção de responsabilidade pública sofreu considerável desenvolvimento com o constante alargamento, motivando, repetindo, a desvinculação da responsabilidade individual do agente público e adquirindo, por conseqüência, caráter mais objetivo, tornando mais clara as hipóteses de responsabilidade estatal, a separação decorrentes atos lícitos, por risco e também pelo fato das coisas.

Assim, o comportamento da Administração surge em duas acepções: a primeira, conforme já vimos, quando desatende os atos ilícitos; a Segunda, quando no seu desempenho cumpre, integralmente, o mandamento legal, gerando os atendimentos e os serviços dentro do seu limite de atuação visando o interesse público.¹⁴⁰

A responsabilidade Estatal por atos lícitos é característica moderna de Estado de Direito, e só importa a sua distinção, propriamente ao próprio Estado no que tange ao direito de regresso contra o servidor. Porém quanto ao indivíduo é objetiva e deve ser sem importar-se quanto a sua natureza. Havendo prejuízo o mesmo deve de pronto ser devidamente ressarcido. Vejamos:

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro *Apud in*: TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 79.

¹⁴⁰ TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 94.

“Não há responsabilidade sem prejuízo”, explicita concisamente Cretella Júnior.¹⁴¹

Daí se conclui que a responsabilidade do Estado por ato lícito decorre do dano motivado por este ao ato particular tendo em vista sempre, como sacrifício imposto, o interesse público.

A voluntariedade e a consciência são, por conseqüência, características do ato lícito danoso, recebendo destaque na doutrina germânica e italiana.

Giovani Duni, nessa linha de entendimento, sustenta que *“quando se fala da responsabilidade por atos lícitos, entende-se a obrigação de reparar o dano que se é autorizado a produzir ainda quando a certeza, consciência e vontade de que uma certa ação possa causá-lo”*.¹⁴²

Porém há de se aplicar grande razoabilidade. Isto posto que, tanto se adotássemos, em nosso direito, uma teoria como a do risco integral de forma pura ou mesmo se, dentro da teoria do risco administrativo quanto aos atos lícitos não usássemos de razoabilidade teríamos a ingovernabilidade, ou inviabilização das funções estatais, pois não teríamos mais um Estado protecionista aos Direitos, mas paternalista e, com certeza “falido”.

Portanto, necessário é a fixação de parâmetros para que haja a ocorrência desta indenização, também visando a preservação do Estado e a conseqüente preservação social, já que deste deve emanar-se instrumentalmente a paz social e ser também preservado contra eventuais abusos de particulares.

Portanto, há que se delimitar a área ressarcível dos atos lícitos.

Sobre a questão da delimitação para o reconhecimento da responsabilidade civil estatal por atos lícitos temos que:

“A fixação dos requisitos legais para o reconhecimento da responsabilidade do Estado decorrente de atos lícitos, obedecendo à lógica jurídica, faz-se em concordância com preceitos estabelecidos pela categoria ampla da responsabilidade extracontratual estatal.

Submete-se, portanto, esta obrigação reparatória, segundo orientação prevalente na doutrina, ao regime de responsabilidade objetiva pressupondo, em conseqüência, como requisito essencial, a existência do nexa causal entre a atividade realizada pela Administração e o evento danoso.

¹⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 5 *apud* TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 98.

¹⁴² DUNI, Giovani. *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*. Milano: Dott A. Giuffré, 1968, p. 78.

Deve existir assim, sintetizando as condições para a indenização dos danos, três requisitos:

- 1 – deve mediar um dano;
- 2 – o dano deve ser ocasionado;
- 3 – deve haver uma relação de causalidade entre o dano sofrido e o ato praticado.”¹⁴³

Neste íterim temos farta jurisprudência no Brasil que vem a consolidar tal idéia, e trazemos aqui, a fim de ilustrar a obra com a lição de nossos pretórios, algumas respeitáveis ementas. Analisemos:

“Danos causados à lavoura por obra pública. Responsabilidade da Administração. Departamento de Estradas de Rodagem. Responsabilidade solidária da firma empreiteira e construtora” (RJTJSP, 40:96, 87:1220).

“O Estado é obrigado a ressarcir prejuízos causados a particular, embora tais prejuízos sejam consequência indireta de atividade legítima do Poder Público” (RT, 447:76, 543:102; RTJ, 95:434).

“Dano decorrente de culpa de empreiteiro na realização de obra pública – Responsabilidade solidária da Fazenda Pública – Admissibilidade” (RJTJSP, 87:122).

O maior interesse de um Estado Democrático de Direito, deve ser defender o povo que o constitui e o direito que o ampara. Estes são corolários fundamentais em tal sistema.

*Celso Antônio Bandeira de Mello*¹⁴⁴ assim expõe:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

¹⁴³ TRUJILLO, Élcio. Op. cit. p. 101.

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “O Conteúdo do regime jurídico–administrativo e seu valor metodológico”. In: Revista de Direito Público, São Paulo, vol. 2, pp. 44–61, out/dez, 1967. pp. 44–45.

No campo da administração, deste princípio procedem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados:

posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;

posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

(...)

Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhe são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.

Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos em dobro para a intervenção ao longo de processo judicial; a posição da ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os da prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público, etc...

A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição, para gerir os interesses postos em confronto, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, no direito de modificar, também, unilateralmente, relações já estabelecidas. Tal prerrogativa se expressa nas diferentes manifestações daquilo que a doutrina francesa chama "puissance publique", correspondendo ao "ius imperii".

Apesar da óptica protecionista, portanto deste princípio, aqueles que defendem a responsabilização objetiva pura.

Para bem definir o *princípio da Indisponibilidade do interesse público*, fazemos uso da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁵, que assim a define:

significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis.

¹⁴⁵ TRUJILLO, Élcio. Citando Celso Antônio em p. 86

Assim na relação com os entes, de modo geral, temos que existe um dever implícito de ordem administrativa que tem como principal objetivo o cumprimento de uma finalidade como o bem estar e a defesa dos interesses e direitos individuais proclamados pelas normas legais e morais.

Portanto, para aqueles que defendem a responsabilidade estritamente objetiva do Estado, o fazem com base nos próprios princípios administrativos chamando para o Estado a responsabilidade paternalista de ajustar a sociedade como um todo de forma que não possam existir falhas deste, ou de seus representantes, nesta qualificação, para com o particular, pois nesta já haveria independentemente a obrigação de indenizar.

Esta “falha” não significa aqui no sentido da palavra o evento danoso propriamente em si ou a “insuficiência do serviço público” mas sim o resultado. Ou seja, para os defensores desta corrente o resultado danoso, deferido de ação ou omissão do Estado, seja ela lícita ou ilícita, é o que confere ao Estado a obrigação de indenizar.

Em suma, não se apura os elementos distintamente, mas sim restado apurar que o sujeito passivo é o particular, o ativo: o Estado, que existe um nexo causal e que o resultado sendo um dano de qualquer natureza, já caracteriza a obrigação deste de indenizar, independentemente se o ato é lícito ou ilícito, pois com base nos princípios administrativistas a supremacia do Estado só se faz em face da própria prerrogativa do mesmo ter forças suficientes para garantir o bem estar.

Violado, de qualquer forma a perfeita intenção de bem estar, por aquele que seria o supra em querer defendê-lo, fica configurada a responsabilidade civil do Estado.

No patamar da teorização do direito e classificação do mesmo, temos que a *responsabilidade objetiva do Estado*, não é um dos campos mais simples de serem abordados, e como ressalta Cahali¹⁴⁶ “*está longe de uma definição precisa*

¹⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. op.cit. p. 32.

e *uniforme*". Isto porque, como vimos existem correntes doutrinárias que defendem posições dentro deste mesmo tema.

Em termos mais práticos, a responsabilidade objetiva do Estado, no Brasil, ao que se verifica pela doutrina e jurisprudência majoritária, está mais diretamente ligada a chamada *teoria do risco*.

A responsabilidade objetiva é aquela onde bastam, é claro os sujeitos de direito (ativo e passivo), e, ressalta-se que fundamentalmente o *nexo causal* e o resultado danoso, eliminando *a priori* toda e qualquer necessidade de verificação de culpa por parte do representante do sujeito ativo. Seria esta, como já referida mais de uma vez a *teoria estritamente objetiva*.

Tentando sistematizar o tema, Pedro Lessa, citado alhures por diversos e renomados monografistas, classifica o sistema de responsabilidade objetiva adotado pelo Direito Brasileiro da seguinte forma:

- 1º. Teoria do risco integral, ou por causa do serviço público;
- 2º. Teoria da culpa administrativa;
- 3º. Teoria do Acidente Administrativo ou da irregularidade do funcionamento do serviço público;

Dentre estas três teorias predominantes temos como principais e mais bem aceitas a Teoria do Risco Administrativo e a teoria do Risco Integral.

Existem outras teorias como a denominada *Teoria do Risco Proveito* que não abordaremos nesta obra pelo seu desuso completo em nosso ordenamento pelo que tange à Responsabilidade Extracontratual do Estado.

No mister das teorias, vejamos lição de *Renan Miguel Saad*¹⁴⁷:

O risco (decorrente da atividade estatal) é fundamento da responsabilidade civil do Estado por comportamento administrativo comissivo, exigindo-se, para sua configuração, o nexo causal entre a lesão e o ato lesivo, ainda que regular, do agente público (basta a comprovação do prejuízo e o nexo causal entre ele e a sua fonte). Assim, a Administração Pública estaria obrigada a indenizar ainda que o Estado provasse a culpa da vítima.

¹⁴⁷ SAAD, Renan Miguel. Op. cit. p.56.

De outro lado, temperando as conseqüências radicais do risco integral, floresceu a teoria do risco administrativo que é a mais aceita pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal qual a teoria do risco integral, pela teoria do risco administrativo a obrigação de indenizar surge a partir do momento em que há o nexo de causalidade entre o dano e o ato lesivo. Não se cogita em culpa da Administração ou de seus agentes. Basta a demonstração do fato danoso e injusto, ocasionado pela Administração. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina.

Parece paradoxal, mas podemos dizer que apesar de pacífico em nossos tribunais a tendência pela adoção do risco administrativo, ainda muito se discute, no anseio de alguns, ainda dentre várias teorias, a defesa da aplicabilidade do risco integral.

Mas o nosso ordenamento açambarcou e assim passou a viger-se doutrinariamente no campo da Responsabilidade Extracontratual do Estado, reitera-se aqui, é a teoria do risco administrativo. Salvos casos em que a Lei estabelecer como sendo de natureza do Risco Integral, tais como a Lei que regula atividades nucleares, etc.

Porém nos parece questão pacífica na Doutrina e na Jurisprudência que a Responsabilidade Civil do Estado, hoje está enfocada na Teoria do Risco Administrativo. Neste ínterim até mesmo o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, como podemos ver abaixo:

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

II – Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedências da ação” (STF, RE 113.587-5-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2º T., DJU, 3 abr. 1992, n. 65, p. 4292).

5.4.1. Teoria do acidente administrativo

Começemos a exemplificar pela *Teoria do Acidente Administrativo*, ou irregularidade do serviço público a aplicabilidade, esta se assemelha muito a Teoria do Risco Administrativo, porém com algumas ressalvas de como se dá à interpretação por esta tal teoria sendo na verdade um “elo” entre a teoria da *faute du service* e do *risco administrativo*.

Assim transcreve *Maria Helena Diniz*¹⁴⁸ sobre o mesmo:

A Teoria do acidente administrativo ou da falta impessoal do serviço público, parte do pressuposto de que os funcionários fazem um todo uno e indivisível com a própria administração, e, se, na qualidade de órgãos desta, lesarem terceiros por uma falta cometida nos limites psicológicos da função, a pessoa jurídica será responsável. Não cabe indagar se houve culpa do funcionário, mas apurar se houve falha no serviço. Se o prejuízo adveio de um fato material, do funcionamento passivo do serviço público, embora sem culpa pessoal, de um mero acidente administrativo ou de uma irregularidade de apuração objetiva, é o bastante para que tenha lugar à indenização. Assim, o lesado tem direito à reparação não apenas quando houver culpa do funcionário, mas também quando ocorrer prejuízo em razão de fato objetivo irregularidade material, acidente administrativo ou culpa anônima do serviço. Haveria uma responsabilidade subjetiva fundada na culpa administrativa, caracterizada pela falha do serviço público”, por seu mal funcionamento, não funcionamento ou tardio funcionamento.

De maneira geral, não nos ateremos a maiores estudos pois a mesma não se faz de total relevância no cenário jurídico pátrio, bastando-nos tão somente os seus estudos característicos.

5.4.2. Teoria do Risco Integral

Já *Yussef Said Cahali*¹⁴⁹, ressalta que a teoria que mais se identifica com a responsabilidade objetiva é a teoria do risco integral, e explicita complementando tal assertiva: “já que esta se esgota na simples verificação do nexo de

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit.

¹⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. op.cit. p. 33.

causalidade material: o prejuízo sofrido pelo particular é conseqüência do funcionamento (regular ou irregular) do serviço público”.

Nos primórdios da responsabilização civil o que hoje temos conhecido por risco administrativo era chamado de risco integral. Por isso ao efetuarmos pesquisas em obras, vale bem ver a sua idade e de que tipo de teoria a mesma trata, já que pode ser fator de confusão. Vejamos, obra de 1942 escrita por *Mario da Silva Pereira*¹⁵⁰ que assim explana:

É, como se vê, a teoria do risco *integral*, por causa do serviço público, em que a responsabilidade do Estado decorre, como um corolário lógico, do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, independentemente de averiguar se o ato do representante foi *doloso* ou *culposo*.

Para que se dê a responsabilidade do Estado, basta que o ato danoso seja *contrário ao direito*.

A idéia de que *culpa civil* foi relegada, como *circunstância secundária*, quando se cuida da responsabilidade do Estado, ao contrário do que se dá com responsabilidade do *ex delicto*, em geral, conseqüente de ato lícito, em direito privado em que a doutrina avançada da responsabilidade *sem culpa, ou objetiva*, não se acha, até hoje vitoriosa.

O que até então era chamado de teoria do risco integral, hoje é chamada de teoria do risco administrativo. Mas isto não vem ao caso de estudo hodiernamente. É somente uma citação de cunho histórico afim de mostrar a utilização do vernáculo através dos tempos.

Vamos agora ao estudo próprio da Teoria do Risco Administrativo.

Partidários de tal corrente doutrinária e de sua adoção temos ilustres doutrinadores brasileiros como Amaro Cavalcanti, Aguiar Dias, Pedro Lessa, Orozimbo Nonato e Caio Mário da Silva Pereira. Estes defendem a aplicação da teoria do risco integral pela aplicabilidade do “princípio da igualdade dos ônus e encargos”, justificando que se o funcionamento do serviço público causou dano ao indivíduo, a forma mais justa e democrática, seria a distribuição de justiça e, portanto a imposição e dever do Estado de indenizar.

¹⁵⁰ PEREIRA, Mario da Silva. “A responsabilidade Civil do Estado e o Poder de Polícia” in Revista Forense n.º: 90/64. São Paulo: Forense, 1942. p.64–65.

Alguns colocam a Teoria do risco integral num patamar de abusividade ao Estado, combatendo-a veementemente, pois consideram-na uma forma extremada e radical de responsabilização do Estado, fazendo com que mediante a esta possa se conduzir uma verdadeira falência do mesmo, tendo em vista que a Administração Pública ficaria vulnerabilizada estando obrigada a indenizar todo e qualquer evento danoso ocorrido, ainda que resultante de erro ou dolo da vítima. Nesta óptica, transcrevemos aqui grande lição registrada por *Marco Antonio Bazhuni*¹⁵¹ em obra de incontestável valor ao tema:

Preconizada embrionariamente por Deguit, eminente jurista francês, tal teoria jamais teve acolhida, quer no Direito alienígena, quer no Direito pátrio”.

A Teoria do Risco Integral faz do Estado uma autêntica seguradora da sociedade, pois entende que o Estado deva ser compelido a restaurar o dano praticado, desde que comprovado o nexo de causalidade, entre o dano e o resultado, vale dizer, uma vez constatado o dano e a relação de causalidade, fatal será a responsabilidade do Estado, independentemente de culpa do agente administrativo, ou das circunstâncias subjetivas que envolvem o evento.

Mesmo que venha a ser constatada a culpa exclusiva da vítima, ou no dolo da vítima, como no caso hipotético do lesado vir a escolher uma viatura pública como instrumento de suicídio, em face da responsabilidade integral da Administração, segundo a Teoria do Risco Integral, subsistirá a obrigação indenizatória atribuída ao Estado.

Entretanto, enquanto a teoria do risco integral consagra a obrigação de indenizar do Estado, a teoria do risco administrativo, por sua vez, nega esta responsabilidade. Pela teoria do risco administrativo, de cunho moderado, inexistirá a responsabilidade indenizatória, pois o dano foi provocado intencionalmente pela vítima, o que exclui a responsabilidade do Estado”.

Porém *Hely Lopes Meireles*¹⁵² posiciona-se contrária a esta posição, consoante podemos constatar:

Contestamos formalmente esse entender, que se desgarrar da doutrina acolhida pelo nosso Direito e se divorcia da jurisprudência que se formou a cerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo e não do risco integral.

¹⁵¹ BAZHUNI, Marco Antonio. Op. cit. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 33-35.

¹⁵² MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed., São Paulo: RT, 1989. p. 553.

A posição de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*¹⁵³ quanto à questão do direito pátrio e da acolhida de uma ou outra teoria, é de que as distinções entre a aplicabilidade da teoria do risco administrativo e da teoria do risco integral se fazem mais a nível terminológico, aproximando-se da posição de *Cahali* quanto à terminologia, apesar do mesmo ser defensor da aplicação da teoria do risco integral, por achar esta a mais adequada e compatível com a responsabilização objetiva. Porém dá-se a entender que a autora pende mais para a teoria do risco administrativo.

Ainda referindo-se a tal autora, deixamos aqui registrado a magistral lição acerca de como tem sido a acolhida no Direito Brasileiro à responsabilização do Estado. Vejamos:

A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina que "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 "".

Entende-se que, a partir da Constituição de 1946, ficou consagrada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado; parte-se da idéia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o funcionário, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.

No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário.

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo art 37, § 6º, da Constituição:

1. que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; a norma constitucional veio pôr fim às divergências doutrinárias quanto à incidência de responsabilidade objetiva quanto se tratasse de entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos (fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos), já que mencionadas, no artigo 107 da Constituição de 1967, apenas as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias);

2. que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; assim é que, em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicará à regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado, quando não desempenhem serviço público;

3. que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito;

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

4. que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam serviço;

5. que o agente, ao causar o dano, já nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

Resumindo a posição da autora o Estado só poderia ser responsabilizado se autor do dano ou, estando obrigado a impedi-lo não o fez, por qualquer razão, fazendo, portanto, com que se exclame *que a responsabilidade civil do Estado será objetiva com relação aos comportamentos comissivos e subjetiva com relação aos comportamentos omissivos*.

Rui Stoco¹⁵⁴ citando Pedro Lessa na obra *Do Poder Judiciário* (Francisco Alves, Rio, 1915, p. 163 e 165), ressalta “*desde que um particular sofre um prejuízo, em consequência do funcionamento (regular ou irregular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida. Aí temos um corolário lógico do princípio de igualdade dos ônus e encargos sociais*”.

Porém, como estamos nos referindo a termos práticos, a *teoria da responsabilidade estritamente objetiva* não é de todo bem aceita dentre os nossos doutrinadores, o que se reflete nos Tribunais pátrios, sob a afirmativa de que seria danosa ao Estado como um todo e equívoca a admissibilidade da responsabilização nesta amplitude.

5.4.3. Teoria do Risco Administrativo

A Teoria do Risco Administrativo é outra modalidade de responsabilização objetiva, tendo uma certa contraposição à forma de aplicação da responsabilização, com relação à teoria do risco integral. Isto porque a teoria do risco administrativo, como dizem os doutrinadores, estabelece o princípio da responsabilidade civil objetiva temperada ou mitigada, ou seja, esta permitiria uma maior flexibilização da responsabilização objetiva e obrigação de indenizar,

¹⁵⁴ STOCCO, Rui. Op. cit. p. 756.

permitindo assertivas em torno de exclusão da responsabilidade do Estado, especialmente em hipóteses em que sejam verificada a inexistência do elemento de causalidade. Portanto, pelo *princípio do risco administrativo* que se teoriza, o Estado, em virtude do mau funcionamento do serviço público, estaria incidente a reparar os danos causados ao particular sem a verificação de culpa de seus prepostos ou funcionários, o que se denomina *culpa anônima*, porém de forma que restaria ao Estado eximir-se de tal responsabilidade por algumas vias excludentes de tal responsabilidade.

É uma teoria temperada que tende a um equilíbrio de forma a não sobrecarregar o Estado. Esta defendida por nomes como o Ministro Orozimbo Nonato e Filadelpho Azevedo é, por vezes, criticada por outros como o Ministro Celso de Melo, que em sua obra *Constituição Federal Anotada* defende que a teoria do risco administrativo, não coincide na íntegra com a objetivação da responsabilidade estatal.

Nesta esteira posiciona-se também o ilustre Ministro *Caio Mário da Silva Velloso*¹⁵⁵, que sempre com maestria expõe:

A responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos: a responsabilidade do Estado pode ser afastada se comprovada a culpa exclusiva da vítima, ou mitigada a reparação na hipótese de concorrência de culpa.

*Maria Helena Diniz*¹⁵⁶ assinala que:

O Estado responderá objetivamente, mas se o condenado a ressarcir dano causado a terceiro ou ato lesivo de funcionário, que agiu culposa ou dolosamente, terá ação regressiva contra ele (RT. 525:164, 537:163, 539:196). Logo, nas relações entre Estado e funcionário à responsabilidade será, portanto, subjetiva, visto que o direito de regresso da entidade pública contra o agente faltoso baseia-se na culpa deste (CF, art 37, § 6º).

¹⁵⁵ VELLOSO Caio Mário da Silva. *“Responsabilidade Civil do Estado”*. In: *Temas de Direito Público*, Del Rey Editora, p. 455.

¹⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 199. p. 525.

E teoriza a respeito da responsabilidade civil objetiva fundamentando o risco da seguinte forma:

O risco é o fundamento da responsabilidade civil do Estado por comportamentos administrativos comissivos, exigindo tão somente nexos causal entre a lesão e o ato, ainda que regular, do agente do poder público. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, bastando à comprovação de existência do prejuízo.¹⁵⁷

Com moderação e pautando-se sempre pela razoabilidade não é difícil de sustentarmos que hoje a Responsabilidade Estatal não é mais dotada do elemento culpa, não exigindo, a sua comprovação, e, portanto não tem mais como fundamento jurídico o ato ilícito, podendo-se aplicar inclusive aos atos lícitos que venham a causar algum dano ao particular.

O evento (ato) danoso e o resultado, por si só já se faz caracterizar a obrigação de indenizar do Estado.

Mas como temos visto é grande o processo das teorias que fundamentam a responsabilidade civil do Estado, inclusive alguns administrativistas defendem o erro quanto ao emprego da terminologia responsabilidade civil do Estado, uma vez que essa responsabilização já não está no âmbito do direito privado, mas corre em sentido do direito público.

Poderíamos de certo ilustrar as teorias publicistas em suas mais diversas nuances e ainda citar os requisitos para cada uma das mesmas, buscando explicar como se configura a Responsabilidade Objetiva do Estado.

Para tanto, fazemos uso do exemplo explicitado por *Viviane Michele Vieira Martins*¹⁵⁸ que subscreve em trabalho monográfico da seguinte maneira:

“Se a reparação dos danos for pleiteada com base na Teoria da Falta do serviço, cumpre estar presente:
a) o dano indenizável;

¹⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 424.

¹⁵⁸ MARTINS, Viviane Michele Vieira. *Responsabilidade Civil Objetiva do Estado pelo mau funcionamento do serviço público*. Monografia de Graduação – orientador: Romualdo da Costa Filho. Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente–SP.

b) a prova de que o serviço público falhou (não funcionando, funcionando tardiamente ou funcionando mal);e

c) nexos causal entre o dano indenizável e a falta de serviço público.

Já com base na Teoria do risco administrativo, aplicável nas atividades perigosas desempenhadas pelo Estado, diretamente ou por seus delegados, basta estar presente:

dano indenizável; o liame causal entre o efetivo dano e a atividade estatal perigosa.

Por fim, em sede de Teoria do dano objetivo, cumpre restar configurado:

- dano indenizável;

- nexos causal entre referido dano e um ato comissivo estatal lícito praticado em prol da coletividade;

- prejuízo especial e anormal ao lesado “

A teoria do risco administrativo é informada no sentido de previsão legal constitucional que visa assegurar aos indivíduos de forma geral, o direito a indenização em caso de atividade lícita ou ilícita.

Note-se bem, o uso do vernacular ‘indivíduos’ não a expressão cidadão, já que tais direitos podem ser garantidos inclusive a estrangeiros, por exemplo, que estiverem no Brasil.

Isto posto, a objetivação da Responsabilidade Civil constitui fator primordial nas relações Estado – Sociedade já que preserva a prerrogativa de socialização dos riscos de forma a indenizar o mais eficientemente possível o lesado e subjetivamente coibir, ou fazer com que se desenvolva meios para que novos danos não sejam apresentados.

Este caráter subjetivo é citado por *São Thomas de Aquino*, um dos maiores teólogos já conhecidos e considerado o sábio doutor da Igreja. Como assevera *Wilson Melo da Silva*¹⁵⁹ assim explanava o renomado Teólogo:

Lendo-o na *Summa*, é-se instintivamente levado a lembrar o Bíblico SALOMÃO do Eclesiástico: *Nihil sub sole novum !*

Ele, o Doutor Angélico, fala na responsabilidade sem culpa. E ele justifica em nome do bem comum que traduz, dentro de certos limites, o próprio bem social.

A *poena* (que, no texto, poderia significar, também, responsabilidade), não seria para São Thomas de Aquino, apenas um corolário do dano (já consumado) ou uma preventiva medida contra ele no futuro (dano em potencial).

Ele teria, ainda, *destacado* papel.

¹⁵⁹ DA SILVA, Wilson Melo. *Responsabilidade sem Culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1962. p. 267.

Ela se constituiria, além de tudo o mais, na medida que incitasse o bem.

E, sob tal aspecto, ela, a *poena* ou a responsabilidade, se importaria mesmo na total ausência de culpa, nunca, porém, sem a causa.

Portanto, temos que o fundamento é acima de tudo, da ordem jurídica comum, de ordem moral e social, visando-se estabelecer uma política de bem-estar naqueles que vivem em uma sociedade, visto que não seria justo arcar-se sozinho pelo prejuízo das conseqüências de uma má prestação de serviços públicos, de defeito dos mesmos, ou mesmo de atividades que, a bem da sociedade, viessem a lesar o patrimônio de um particular. Particular este que é de dever do Estado zelar pela proteção de todos os seus direitos, sejam em que setor determinado de sua esfera jurídica forem.

Considerada atualmente a mais temperada e prudente teria de responsabilização objetiva do Estado, a Teoria do Risco Administrativo vem exatamente no sentido de proteger a sociedade, isto é, o Estado e o indivíduo.

Isto no sentido de que justifica-se a indenização pelos prejuízos, porém não podemos dizer que são todos aqueles os que devem ser suportados pelo ente público. Vejamos:

Indenização – Fazenda Pública – Responsabilidade – Culpa da vítima excludente da responsabilidade do Poder Público – Teoria do risco administrativo, adotada pela Constituição, inconfundível com a teoria do risco integral (RJTJESP 37/32).

O Estado indeniza pelo risco administrativo, que está consagrado no art. 107 da CF atual (atual art. 37 § 6º. Da CF/88), repetindo disposições anteriores. O risco não é integral, pois se admite a culpa da vítima, para elidir ou atenuar a responsabilidade estatal (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo, 2º ed., p. 530; RJTJSP 37/32 e RT 434/94). Repugnária ao direito indenizar por ato malévolo próprio do vitimado (TJSP – 2.º C. – Ap. – j. 08.09.81 – RJTSP 74/132).

“O risco administrativo não significa que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular; significa que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração” (TJSP – 4.º C. – Ap. – Rel. Medeiros Júnior – j. 13.4.62 – RT 522/270).

“A teoria do risco administrativo não leva à responsabilidade objetiva integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração de culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, para que então fique ela total ou

parcialmente livre da indenização” (1.º TACSP – 8.º C. – Ap. – Rel. Raphael Salvador – j. 20.3.91 – RT 676/121).

“Tomar ao pé da letra o texto constitucional, importaria tornar ingovernável qualquer país, pois uma simples mudança de mão de trânsito gera, sem querer, prejuízos para alguns e lucros para outros. O Estado pagaria prejuízos e os particulares não lhe devolveriam os lucros” (TJSP – 2.ª C. – Ap. – Rel. Toledo Piza – j. 29.6.82 – RJTJSP 80/132).

“O risco administrativo não significa que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular; significa que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração” (TJSP – 4.ª C. – Ap. – Rel. Tito Hesketh – j. 14.9.78 – RT 522/77).

“O ato administrativo praticado no interesse da coletividade não exige indenização. Conseqüentemente, a necessidade de realização de obra pública, devido a enchentes em local próximo a estabelecimento comercial, não caracteriza dano injusto” (TJSP – 3.ª C. – Ap. – Rel. Flávio Pinheiro – j. 25.9.84 – RT 594/60).

Assim, com a constante evolução dos direitos, face especialmente ao Princípio Jurídico da *Isonomia*¹⁶⁰, em que seria inconcebível que alguns suportassem prejuízos causados por atos *pro societatis* e inclusive em favor desta é que se admitiu a responsabilização do Estado de forma objetiva, fundada na teoria do risco administrativo.

Sobre a Teoria do risco administrativo, *Rui Stoco*¹⁶¹ em seu *Tratado de Responsabilidade Civil*, assim descreve:

José de Aguiar Dias, em duas conferências que vêm publicadas pela *Revista Forense*, vol. 115, p. 355 e vol. 104, p. 227, bem definiu e destacou, com a sua invulgar maestria, esse princípio.

Não obstante o que ficou consignado nos itens precedentes acerca da matéria, não será demasia transcrever essa lição, de inexcédível clareza:

“O fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição, isto é, a contemplação da manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídica-política vigente. É esse o sentido em que deve ser entendida a responsabilidade civil do Estado. Vem ela a ser, pois, a obrigação, a cargo do Poder Público, de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, por meio de indenização adequada, o equilíbrio econômico rompido pelo prejuízo”.

E noutro tópico:

“A doutrina do risco administrativo, defendida pelos Ministros Orozimbo Nonato e Filadelfo Azevedo em voto magistrals, já fora esposada por Amaro Cavalcanti. Largos anos depois de publicada sua

¹⁶⁰ Isonomia: [Do gr. *isonomia*]. 1. Estado daqueles que são governados pelas mesmas leis. 2. Jur. Igualdade de todos perante a lei, assegurada como princípio constitucional.

¹⁶¹ STOCO, Rui. Op. cit. p. 760–761.

obra clássica, sente-se a palpitante atualidade de sua lição, quando ensina que "... assim como a igualdade dos direitos assim também a igualdade de encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa" (RF 115/355).

Mas, opondo-se à teoria do risco integral, a teoria do risco administrativo estabelece o princípio da responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, ou seja, que permite discussão em torno de causas outras que excluam a responsabilidade objetiva do Estado, nas hipóteses de inexistência do elemento causal ou nexo de causalidade.

Assim, essa responsabilidade objetiva do Estado pode ser reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular, ou tenha sido este o responsável exclusivo pelo evento e, ainda, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, em que ocorre o rompimento do liame causal.

Ou seja, não é sempre e em todo e qualquer caso que se impõe ao Estado indenizar, pelo só fato do dano sofrido pelo particular, por ação ou omissão dos seus propositos.

Nessa estira posiciona-se Carlos Mario da Silva Velloso, ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao expor que "a responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos: a responsabilidade do Estado pode ser afastada se comprovada a culpa exclusiva da vítima, ou mitigada a reparação na hipótese de concorrência de culpa ("Responsabilidade Civil do Estado", em *Temas de Direito Público*. Del Rey Ed., p. 455).

Assim podemos citar, dentro das teorias publicistas, vários princípios e teorias que são informadoras no campo público incidem hoje sobre a responsabilização objetiva do Estado, dentre as quais podemos destacar com Lição de *Élcio Trujillo*¹⁶², a *Teoria do sacrifício Especial*, *Teoria da Igualdade dos Encargos Públicos* e *Teoria do Seguro Social* :

"Teoria do Sacrifício Especial: desenvolvida por Otto Mayer a partir do princípio de eqüidade, estabelece a obrigação de indenizar do Estado, quando um indivíduo é atingido pela atividade pública, lícita ou não, submetendo-o a um prejuízo desigual ao dos outros, sob a forma de privação patrimonial e correspondente ao enriquecimento sem causa. O sacrifício especial surge quando o indivíduo é afetado de maneira desigual e proporcional por prejuízos que extrapolam os prejuízos normais, impostos e todos, como decorrentes da relação Administração – administrado, em um sistema de perdas e garantias recíprocas, condição de existência do próprio Estado. O sacrifício generaliza-se através de uma compensação que se faz por meio de indenização originária de um fundo comum.

¹⁶² TRUJILLO, Élcio. Op. cit. t. p.56 – 58.

Teoria da Igualdade dos Encargos Públicos: tem por expoentes Tiraud, Teisser e Duez e fundamenta-se no princípio elevado à categoria de garantia constitucional da igualdade de todos na repartição dos encargos públicos. Os cidadãos não devem sofrer uns mais do que os outros pelas cargas exigidas no interesse comum e assim, o dano excepcional imposto ao particular deve ser suportado por todos, salvo disposição legal contrária. A lei estabelece as condições em que cada indivíduo deve contribuir de acordo com suas faculdades, respeitadas as normas superiores de justiça distributiva. Exigindo-se alguém, segundo estas regras, mais do que ele deveria prestar, torna-se necessário restabelecer a igualdade, por meio de indenização. A maioria dos partidários desta teoria invoca a sua aplicação de forma ampla para fundamentar a obrigação estatal de reparar os danos ocasionados pelas atividades públicas, sejam elas lícitas ou ilícitas. Há aqueles, contudo, como Santi Romano, apontado por Marcelo Caetano, que restringem a sua aplicação aos casos de atuação lícita da administração, casos que segundo entende, não constituem verdadeira responsabilidade, mas conversão forçada de o direito individual no seu equivalente valor econômico.

Teoria do Seguro Social: Sustentada por Deguit que considera a obrigação de indenizar do Estado edificada na idéia de um seguro social a cargo o erário comum, em benefício de todos aqueles que sofram prejuízos resultantes do funcionamento dos serviços públicos, já que são exercidos no interesse de toda a coletividade. O fundamento dessa teoria é a “segurança social”, ficando o Estado obrigado a reparar os danos causados aos administrados, independentemente da qualidade do serviço”.

Vejamos portanto como vêm julgando nossos Tribunais com base na Teoria do risco administrativo:

I – A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

II – Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedências da ação” (STF, RE 113.587-5-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2º T., DJU, 3 abr. 1992, n. 65, p. 4292).

“Veículo atingido por uma laje tombada da Ponte das Bandeiras – Aplicabilidade da teoria do risco administrativo, que abrange as culpas anônimas e as exclusivas do serviço – Desnecessidade de investigação de culpa pessoal do funcionário – Obrigação da Municipalidade de ressarcir os danos” (RJTJSP, 28:93).

“Ato ilícito praticado por preposto – Dano causado por disparo de arma de fogo de policial em tumulto público – Ação de indenização – Desnecessidade de identificação do agente na inicial – “Denúnciação da

lide não obrigatória na espécie – Tarefa, ademais, que competiria ao próprio ente público – Suficiência da certeza de ser a bala proveniente de arma utilizada pela Polícia Militar – Responsabilidade de natureza objetiva e irretratável, diante da adoção da teoria do risco administrativo” (RT, 641:139).

6. CONCEITOS BÁSICOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Primeiramente, iniciamos este capítulo com base em que conhecemos conceitos básicos do Direito Administrativo.

Dentre tais conceitos estão cravados aqueles como: Serviço Público em sentido amplo, serviço público em sentido estrito, Fato Administrativo, Ato Administrativo e Poder de Polícia, que será alhures utilizado em nossa obra.

Mas de forma a imprimir refrigério à nossa lição, faremos breves comentários a cada um dos conceitos de Direito Administrativo elencados no parágrafo acima:

6.1. Serviço Público em Sentido Amplo

Serviço Público em sentido amplo, pode ser melhor conceituado mediante a definição de *Mário Massagão*¹⁶³, que assim expressa como sendo: *“toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”*.

Deguit, na França, considerava o serviço público como a organização do Estado em si, como toda a Atividade Administrativa, chegando a ponto de pautar-se pela substituição do termo soberania, pois entendia que estes confundiam-se¹⁶⁴.

Em resumo, conceituamos serviço público em sentido amplo, à *“todo serviço prestado pela Administração Pública, típico de sua função, na finalidade de atender as necessidades públicas”*.

¹⁶³ MASSAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p.252

¹⁶⁴ DI PIETRO. Op. cit. p.95.

6.2. Serviço Público em Sentido Estrito

Dizer-se em serviço público em sentido estrito é confiar ao serviço público uma determinada restrição de competência, retirando-se do patamar de conceituação as funções legislativa e jurisdicional.

Pode ser subdividida em dois ramos de atividade:

a. atividade jurídica: Considera, por exemplo, o Poder de Polícia como atividade distinta do Estado e atende às necessidades de preservação da ordem pública e da paz social.

b. Atividade social: É o normalmente equivalente aos serviços públicos de maneira generalizada, ou seja, a prestação de serviços aos particulares visando tão somente o bem estar.

Assim, o serviço público em sendo estrito ganha também outras subdivisões, que não nos ateremos nesta obra, deixando a discricionariedade àqueles que pretenderem efetuar tal pesquisa, mas como propõe *Celso Antônio Bandeira de Melo*, da divisão em um substrato formal e outro material do serviço público em sentido estrito.

6.3. Fato Administrativo

Conceitua *Silvio Rodrigues*¹⁶⁵ que os *'fatos jurídicos, em seu sentido amplo, engloba todos aqueles eventos, provindos da atividade humana ou decorrentes de fatos naturais, capazes de ter influência na órbita do direito, por criarem, ou transferirem, ou conservarem, ou modificarem, ou extinguirem relações jurídicas'*.

Assim, é o fato jurídico, porém quando este vem a produzir efeitos diretamente na esfera administrativa, chamamos o mesmo de *Fato Administrativo*.

¹⁶⁵ RODRIGUES, Silvio. Op. cit. p. 159.

*“Fato administrativo, com efeito, não é acontecimento da natureza, como é o fato jurídico. É, isto sim, a execução material de um ato administrativo que o antecede, necessitando ser operacionalizado como, por exemplo, na construção de um viaduto ou, então, na execução de um policiamento”.*¹⁶⁶

Se o fato não produzir qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado de fato da Administração¹⁶⁷.

6.4. Ato Administrativo

Podemos dizer que *Ato da Administração* é todo aquele ato praticado no desempenho da função administrativa.

*“O ato administrativo, que é espécie de ato jurídico, não se confunde com o fato administrativo e este não se confunde com o fato jurídico”.*¹⁶⁸

Dentre os atos da administração temos, por exemplo:

- a. Atos administrativos:** São os atos típicos da administração, que englobam o próprio sentido do vocábulo;
- b. Atos normativos:** Abrangem uma gama de atos que visam a regular atividades ou organizá-las, mediante instrumentos normativos de força administrativa tais como resoluções e portarias;
- c. Atos materiais:** São atos administrativos de ordem à execução de tarefas ligadas a atividade pública, tais como coleta de lixo, recapeamento de asfalto, etc;
- d. Atos de conhecimento:** São atos que não expressam uma vontade, mas a fé pública que se externa pelos mesmos quando aos dados que exteriorizam. É o exemplo das Certidões e atestados.
- e. Atos Políticos:** São todos os atos de natureza política, que se pauta no regime Constitucional pré-estabelecido.

¹⁶⁶ LAZARRINNI. Álvaro. *Estudos* p. 45

¹⁶⁷ DI PIETRO. Op. cit. p. 182.

¹⁶⁸ LAZARRINNI. Álvaro. *Estudos* p. 45

- f. Atos de direito privado:** São aqueles atos que podem ser praticados pela administração, observando as disposições legais, que se assemelham aos praticados pelos particulares, só que em um destes pólos está a atividade da administração pública como parte interessada. Incidiriam especialmente em atividades reguladas pelo Direito Civil. Um exemplo seriam as doações, a compra e venda, a locação dentre outros.
- g. Contratos:** Os contratos aqui descritos são aqueles de ordem e natureza puramente administrativa. Esta distinção é necessária para que não se confunda com os atos de Direito privado. Estariam englobados neste contrato, àqueles a qual o Estado mediante licitação contrata a prestação de um determinado serviço ou fornecimento de bem, por exemplo. Note-se, portanto que a natureza deste contrato é pura e essencialmente administrativa.

6.5. Órgãos Públicos e entidades Públicas

Os *Órgãos Públicos* são aquelas unidades estatais que congregam atribuições exercidas por agentes públicos, expressando a vontade do Estado.

Já as *Entidades Públicas* são pessoas jurídicas constituídas, de direito público ou de direito privado, criadas por força de lei ou que tenham sua criação autorizada na lei, para exercer uma atividade pública ou de caráter público, sob a tutela do Estado nos limites que a lei estabelecer.

O serviço prestado pelos órgãos públicos e pelas entidades públicas denomina-se *serviço público* que é uma atividade material tendente a resultar em utilidade social.

7. OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de qualquer outra assertiva, se faz aqui a repartição de princípios que estão diretamente expressos no 'caput' do art. 37, da Constituição Federal, e daqueles que de forma implícita ou inseridos em outros dispositivos incidem sobre a administração pública, de modo geral.

Aqueles expressos no *art. 37, 'caput'* da Constituição Federal de 1988 são especialmente:

- Princípio da Legalidade;
- Princípio da Impessoalidade;
- Princípio da Moralidade;
- Princípio da Publicidade;
- Princípio da Eficiência.

Existem outros princípios inerentes à Administração Pública, que abordaremos, pois consideramos, assim como grandes autores do Direito Administrativo e Constitucional Brasileiro, de fundamental importância, tanto que fazem-se presentes na maior parte das obras sobre os referidos ramos do Direito, e ainda mais em se tratando de estudo que envolve o Estado e suas funções. Dentre os quais podemos citar:

- Supremacia do Interesse Público;
- Indisponibilidade do Poder Público;
- Continuidade do Serviço Público;
- Razoabilidade;
- Motivação;
- Segurança Jurídica;
- Atualidade;

- Finalidade;
- Presunção de Legitimidade;
- Especialidade;
- Controle ou tutela;
- Autotutela;
- Hierarquia;
- Boa-fé objetiva.

Vamos neste tópico abordar sinteticamente cada um dos principais princípios que norteiam a Administração Pública de forma a fundamentar a existência da norma objetiva em sede de responsabilidade civil.

Segundo, que, quanto ao Estado, se faz necessária uma análise minuciosa das questões que o envolvem, dado a sua natureza, ou diga-se, Administrativa, que diverge da conceituação comum da maioria dos ramos do Direito. Logicamente, segue princípios gerais de direito, mas a sua aplicação é um tanto diversa.

Um bom exemplo, para ressaltarmos este diferencial, está por exemplo no que tange ao Processo Administrativo de forma geral. Enquanto, todos os ramos de direito seguem uma lógica judiciária, o processo administrativo tem suas próprias peculiaridades.

7.1. Princípios constitucionais da administração pública

Elencados aqui se encontram, os princípios Constitucionais da Administração Pública que são expressos no *art. 37, 'caput'* da Constituição Federal de 1988, dentre os quais são: Princípio da Legalidade, Princípio da Impessoalidade, Princípio da Moralidade, Princípio da Publicidade e o Princípio da Eficiência.

7.1.1. Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade constitui, sem margem de dúvida, em um princípio supremo, seja na área administrativa ou na área judiciária, e também em base instrumental de defesa da legitimidade, uma das principais garantias individuais.

*Di Pietro*¹⁶⁹ aliás frisa que “Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”.

Segundo o Princípio da Legalidade, o Estado, mediante a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei não vem a proibir, ou que esteja legitimado a fazer por força de lei.

Assim, é decorrente de imperativo constitucional disposto no art. 5º, II, que explicita que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Inobservada a norma constitucional supracitada, há de não ser mais considerado ato meramente administrativo, mas poderá ser apreciado mediante o Poder judiciário, analisado o caso concreto, pois a lei abre tal precedente no que tange a remédios constitucionais e ainda observado o disposto no art. 5º, XXXV que reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”.

*Alexandre de Moraes*¹⁷⁰ diz que o princípio da Legalidade “coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”, sendo este enumerado como principal princípio jurídico dentro da Administração Pública.

¹⁶⁹ DI PIETRO. Op. cit. p. 67.

¹⁷⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 5. ed., rev. ampl. São Paulo: Atlas, 1999. p. 288.

7.1.2. Princípio da Impessoalidade

O Princípio da Impessoalidade decorre da “*Teoria da imputação*” no sentido de que todos os atos institucionais dos agentes públicos são imputados ao Estado ou à entidade que legalmente o representam.

A impessoalidade é fator importante dentre o tema de Responsabilidade Civil do Estado, uma vez que tal sistema de responsabilização é objetivo.

Portanto, quando uma pessoa move uma ação contra o Estado para a reparação de danos, com fulcro no art. 37, § 6º da Constituição Federal, está processando a Administração Pública, no que ela representar, como um todo, o Estado constituído em si e não o funcionário causador do dano.

Este princípio está intimamente ligado com a *finalidade pública* que deve ser fator inerentemente norteador da atividade administrativa, já que o Estado existe para todo o povo e é do povo.

Assim, por exemplo, é que art. 37, § 1º da Constituição Federal, temos que:

Art. 37, § 1º, CF: “ A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

*Di Pietro*¹⁷¹ assinala que: “*Do mesmo modo que nas ações judiciais existem hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz, também no processo administrativo essas hipóteses criam presunção de parcialidade da autoridade que decidir sem declarar a existência das causas de impedimento ou suspeição*”.

Portanto, de maneira bem simples e genérica, poderíamos afirmar todos os atos praticados em nome da Administração (regularmente, é claro) são imputáveis a esta.

7.1.3. Princípio da Moralidade Administrativa

¹⁷¹ DI PIETRO. Op. cit. p.72

O Princípio da Moralidade Administrativa é decorrente direto do Princípio da Moralidade. Preferimos pela utilização da terminologia *Moralidade Administrativa* de forma a distingui-lo da *moralidade em sentido genérico*.

O princípio da Moralidade Administrativa, pauta-se pelo exercício de padrões e princípios éticos, da razoabilidade, da justiça, da sociabilidade, quando no exercício da função pública. Sendo assim, não basta simplesmente a aplicação legalista da função (genérica) administrativa, mas sim a boa aplicação da norma ao caso concreto afim de auferir ao mesmo distinção, ética, diferenciando-o da moral comum e aplicando-lhe uma moral elevada de *status* jurídico.

*Di Pietro*¹⁷² aclara que:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

(...)

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à Ação Popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição) e implicitamente pelos já referidos artigos 15, V, 37, § 4º, e 85, V, este último considerando a improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

Em análise ao *Princípio da Moralidade Administrativa*, o Supremo Tribunal Federal, deu sua lição para a história quando explanou que:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzáles Perez *'el echo*

¹⁷² DI PIETRO. op.cit. p. 79.

de su consagración legislativa haya perdido tal carácter' (El principio de buena fe en derecho administrativo. Madrid, 1983. p.15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.¹⁷³

Moraes¹⁷⁴ frisa que “O princípio da moralidade está intimamente ligado com a idéia de probidade, dever inerente do administrador público”.

7.1.4. Princípio da Publicidade

Inserido no art. 37 da Magna Carta o Princípio da Publicidade reza que todos os atos devam ser publicados na imprensa escrita, e também que toda pessoa tenha acesso aos atos públicos, de maneira geral, inclusive mediante certidões, exceto se o ato é de natureza absolutamente sigilosa.

A publicidade pode ser feita mediante inserção em *Diário Oficial* ou por vias de edital afixado em local aberto ao público e destinado exatamente a publicação de tais atos.

A publicidade, portanto é regra que comporta mínima exceção. Quando o próprio interesse público assim requerer, por força de lei e a determinados atos, pode se ter mitigado o acesso a estas informações, sob vistas a defender interesse de alta relevância.

Dentre as excepcionalidades restritivas do Princípio da Publicidade estão: o direito a honra e a intimidade privada, garantida pelo art. 5º, LX da CF-88; o art. 5º, XIV, CF-88, que assegura o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; o art. 5º XXXIII, CF-88, que restringe as informações àquelas que podem ser prestadas sem prejuízo da coletividade, ressalvadas as cujo sigilo sejam imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O Direito à informação é garantido especialmente pelo art. 5º, LXXII, CF-88, e foi disciplinado pela Lei n.º: 9.507 de 12 de novembro de 1997.

¹⁷³ STF – 2ª T. – RE extr. n.º: 160.381–SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1030.

¹⁷⁴ MORAES, Alexandre de. Op.cit. p 290.

Este direito à informação pessoal tem remédio constitucional próprio, quando violado. Este está expresso no art. 5º, LXXII, se denomina *Habeas Data*.

O *Habeas Data* é remédio destinado a assegurar o acesso a informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de bancos de dados governamentais ou de caráter público, também servindo a ratificação de tais dados, quando não se prefira fazê-lo por processo judicial ou administrativo.

Tendo-se em vistas que os atos administrativos são atos públicos e portanto, são de interesse de toda a coletividade, o princípio da publicidade somente vem a reafirmar, o que pela lógica é inerente à natureza do exercício público, com as ressalvas normais da lei.

7.1.5. Princípio da Eficiência

Também conhecido como “*Princípio do Dever de Eficiência*”. Estabelece ao Estado, como Administração Pública e seus agentes a defesa de uma sistematização adequada na procura de uma elevação da qualidade crescente dos serviços públicos, tornando-os cada vez mais modernos, céleres, eficazes.

Isto é pressuposto, já que em uma sociedade globalizada, a cada dia, temos novas e reais necessidades, a serem adequadas em termos de serviço público pelo Estado. Este não pode ficar estagnado, e como defensor principal do interesse público deve ser exemplo a uma excelente prestação de serviços públicos.

Da óptica jurídica, objeto fundamental de nosso estudo, temos que a Emenda Constitucional n.º: 19/98 inseriu, vistas a acrescentar expressamente aos princípios constitucionais que norteavam a Administração Pública o “*Princípio da eficiência*”.

O mesmo visava, dar fim à questão que por vezes parecia infundável quando das discussões doutrinárias que versavam sobre sua existência de forma implícita na Constituição Federal, e se está existindo, aplicaria-se à Administração como um todo ou aos funcionários.

De fato, a positivação da norma, trouxe consigo, duas nuances distintas, porém intimamente ligadas.

Uma primeira refere-se à observância de tal princípio em relação ao *modus atuandi* do agente administrativo. Isto equivale a dizer que este é diretamente responsável pelo bom desempenho de suas funções, no melhor que lhe for possível, vistas a servir ao povo, com uma prestação de serviço de qualidade, visando alcançar os melhores resultados possíveis.

Um segundo aspecto, e de primordial importância é aquele incidente sobre as boas gestões públicas, que também visando sempre alcançar os melhores resultados, deve organizar, estruturar e disciplinar o serviço público com vistas sempre ao aperfeiçoamento e padrão de qualidade do serviço público.

*Moraes*¹⁷⁵ ressalta que a Doutrina de: “Sérgio de Andréa Ferreira já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à administração pública, pois a constituição Federal prevê que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (CF, art. 74,II)“.

De fato, era implicitamente presente, porém após a explícita no ‘caput’ do art. 37 da Constituição Federal, constituindo-se em um princípio basilar, se fez com que saísse tal obrigação–dever de eficiência do plano gestor, ou político e passasse a toda a Administração Pública compartilhar do *dever de eficiência*.

Dizemos *dever* a tal princípio, pois esta é a prerrogativa deste. É um dever decorrente de imperativo legal implícito à inerência da norma. Existindo a bem do serviço público, torna-se dever legal e moral a observância direta e constante da aplicação do Princípio da Eficiência.

*Moraes*¹⁷⁶ ainda referindo-se a posição de mestres como *Canotilho* e *Moreira*, explana que:

Assim, *princípio da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 291.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 294.

do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca de qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o *princípio da eficiência* dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

O art. 37, § 3º da Constituição Federal, estabeleceu a participação do popular na administração pública direta e indireta, a fim de que ouvido, possa o mesmo sugerir acerca de pontos que poderão ser efetivamente melhorados no serviço público e assim garantir um próximo atendimento de forma mais aperfeiçoada. Abaixo transcrevemos o referido dispositivo:

§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Já o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, é norma cogente que visa punir os infratores deste dever de eficiência, por atos devidamente comprovados como ímprobos realizados por agentes públicos. Tudo no sentido de garantir-se uma maior atenção por parte do funcionalismo que após tais inserções ficaram vinculados a uma eficiência operacional maior. Abaixo transcrevemos o art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988:

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O *Princípio da Eficiência* compõe-se de algumas características básicas que visam uma correta aplicação prática. Brevemente discorreremos sobre os mesmos. Vejamos:

- a. **eficácia:** É a base do princípio. Note-se que eficácia e eficiência em parte são sinônimas. Porém, a eficácia é empregada de forma a distinguir da própria eficiência, pois esta primeira, consoante a nomenclatura visa a alcançar um fim determinado. A eficiência, em termos de nomenclatura, pode ser de certa forma contida, já a eficácia é a eficiência comprovada. Esta eficácia pode ser de ordem *material* que se revela no adimplemento das competências administrativas e na ordem *formal* que se traduz no curso de um procedimento administrativo. Tomás-Ramón Fernández¹⁷⁷ retrata que “a lei deve conceder a administração – nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição – tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas”.
- b. **neutralidade:** O Estado deve ser neutro, valorando e considerando, na resolução de qualquer ato, que o faz para toda uma coletividade em comum.
- c. **transparência:** Como assevera Moraes¹⁷⁸: “o princípio da eficiência da administração pública pretende o combate à ineficiência formal, inclusive com condutas positivas contra a prática de subornos, corrupção e tráfico de influência. Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública, deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicas, exigindo-se, portanto a observância tão-somente de fatores objetivos como o mérito funcional e competência, vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços, e, conseqüentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação”.
- d. **imparcialidade:** Em suma, é completa independência dos interesses privados, individuais ou de grupo, tratando toda uma sociedade de

¹⁷⁷ FÉRNANDES, Tomas-Ramóm. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p.117.

¹⁷⁸ MORAES, Op. cit. p. 296.

forma e com tratamento igualitário. Maria Tereza de Melo Ribeiro¹⁷⁹ assinala que: “a afirmação do princípio da imparcialidade na Administração Pública surgiu, historicamente, da necessidade de, por um lado, salvaguardar o exercício da função administrativa e, conseqüentemente, a persecução do interesse público da influência de interesses alheios ao interesse público em concreto perseguido, qualquer que fosse a sua natureza, e, por outro, da interferência indevida, no procedimento administrativo, em especial, na fase decisória, de outros sujeitos ou entidades, exteriores à Administração Pública”.

- e. **desburocratização:** É uma das características basilares do princípio da eficiência. Apontando no rumo de um serviço público de qualidade, sem burocracia, aberto a toda população, eficiente, célere e estruturado de forma a atender melhor a população.
- f. **busca de qualidade:** A busca de qualidade é vislumbrada da óptica que já existe hoje em sistemas privados de certificação de qualidade. De tempos em tempos, auditores destes institutos de certificação de qualidade percorrem empresas a fim de verificar se estão adequadas ao padrão máximo que se conhece de qualidade, padrão que, também é evolutivo juntamente com novos meios tecnológicos, novas técnicas e métodos. A administração pública como um todo, também precisa adequar-se às novas tendências, saindo do ostracismo cultural em que vivia e partindo para uma era moderna e globalizada. As realidades e necessidades, no mundo atual, renovam-se a cada dia e o Estado, precisa se adequar a estes novos desafios constantemente, inclusive sendo o precursor moral de tais adequações e evoluções, já que o mesmo é o representante indireto de toda uma sociedade. O certificador neste caso é o próprio povo que ganha cobrando serviços públicos de qualidade e aprovando-os de modo a certificar a comunidade à prestação dos serviços públicos. A busca pela qualidade deve ser de incessante preocupação vistas ao perfeito aprimoramento e

¹⁷⁹ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p.170.

adequação dos serviços públicos com fins ao melhor atendimento das pessoas, com fins inclusive do fortalecimento estatal que se daria com uma arrancada desenvolvimentista.

g. direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum:

Equivale a dizer O art. 3º da Constituição Federal, especialmente em seus incisos de I a IV, trazem o contexto que reflete a incidência deste princípio, quando explicitam, por exemplo, que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária, (II) garantir o desenvolvimento nacional, (III – 2ª parte) reduzir as desigualdades sociais e regionais, (IV) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Constituições estaduais já haviam consolidado tal princípio em vosso bojo, antes da Constituição Federal, a ter incorporado com a Emenda Constitucional n.º: 19/98, tais como a Constituição Estadual da Bahia que diz e seu art. 13 que a Administração Pública destina-se a servir a sociedade que lhe custeia, bem como a do Rui Grande do Sul, que ressalta a promoção do bem comum.

h. participação e aproximação dos serviços públicos à população:

É ato de democracia. Em uma sociedade democrática, nada mais justo que seja garantido o acesso à prestação de serviços públicos a todas as pessoas indistintamente. Mais uma vez aqui vemos a presença de tal princípio no art. 37, § 3º da Constituição Federal.

Problema que se amolda ao tema do princípio da eficiência é o da discricionariedade em face do referido instituto.

Aqui nos cabe ressaltar outra peculiaridade do princípio da eficiência. Esta se dá no sentido de que ocorre certo fenômeno devido a outros princípios que incidem sobre este, bem como quando concomitantemente são aplicados com este, tais como o princípio da moralidade pública, princípio da razoabilidade e o princípio da finalidade específica.

Este fenômeno jurídico é a relativização ou mitigação da discricionariedade da Administração Pública. Isto se dá pois temos que o Direito deve amparar a

todos isonomicamente em uma sociedade, ou seja, o Direito é construído em nome de todos e deve ser aplicado a todos.

O que ocorre é que a sociedade tem preferências e privilégios que devem ser observados pelos agentes públicos quando do exercício de suas funções, pois é em nome do bem-estar popular é que se exerce as atividades de cunho administrativo, apesar da discricionariedade.

Existem atos que comportam uma discricionariedade tal que seja impossível de se falar em qualquer tipo de relativização da mesma. Já existem outros atos que podem inclusive caracterizar-se em desídia do Poder Público em face de um problema notório e de sabida urgência e atenção.

Portanto, é dever de todo aquele que trabalha na administração pública zelar pela boa qualidade e atendimento dos serviços públicos visando o bem comum, coletivo, a vontade geral (dentro das normas legais) que venha atender a população.

Portanto, deve este ao utilizar-se de sua discricionariedade ao agir administrativamente, observar para as reais necessidades da população com vistas a atender aqueles a que representa. Isto vale para qualquer agente público, seja ele agente político ou não.

Esta restrição subjetiva da discricionariedade, em face das necessidades básicas e elementares da sociedade, que devam ser supridas pelo Poder Público, se dá em razão do próprio bem estar social.

Atentemos para o seguinte exemplo: Uma cidade precisa de equipamento de respiração artificial em seu pronto socorro, porém o agente responsável resolve gastar uma verba para que seja utilizada com um grande evento em face de uma data comemorativa municipal. Neste, ocorre um acidente e por ironia do destino um cidadão necessita de oxigenação artificial. Não obtendo, falece.

A culpa, diretamente não pode ser imputada ao ente público em si, muito menos dele cobrado qualquer coisa em face da discricionariedade. Porém, é de se estabelecer prioridades. O que seria moralmente mais correto ? E legalmente ? Esta é a pergunta que fica.

Portanto, vemos que em determinadas situações deve o Poder Público prever, e este tem capacidade para isto, analisar quais são as reais necessidades sociais, qual a verdadeira importância de um certo bem, ou serviço, ou objeto, sobre outros, deixando de lado o caráter meramente político.

Consideramos aqui, que, este critério político subjetivo, pode inclusive ser o motivador de ensejo face à possível indenização por parte do Estado em casos que se demonstrem tamanha e inequívoca desídia.

Porém a respeito de tal assertiva vejamos o texto de *Wallace Paiva Martins Júnior*¹⁸⁰ que bem descreve obra sobre o tema. Analisemos:

A razão que inspira a discricionariedade administrativa é o dever boa administração, estando, pois, relacionado intimamente à eficiência: trata-se de um poder instrumental para o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal.¹⁸¹ A competência discricionária consiste na margem (relativa) de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para escolha, dentre as alternativas oferecidas daquela que melhor atenta ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade quando a lei assim lhe permita, subordinando-se, no entanto, à competência, à forma e às finalidades legais.

Alguns aspectos inerentes à discricionariedade administrativa e a medida de seu controle judiciário suscitam maior debate e não podem ser ignorados. Efetivamente, o maior grau de emprego, da discricionariedade administrativa se deu com a correlata intervenção do Estado na ordem econômica e social, quando abandonou a feição de Estado de Polícia para assumir a de Estado Social (ou Proveniência), recebendo o Poder Executivo (e a Administração Pública) maiores poderes diante da necessidade de reação a tempo e modo adequados às circunstâncias imponderáveis, o que exigia flexibilidade e rapidez das decisões. Entretanto, isso poderia levar a situações extremas, como a falta controle da atuação administrativa e a falência dos direitos dos administrados.

O aumento de leis dotadas de fórmulas gerais e conceitos indeterminados fez crescer a importância da discricionariedade. No entanto, ela foi reduzida aos conceitos de valor, excluindo de seu bojo os conceitos de experiência, cuja operação lógica de interpretação conduzia a uma única solução,¹⁸² se bem que Eduardo Garcia de Enterría afirma a existência de poder discricionário nos conceitos indeterminados porque aquele exige variedade de opções e estes levam à unicidade de solução pelo processo de interpretação em suas zonas de certeza.¹⁸³ na Itália

¹⁸⁰ MARTINS JÚNIOR. Wallace Paiva Martins. "A Discricionariedade Administrativa à Luz do Princípio da Eficiência" in RT n.º: 789/62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 63–81.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*, São Paulo : Malheiros, 1993 p. 15.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo : Atlas 1991. P. 69-74

¹⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. P. 75-76, 79-80. Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que não se poderá estabelecer uma zona de certeza, remanescendo em face da ausência de limitação da

discricionariedade administrativa foi examinada por Alessi e Giannini considerando a existência de critérios administrativos (discricionariedade administrativa), vislumbrando Alessi e discricionariedade, administrativa mesmo diante de conceitos técnicos, pois estes podem estar ligados a critérios administrativos quando os dados técnicos têm avaliação pelos critérios de oportunidade e conveniência ou quando a Administração Pública tem o poder de escolha o mais adequado dentre um dos vários meios técnicos. Giannini detecta discricionariedade administrativa pura quanto à decisão é norteadada pela avaliação do interesse público (critérios políticos) e técnica quando é guiada por critérios técnicos (científicos)

Viu-se que Renato Alesi reconhece discricionariedade administrativa quando, apesar da decisão ser informada por dados técnicos, é possível a escolha do meio mais adequado.¹⁸⁴ Em regra, o agente no poder discricionário tem várias opções para escolha do objeto visando o alcance da finalidade pública específica, mas, há casos, inclusive no poder vinculado em que o objeto é único, remanesce o poder de escolha no momento.¹⁸⁵ Em ambos os casos haverá, no entanto, liberdade de escolha no modo de execução do objeto a serviço de determinada finalidade, isto é, de cumprimento da sua obrigação ou de satisfação dos direitos que representa, desde que tenha conformidade como ordenamento jurídico (finalidade específica, razoabilidade, eficiência, moralidade, economicidade).

E continua o referido autor¹⁸⁶ com base no questionamento do Controle da Atividade discricionária frente ao Princípio da Eficiência, referindo-se inclusive a possibilidade, ou não, de controle pelo Poder Judiciário.

dúvida o juízo administrativo com exclusividade (“Relatividade da competência discricionária”. *Revista de Direito Administrativo* 212, Rio de Janeiro : Renovar, p. 52-53, abr./jun. 1998.

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo.: Atlas, 1991. p. 69–74.

¹⁸⁵ *Georges Vedel* explica que, por isso mesmo, não há puro poder discricionário, não prevalecendo, há muito tempo, a idéia da existência de atos discricionários que escapam a todo e qualquer controle jurisdicional (*Droit administratif*. Paris : Presses Universitaires de France, 1973. P. 319).

¹⁸⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p. 63–81, assim explana: “Sem dúvida, o princípio da eficiência veio a lume para viabilizar a reforma do Estado, sendo implementado no nível infraconstitucional por instrumentos de otimização ou de privatização (em sentido amplo) das atividades estatais (Leis Federais 8.987/95, 9.074, 9.491/97, 9.637/98, 9.649/98, 9.790/99). Porém, este é apenas um dos efeitos da consagração legislativa do princípio da eficiência. O outro indica uma revalorização do conteúdo da atuação administrativa, inclusive a decorrente da competência discricionária, cujo parâmetro será também a eficiência. Adotado expressamente no art. 37, *caput*, da CF, dá uma nova dimensão à Administração Pública, aproximando-a mais do dever de boa administração. Os administrados são titulares de dois direitos genéricos e fundamentais em face da Administração Pública: legalidade e funcionamento. O primeiro impõe garantias ao administrado pela instituição delimites a atuação da Administração Pública, sujeita a um dever negativo de abstenção. O segundo conjugado ao primeiro expressa a obrigação da Administração Pública oferecer certas prestações positivas aos administrados, sobretudo, quando a constituição ou as leis ordenam, genérica ou especificamente, descrevem linha de conduta administrativa para satisfação de interesses dos administrados, aos quais ela não pode renunciar em função da primazia do interesse público e sua indisponibilidade. Aqui, com razão, a discricionariedade administrativa cumpre papel importante, pois permite o cumprimento do dever positivo de maneira ótima, isto é, tendente à adoção da melhor solução, daquela que fiel e adequadamente atenda ao interesse público que inspirou a dotação da competência e da finalidade específica na norma. Esse dever positivo, anota Luciano Ferreira Leite, sujeita a

Creemos aqui, que, propriamente, atividade direta por apreciação do Poder Judiciário, não é possível face que deve-se conservar, em parte, a própria discricionariedade de alguns atos públicos.

Porém é possível, consoante já dito anteriormente, que, em casos que se verifique presente omissão, inércia, desídia, equiparadas analogicamente as formas culposas tais como a negligência, a imprudência e a imperícia, onde o ente público podendo e devendo atuar de forma efetiva, por questão de mera

Administração Pública ao cumprimento de maneira objetiva, o que está predeterminado no ordenamento jurídico, tendo os administrados o direito subjetivo de exigir seu cumprimento pelos meios previstos para o restabelecimento do direito violado. Assim como a violação de dever negativo gera para os administrados um direito subjetivo, isso também acontece na violação do dever positivo, sujeitando, ambos, à invalidação.

A eficiência também serve como batiza para a Administração Pública optar na competência discricionária entre o agir e o não agir. Aqui se cuida da relação da abstenção administrativa com o princípio da legalidade. O efeito do princípio da legalidade não é somente obrigar a Administração Pública ao seu respeito nos atos positivos por ela realizados, servindo, pois, para ela como uma regra de interdição de abstenção ou de obrigação de agir, seja quando a lei prescreve de maneira precisa a Administração Pública a tomar medida (sua recusa pode gerar anulação e responsabilidade), seja na ausência de prescrição legal precisa quando se considera que ela apreciou livremente a oportunidade de agir.

No fundo, a eficiência decorre da noção de boa administração. Raffaele Resta demonstra que à direita de boa administração.

O princípio da eficiência comunga os propósitos do princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), na medida em que este contribui para a escolha da solução mais adequada ao interesse público, de modo a satisfazer plenamente a demanda social.

A eficiência não é um critério subjetivo ou pessoal que inviabilize o exercício de um juízo de valor sobre a demanda social, o meio ofertado um empregado, e a relação de adequação entre ambos, tendo condições de inserir um controle de razoabilidade da atividade administrativa com maior campo de abrangência. Pelo contrário, o princípio da eficiência adquire importância quando se apresenta como uma ferramenta para aferir a validade jurídica da atividade administrativa, notadamente a discricionária, sob esse aspecto, fornecendo critérios para mediação da adequação da conduta a necessidade social reclamada. Conforme doutrina Héctor Jorge Escola, a oportunidade e a conveniência dos atos estatais implicam juízos de valor de índole subjetiva naqueles aos quais compete ditá-los, porém, a eficiência resulta de uma valoração objetiva, concreta e material dos resultados produzidos, tendo em conta as modificações que produzirão na realidade.

Portanto, risco e culpa são teorias opostas, mas ambas podem integrar individualmente o conceito de responsabilidade objetiva, dependendo das circunstâncias do caso em exame.

O mesmo autor afirma que “o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou...”, vale dizer, quando descumpra o dever legal de agir. Em uma palavra: quando se compor ilicitamente ao abster-se “.

No campo probatório, não estando o Estado sujeito aos efeitos da revelia, porque litiga direito indisponível, nos termos da lei processual civil, tem a seu favor a presunção legal de que trata o art. 334 do CPC, o que tem o condão de inverter, por si só, o ônus da prova a seu favor.

A teoria do risco administrativo não tem caráter integral, comportando a discussão das excludentes civis de responsabilidade.

Quando a responsabilidade tiver por fundamento a culpa indireta de Administração Pública, através de ato praticado por seus agentes, seja porque esse elemento se revela o móvel da demanda, seja porque ele se apresenta como pressuposto ao reconhecimento da responsabilidade, por se tratar de conduta omissiva ou de ato despido de caráter administrativo, o ônus da prova igualmente incumbe ao autor, porque condizente com o sistema processual em vigor e com o sistema de garantias da Fazenda Pública “.

discricionariedade administrativa não o faz, pode até ser caso de apreciação pelo Judiciário em sede de Ação Civil Pública (vide Lei no anexo) ou mesmo em sede de responsabilidade civil por atos omissivos indiretos. Mas isto já não faz parte de nossa abordagem e sim de outro tema que deve ser estudado a parte.

7.2. Princípios setoriais da administração pública

São aqueles que se encontram implícitos ou dispersos na ordem Constitucional ou mesmo infraconstitucionais, mas que visam de maneira geral a ser uma bússola das relações administrativas.

Aqui constituímos também alguns princípios de reconhecida relevância em fator da atividade administrativa, pra elucidar melhor a noção dos princípios que norteiam o nosso direito público.

7.2.1. Princípio da Supremacia do interesse público

Através deste princípio o direito aplicado a Administração Pública, deixa de ser um mero instrumento de garantia dos direitos individuais e passa a ser verdadeiro instrumento de pacificação social, visto que assume o caráter de ser primordial a garantia do bem comum, da hegemonia do bem-estar social.

Também encontramos designações diversas sobre o mesmo, dentre as quais, há aqueles que o denominam também como *Princípio da Finalidade Pública*.

É Princípio fundamental, estando presente desde o processo legislativo até a execução de ordem administrativa do ato público.

Não poderíamos aqui deixar de transcrever a lição absolutamente magistral de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*¹⁸⁷ a fim de ilustrar e todo o espírito de tal princípio, com suas críticas e acertos, como vemos abaixo explanado:

¹⁸⁷ DI PIETRO. Op. cit. p. 69.

No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de *interesse individual* e, o direito público, normas de *interesse público*.

Esse critério tem sido criticado porque existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público (como as concernentes ao Direito de Família) e existem normas de direito público que defendem também interesses dos particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposições em geral atinentes ao poder de polícia do Estado e normas no capítulo da Constituição consagrado aos direitos fundamentais do homem).

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o Direito Público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta de vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se à idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

O *Princípio da Finalidade Pública*, da qual alguns conceituam igualmente como sendo o do interesse público, é princípio distinto, porém atrelado a este, e que vincula o administrador na medida em que o mesmo disciplina que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.¹⁸⁸

Em uma sociedade em que se defendam valores sociais, é legítimo e inerente que haja a supremacia do interesse público, fazendo com que a concepção individualista desapareça para a finalidade de um bem comum. O bem-estar social, a paz moral de uma sociedade, o desenvolvimento das instituições de Direito são finalidades estatais que devem ser respeitadas em benefício de todos.

7.2.2. Princípio da indisponibilidade do Poder Público

Como a coisa administrada é pública e o administrador é servo da lei, ele não pode dispor do interesse público de maneira nenhuma, devendo atuar dentro

¹⁸⁸ DI PIETRO. Op.cit. p. 70.

da legalidade e vistas as necessidades a satisfazer o interesse da coletividade e a eficiência do serviço prestado pelo Estado.

Só poderia dispor de um serviço público a competência de um particular se houver possibilidade legal e interesse de fazê-lo. Porém, como concentrados grandes ramos da Administração Pública em termos constitucionais, há de frisar-se que na maior parte das vezes, e em termos práticos, seria de certo, indisponível o interesse público.

Porém, havendo brecha legal, e diante desta a Lei autorizando a delegação deste serviço a particular, o interesse público poderia dispor dos serviços autorizados.

7.2.3. Princípio da Presunção da Legitimidade

Essencial a função pública tem dois pólos distintos, de um lado a presunção de verdade, reputando-se por verdadeiros e certos os atos da administração e em outro pólo a legalidade do ato administrativo, pois é certo que este se fundamenta em lei.

Porém esta presunção é relativa (*juris tantum*), pois admite prova em contrário, revertido, é claro, o ônus da prova.

Muito assemelha-se ao princípio da Fé-Pública e é *longa manus* deste, dada a sua natureza e as suas características incidentes sobre a questão da Fé-Pública pré-estabelecida. Por isto as decisões de caráter administrativo possuem auto executoriedade e abrem a possibilidade de gerar obrigações imediatas para os particulares, por isto, também sendo designadas como *decisões administrativas executórias*.

7.2.4. Princípio da Boa-fé objetiva

Este princípio, em sede de segurança pública, e ainda mais de responsabilidade civil, se faz essencial de ser ressaltado, pois é sem dúvida norteador implícito de tais institutos no que tange ao poder público.

O administrado tem, ou ao menos deveria ter, em mente a boa-fé para com o Estado, e que este o tem para com ele. Assim, como dito antes, o Estado tem como função precípua defender o interesse de sua população, em benemérito desta, e a população deve se sentir açambarcada por esta defesa estatal sentindo-se garantida em seus direitos pela Administração Pública.

Desta maneira é que incide sobre a segurança pública e sobre a responsabilidade civil, tal princípio. Como ressalta *Nelson Nery Júnior*¹⁸⁹, da qual concordamos absolutamente, a respeito de tal óptica, temos que:

O fundamento dessa responsabilidade objetiva é o *risco administrativo*, ou seja, o *risco da atividade do Estado*, que foi criado para servir a comunidade e não para causar-lhe problemas. Caso a atividade estatal crie problemas e cause danos ao particular, este tem direito de ver-se ressarcido pelos prejuízos que sofreu e de ser indenizado pelo dano moral quando isto verificar-se. Da mesma forma, outro ângulo do mesmo fenômeno, quer dizer, o dever de a administração indenizar é também fundado no *princípio da boa fé objetiva*, pois o administrado crê, com boa-fé objetiva, que o Estado tem de exercer os seus misteres para o benefício da população, sendo certo que não foi idealizado para provocar e causar danos.

Por isto alguns classificam o princípio da boa-fé objetiva como subprincípio do princípio da moralidade administrativa. Porém declaramos que ambos são princípios.

7.2.5. Princípio da Continuidade do Serviço Público

A Administração Pública, como prestadora de serviços essenciais à sociedade, e a toda uma coletividade, dentro destas funções essenciais deve desenvolver um trabalho incessante, ou seja não pode parar.

¹⁸⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. “Responsabilidade Civil da Administração Pública” in Revista de Direito Privado - n.º: 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

Equivale a dizer que sendo essenciais os serviços públicos, não podem sofrer solução de continuidade.

Porém, observamos pelo *art. 6º, § 3.º da Lei n.º: 8987/94*, que não se considera descontinuidade a interrupção do fornecimento em situação de emergência ou, mediante prévio aviso, por razões de ordem técnica ou por inadimplemento do usuário.

Entretanto, em relação ao inadimplemento prevalece o entendimento doutrinário-jurisprudencial de que deve ser aplicado o *art. 22 do CDC* pelo qual, se o serviço for essencial, o inadimplemento não é causa de interrupção.

Sobre tal entendimento, temos que os usuários de serviços públicos, desde o advento da *Lei n.º: 8.078/90* mais conhecida como “Código de Defesa do Consumidor”, contam com dispositivos expressos de forma a garantir inclusive a reparação civil de eventuais danos decorrentes de serviços mal prestados. A bem da verdade, A Constituição Federal de 1988, em seu *art. 175* estabelece que: *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*, resguardando, é lógico o direito dos usuários de tais serviços.

Assim *Álvaro Lazzarini*¹⁹⁰ descreve a respeito do tema:

O *art. 22* da referida lei, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, com efeito, é expresso, no *caput* e no parágrafo único, em obrigar que os órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias e permissionárias, ou sob qualquer outra forma de empreendimento, forneçam serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, certo que, na hipótese de descumprimento, total ou parcial, dessas obrigações, serão as pessoas jurídicas compelidas a reparar os danos causados, na forma prevista no mesmo Código.

Referida norma de natureza cogente, é bem verdade, limita-se a prever a responsabilidade civil de pessoas jurídicas que indica, pelos danos que causarem, no que está de acordo com o *art. 37, caput*, da Constituição da República, bem como conforme previsão do mesmo artigo, agora, no seu parágrafo único, que cuida da responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A Administração Pública, em qualquer dos Poderes do Estado, porém, por uma questão cultural, não se apercebeu da vigência cogente da norma do *art. 2* do CDC, e, bem por isso, nem sempre os serviços

¹⁹⁰ LAZZARINI, Álvaro. “Consumidor de Serviços Públicos – Dever de Indenizá-lo enquanto cidadão”, in: *RT 774/126*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Grifo nosso. P. 127.

prestados pelos órgãos públicos, por si ou pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos são adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos.

Só se aperceberá da necessidade de fornecer serviços públicos adequados, eficientes, seguros e contínuos no exato momento em que seus agentes públicos também se aperceberem que, em ação regressiva, serão obrigados a reembolsar aquilo que as pessoas jurídicas, que integram, tiveram de pagar ao ofendido pelo descumprimento das obrigações previstas no citado art. 22 do CDC em razão de ação ou omissão do próprio agente público, sendo esta responsabilidade (do agente público) subjetiva.

A bem da verdade, podemos dizer que a continuidade dos serviços públicos tem grande ligação com o princípio da eficiência, da qual temos, que tem termos gerais e amplos, os princípios são intermodais, ou seja, se relacionam intimamente de forma a completarem-se.

Assim vemos a incidência de princípios sobre princípios, e que muitas vezes violando-se diretamente um, viola-se por vias transversas, mas legítimas de violação, outros.

Quanto ao tocante da essencialidade dos serviços públicos, descrevemos aqui por vezes, a lição de Lazzarini¹⁹¹ que expressa exatamente esta relação, ainda mais, quando da violação do princípio com o surgimento da pretensão indenizatória. Vejamos a lição do mestre:

Quanto ao que sejam *serviços essenciais*, mister trazer à lição de José Cretella Júnior¹⁹² no sentido de que “pode haver serviço público ‘não essencial’ e o serviço público ‘essencial’, o mesmo ocorrendo com o *serviço privado* ou *atividade privada*, classificada em essencial ou não-essencial. ‘A *essencialidade é essencial*’ é proposição de nítido truísmo (cf. Pontes de Miranda, *Comentários*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. v. VI. P. 54), porque é da *natureza da coisa a existência do próprio atributo*. ‘Essencialidade’ envolve juízo de valor e, por isso não se discute no plano lógico, mas apenas no jurídico. ‘Serviços ou atividades essenciais’ são aqueles que a regra jurídica ordinária define como tal. E a lei tem de ser federal.”

Tenha-se presente, assim, que “os órgãos públicos e suas autorizadas são responsabilizados objetivamente, à semelhança das empresas privadas ou particulares – exceção dos profissionais liberais -, por fornecimento de serviços imperfeitos, pela falta de fornecimento de serviços essenciais e pelos danos que daí decorreram. O sistema de reparação é o mesmo”.¹⁹³

¹⁹¹ LAZZARINI, Álvaro. *Consumidor ...* Op. cit. Grifo nosso.

¹⁹² CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense Universitária, 1989. v. II. p.1.063.

¹⁹³ DORNELLES DA LUZ, Aramy. *Código do Consumidor Anotado*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p.46.

Cumpra, no entanto, observar que para a reparação do dano, mais recente, a Lei n.º: 8.987, de 13.02.1995, Estatuto da Concessão e Permissão de Serviços e Obras Públicas, reiterou a observância da boa doutrina e do art. 22 do CDC, Lei n.º: 8.078, de 11.09.1990, prevendo sobre serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme as normas pertinentes que a Lei ou o respectivo contrato estabelecem, conceituando, ao depois, que “*serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas*” (art. 6º, § 1º), para em seguida, estabelecer que “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações de conservação, bem como a melhoria de expansão do serviço” (art. 6º, § 2º).

O art. 6º, § 3º, do aludido Estatuto da Concessão e Permissão, igualmente, deixou certo não se caracterizar como *descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência* ou *após prévio aviso*, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, bem como por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade, no que essa previsão se conforma com os *princípios da realidade e da razoabilidade*.

Daí por que, concluindo, o cidadão terá direito à indenização enquanto consumidor de serviços públicos que lhe causem dano, material ou moral, sendo a responsabilidade de natureza objetiva, tornando-se útil, no entanto, sempre conciliar a previsão do art. 22 do CDC como os conceitos expostos no art. 6º do Estatuto da Concessão e Permissão, que lhe é posterior, em tudo respeitados os princípios da realidade e da razoabilidade.

Também mister se faz, trazer a lume, a Lei n.º: 7703/89, que regula o direito de greve. Esta relaciona no art. 10 os serviços considerados essenciais, porém tal relação não é taxativa, sendo, portanto exemplificativa, pois se considera essencial o serviço indispensável à manutenção da vida e o direito.

7.2.6. Princípio da Autotutela

A Autotutela, como princípio aplicado, equivale ao dever que tem o Estado de anular os atos ilegais a qualquer tempo e a qualquer instância, e revogar os inconvenientes e inoportunos.

Assim estabelece a *Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal* que expõe:

SÚMULA 346 – STF: “A Administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

E confirma-se esse princípio que está consubstanciado na *Súmula 473 do STF* que assim explicita:

SÚMULA 473 – STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

O Princípio da autotutela é um desdobramento do próprio princípio da legalidade, já que se a administração pública está adstrita à Lei, nada mais correto, evidentemente que o próprio controle da legalidade.

7.2.7. Princípio do Controle ou Tutela

É um princípio voltado mais especificamente para os órgãos da administração indireta, onde a Administração Pública direta fica dotada de poderes para executar a fiscalização destes órgãos da administração indireta, observados, logicamente os outros princípios administrativos.

Assim, confrontam-se, ao figurar de um lado a questão da independência da entidade pública, que goza, por exemplo, de autonomia financeira e administrativa, e de outro o controle específico realizada pela Administração Direta, seja ela através de qualquer ente político, tal como União, Estados e Município para que possa se ter resguardado as condições originárias e a incidência principiológica administrativa sobre os serviços de tal entidade.

Como expõe *Di Pietro*¹⁹⁴ a regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.

7.2.8. Princípio da Especialidade

O Princípio da especialidade visa assegurar que a pessoa jurídica criada pelo próprio Estado, como por exemplo uma autarquia, siga rigorosamente os padrões, com vistas a sua especialização de função para qual foi originalmente criada e designada.

¹⁹⁴ DI PIETRO. Op. cit. p. 73.

Para tanto, vemos que o mesmo é decorrente direto de outros princípio tais como o *princípio da legalidade* e do *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

Portanto, como o próprio nome sugere , o princípio da especialidade visa à qualificação específica de serviços para as quais foram anteriormente criados e designados, sendo inerente à ordem pública. De certa maneira também age em consonância deste princípio, o princípio da eficiência a qual pela especificidade e qualificação tornam-se pares e inseparáveis.

Este princípio tem muito haver com a constante tendência de descentralização de determinados serviços públicos.

7.2.9. Princípio da Hierarquia

Como conceitua *Dr. Moacir Martins*, a *hierarquia* é a relação de subordinação, coordenação existente entre os órgãos do Executivo. Dela decorre a advocatória e a delegação quando a competência não for atribuída com exclusividade. Só existem nos outros poderes em funções meramente administrativas. Sobre o princípio da Hierarquia, assim descreve *Di Pietro*¹⁹⁵:

“Em consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei. Desse princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência”.

7.2.10. Princípio da Razoabilidade e proporcionalidade

¹⁹⁵ DI PIETRO. Op. cit. p.74.

Tal princípio decorre de que seja a proporção entre os meios empregados e os fins desejados pela lei. Trata-se de um subprincípio do princípio da legalidade. (“o ato é nulo não por falta de razoabilidade, mas por ilegalidade.”).

Como assinala *Di Pietro*¹⁹⁶, este é incluso inclusive na Constituição do Estado de São Paulo e trata-se de “*princípio aplicado ao direito Administrativo como mais uma das tentativas de imporem-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário*”.

Na significação vernacular, o termo *razoabilidade* vem de *qualidade de razoável* e o termo: *razoável*, vem a exprimir o seguinte, segundo *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*¹⁹⁷:

RAZOÁVEL [Do lat. rationabile.]

1. Conforme a razão; racionável.
2. Moderado, comedido.
3. Acima de medíocre; aceitável, regular.
4. Justo, legítimo.
5. Ponderado, sensato.

Portanto o princípio da razoabilidade vem a exprimir a própria ponderação, prévia e justa análise do caso concreto na aplicação dos preceitos administrativos a qualquer ato administrativo de forma a inserir-lhe em um alto grau de bom-senso no que tange aos serviços públicos, afastando-se de ideologias ou manifestações não adequadas e aproximando-se da presteza e certeza, além da qualidade dos serviços esperadas em determinado fato ou ato administrativo.

Sabemos que a razoabilidade exige a proporcionalidade. Esta proporcionalidade deve ser aplicada consoante os padrões vigentes da sociedade e não propriamente do próprio administrador.

Assim, por exemplo, se uma decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, que se espera, “*a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade*”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ DI PIETRO. Op. cit. p. 80.

¹⁹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua Portuguesa*. Editora Nova Fronteira.

¹⁹⁸ DI PIETRO. Op. cit. p.81.

Tal princípio, de razoabilidade e proporcionalidade, está implícito no artigo 2º, parágrafo único da lei n.º: 9784/99 e o seu alcance e aplicabilidade nos incisos do referido artigo conforme podemos ver abaixo:

Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I** – atuação conforme a lei e o Direito;
- II** – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III** – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV** – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V** – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI** – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII** – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII** – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX** – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X** – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI** – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII** – impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII** – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

7.2.11. Princípio da Motivação

Todas as decisões ou atos administrativos devem ser devidamente fundamentados com todas as razões de fato e de direito que ensejaram em tal

decisão. E nesta fundamentação obrigatória é que consiste o *Princípio da Motivação*.

Comumente encontramos sua aplicação em certas certidões específicas, laudos, pareceres, informativos, cópias de decisões e portarias, etc.

Segundo *Di Pietro*: “a motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes por órgão diverso daquele que proferiu a decisão”.¹⁹⁹

Está expresso na Carta Constitucional apenas para as decisões de ordem administrativa dos Tribunais (art. 93, X, CF) e também no art. 111 da Constituição Paulista.

Tal princípio, hoje é presente em nosso ordenamento jurídico de forma expressa na Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, em seu art. 50 e seus incisos. Vejamos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1.º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2.º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3.º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

¹⁹⁹ DI PIETRO. Op. cit. p. 83.

Portanto, podemos concluir que motivação e fundamentação são em termos gerais sinônimas, indicando que todas as decisões deve sofrer fundamentação a fim de esclarecer ao público (administrado) os motivos e os eu direito.

7.2.12. Princípio da Segurança Jurídica

O art. 2º, *caput*, da Lei n.º: 9784/99 consagrou em nosso ordenamento jurídico o *Princípio da Segurança Jurídica*, especificamente introduzindo-o positivamente na esfera administrativa.

Não é comum vermos assertivas sobre tal princípio em livros de direito administrativo, como adverte *Di Pietro*²⁰⁰.

Tal princípio é corolário de uma celeuma que ocorria antes da promulgação de tal lei, onde se verificava que constantemente tínhamos adequado à interpretação constatação a um caso concreto, mas não tinha estabilidade de adequação a outros casos idênticos, transmutando-se a resolubilidade “de caso em caso” em curtos lapsos temporais, que não justificassem tal mutação como fenômeno natural da aplicabilidade normativa.

Tais adequações pareciam de certo ferir a imparcialidade, serem recheados de conveniência pessoal, o que causava temível insegurança jurídica.

Tal princípio não explana vinculação, de modo algum, mas visa a dar estabilidade as relações jurídico-administrativas de forma a deixarem o público com certa orientação quanto ao trato da prestação dos serviços de ordem administrativa.

Visa à garantia de uma ordem, concisão e segurança jurídica plena. A segurança jurídica pode ser abordada mais que um princípio meramente administrativo, pois não o é.

²⁰⁰ DI PIETRO. Op. cit. p. 84.

Precisamos lembrar que a mesma incide sobre os preceitos administrativos porém é princípios gerais, implícitos na ordem constitucional que visa à garantia dos direitos de forma ampla.

7.2.13. Princípio da Atualidade

Diz respeito à modernização e expansão dos serviços. Tem derivação de fundamentos de Ordem constitucional tais como o *princípio da eficiência* e o *princípio da moralidade administrativa*.

Portanto, com a incidência do princípio da atualidade, temos uma nova tendência em face do princípio da eficiência, que a busca incessante de novas técnicas e tendências modernas de atendimento ao serviço público.

Assim, fatores como a desburocratização, a informatização, estariam hoje inseridos no contexto de tal princípio.

A melhoria e a expansão dos serviços públicos com qualidade, eficiência e modernidade constantemente crescentes estão na essência do Princípio da Atualidade, já que um Estado Moderno, não pode mais suportar aqueles “escândalos” que víamos, verdadeiro desrespeito ao contribuinte, quando em plena era de expansão da informática ainda tínhamos a utilização de máquinas de escrever mecânicas, por sinal, muitas vezes arcaicas e defeituosas, além de outros arcadismos que se fossemos relatar aqui caberia uma obra específica de cunho político e não jurídico.

O *Princípio da Atualidade* está expressamente previsto no art. 6º, §2º da Lei n.º: 8987/96. Vejamos:

Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2.º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3.º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

7.2.14. Princípio da Gratuidade

Em certos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente no XXXIII e XXXIV, vemos estabelecidos preceitos e conceitos que além de resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, e até com base nisto, trazem implícitos princípios de ordem pública indispensáveis à atividade administrativa. Vejamos os exemplos aclarados na transcrição de parte do trecho Constitucional:

Art. 5º, CF:

(...)

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Conjugados tais incisos podemos constatar que a gratuidade é preceito de ordem constitucional.

DI Pietro anota que *“sendo a Administração Pública uma das partes do processo administrativo (de qualquer ordem ou instância), não se justifica a mesma onerosidade que existe no processo judicial”*. Ressalta ainda a autora, que, a regra da gratuidade vem hoje exclamada expressamente no art. 2º, parágrafo único, inciso XI, da Lei n.º: 9.784, que proíbe a *“cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei”*.²⁰¹

Portanto, amenos que haja determinação expressa em Lei, e que não fira a Constituição, a regra é a gratuidade dos atos e processos administrativos.

²⁰¹ DI PIETRO. Op. cit. p. 513.

8. PODERES ADMINISTRATIVOS DO ESTADO

Primeiramente temos que ter uma noção do que é Poder em sentido amplo, em termos administrativistas. *Di Pietro* assevera que embora o vocábulo

poder dê a impressão de que trata-se de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder–dever.²⁰²

Isto posto que, os poderes da administração são absolutamente irrenunciáveis, em face de, estarem sendo exercidos a beneplácito de toda uma coletividade.

Primeiramente, devemos ressaltar que quanto aos chamados *poderes discricionário e vinculado*, temos que fazer uma distinção. Eles não são poderes autônomos em espécie, mas sim atributos, características, forma de exercício dentro de outros poderes como o normativo, hierárquico e disciplinar.

Portanto o poder normativo, poder ter facetas discricionárias ou vinculadas, e o mesmo ocorrem com o poder hierárquico e o poder disciplinar.

Quanto à questão do uso do poder, sem dúvida constitui um dos mais fascinantes e polêmicos temas em sede de administração pública e agente público.

A questão, em termos filosóficos se faz nos sentido da própria simbologia ilustrativa do Direito e da Justiça. Podemos afirmar isto com base em Ihering²⁰³ que discorre da seguinte maneira:

O direito não é uma pura teoria, mas uma força viva.

Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.

Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança.

O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos, mas ainda de uma nação inteira.

Portanto, concluímos que dentro de todos os princípios norteadores de nosso Direito, o mesmo deve ser exercido e exercitado, se necessário, a força, porém a força que estamos falando é a legítima, razoável, necessária a execução do direito e da justiça. Força esta muitas vezes denominada de poder, ou mesmo

²⁰² DI PIETRO. Op. cit. p. 86.

²⁰³ IHERING. Op. cit. p. 1.

poder-dever, força que exerce domínio, que exerce a sua função coercitiva dentro dos padrões legais, morais e éticos.

É bem verdade que estado e poder sempre caminharam lado a lado, neste “*Contrato Social*” existente em uma sociedade liberal. E até mesmo antes do estado liberal. Um exemplo marcante é o de *Maquiavel* que em “*O Príncipe*”, obra de incontestável valor literário, na idade média já descrevia da seguinte maneira:

Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados. Os principados são: ou hereditários, quando seu sangue senhorial é nobre há já longo tempo, ou novos. Os novos podem ser totalmente novos, como foi Milão com Francisco Sforza, ou o são como membros acrescidos ao Estado hereditário do príncipe que os adquire, como é o reino de Nápoles em relação ao rei da Espanha. Estes domínios assim obtidos estão acostumados, ou a viver submetidos a um príncipe, ou a ser livres, sendo adquiridos com tropas de outrem ou com as próprias, bem como pela fortuna ou por virtude.

De fato, o Poder sempre foi fator determinante e presente, porém, modernamente no Poder exerce uma função em prol da sociedade, o que o diferencia de outros temas como o de Maquiavel.

Mas falamos tanto em sociedade. O que é sociedade ?

Na lição de *Nelson de Souza Sampaio*, “*sociedade vem a ser toda forma de coordenação das atividades humanas objetivando um determinado fim e regulada por um conjunto de normas*”.²⁰⁴.

Ainda o mesmo autor afirma que: “*Não há sociedade que não possua normas de conduta, uma vez que o homem não é um ser angélico e os divergentes interesses individuais não se harmonizam espontaneamente*”.

Jean Rivero a respeito diz: “*a Administração Pública deve satisfazer o interesse geral e não o conseguirá se encontrada em pé de igualdade com os particulares, pois, as vontades destes, determinadas por motivos puramente pessoais, colocam a sua – a da Administração Pública – em xeque sempre que as*

²⁰⁴ SAMPAIO, Nelson de Souza. *Prólogo a Teoria do Estado*. 2. ed., São Paulo: Forense Apud BASTOS, Celso Ribeiro de. *Curso de Teoria Geral do Estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1.

colocar presença dos constrangimentos e sacrifícios que o interesse geral exige”²⁰⁵.

E é exatamente neste sentido que se faz necessário uma força coercitiva, a fim de que se possa condicionar o interesse individual ao interesse coletivo. A este poder–dever de condicionamento do Estado e prevalescência sobre os interesses individuais denominamos Poder de Polícia, que abordaremos em capítulo próprio e específico ao tema.

Porém é necessário lembrar que este poder existe em função da sociedade, e para o bem comum das pessoas, tendo limites que não poderão ser exorbitados de maneira alguma sob pena de estar-se incorrendo em violação de direitos pessoais que caracterizam-se pelo abuso do direito que em sede de direito administrativo classificamos como *abuso de poder*.

E o abuso de poder é gravíssimo em termos jurídicos, já que vemos que o mesmo implica na desfiguração dos preceitos constitucionais, particularmente de princípios de Ordem Maior, tais como a impessoalidade ocasionando muitas vezes ao Estado o dever de indenizar em face deste evento.

O agente público trabalha em função do povo, para o povo, para o seu bem–estar, portanto deve zelar para que haja razoabilidade de seus atos, com o intuito de garantir tanto a satisfação da atividade administrativa, quanto à incolumidade dos direitos individuais.

Portanto, qualquer extrapolação de direitos mediante o abuso de autoridade, o abuso de poder, a arbitrariedade, devem ser apuradas tanto em sede de processo administrativo disciplinar, como também em sede do Judiciário, quando necessário, sejam nas esferas criminais ou civis.

Voltemos agora à abordagem das modalidades de Poderes e de suas características. Quanto a maior ou menor liberalidade no uso do poder administrativo podemos classificar o mesmo em dois principais ganchos: um sendo o *poder vinculado* e o outro o *poder discricionário*. Assim, vamos

²⁰⁵ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livr. Almedina Coimbra, Portugal, 1981, p.15 *apud* LAZARINI, Álvaro. Op. cit. p. 32.

primeiramente ao estudo próprio destes caracteres do poder na citação magistral de *Hely Lopes Meireles*²⁰⁶:

Poder vinculado é aquele que o direito positivo - a lei - confere ao administrador público para a prática de ato de sua competência, determinando, o conteúdo, o modo, o tempo e a forma de seu cometimento. Nesses atos, a lei sujeita a sua realização aos dados constantes de seu texto, vinculando o administrador à sua observância. Por isto se diz que este poder é vinculado ou regrado. Tal se dá, quando a lei confere o poder de promover, indicando os requisitos a serem atendidos; o de nomear, sujeitando-o a aprovação em concurso; o de isentar de determinado tributo, atendidos certos requisitos; o de demitir, apurada a infração em processo regular, e assim por diante.

Poder discricionário é o que o direito concede ao administrador público de modo explícito ou implícito, para a prática de certos atos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade ou conteúdo. À luz desse conceito, convém desde logo esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente distintas: discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbitrariedade é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário - quando autorizado pelo direito - é legítimo e válido; ato arbitrário é sempre e sempre ilegítimo e inválido. Daí a advertência de Jêze: «Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire e pouvoir arbitraire» («Droit Administratif», 1914, 1/371). Mais uma vez insistimos nessa distinção para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricção em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente do poder discricionário que lhe for atribuído.

Quanto ao funcionamento ordinatório dos poderes, podemos classificá-los em poder hierárquico e disciplinar, e quanto a sua finalidade normativa expressa, classificamos o poder em poder regulamentar ou normativo, da qual é único em emanar originariamente as ordens legais.

A qual, para tanto, por mais uma vez brindamos o leitor, com indiscutível e qualificada lição doutrinária de *Hely Lopes Meireles*²⁰⁷ e o fazemos por não acharmos comparável a ser utilizada:

Poder hierárquico é o de que o Executivo dispõe para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos e serviços, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro. A hierarquia é a relação de subordinação entre os vários órgãos do Executivo, com a

²⁰⁶ MEIRELES, Hely Lopes. *Poder de Polícia e segurança nacional* in RT 445/287. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p 288.

²⁰⁷ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p 288-289.

gradação de autoridade de cada um. A hierarquia é privativa das funções administrativas, pois não há hierarquia nas funções judiciárias e legislativas: o que há é gradação de instâncias no Judiciário e distribuição normativa entre os Legislativos. O poder hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito Interno da Administração. Do poder hierárquico decorrem as faculdades implícitas de dar ordens, fiscalizar, delegar, avocar, rever e punir .

Poder disciplinar é a faculdade de reprimir as infrações funcionais do subordinado, no âmbito interno da Administração ou Corporação. O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. O poder hierárquico permite a distribuição e escalonamento das funções; o poder disciplinar autoriza a verificação do desempenho das funções e a responsabilização do agente pelas infrações cometidas. Não se confunda também, o poder disciplinar da Administração, com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Criminal (comum ou militar). O poder disciplinar é exercido em benefício do serviço; o poder punitivo do Estado é exercido em defesa da sociedade. A punição criminal é de natureza judicial.

Poder regulamentar (ou normativo) é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo federal, estadual e municipal (e somente eles) de explicar a lei para a sua correta execução, ou de expedir normas autônomas sobre matéria de sua competência, sempre através de decreto. Daí os decretos regulamentares e os decretos independentes ou autônomos. O poder regulamentar é inerente e privativo do Chefe do Executivo (Constituição da República, art. 81, n. III) .O que não se contém no poder regulamentar é a faculdade de substituir a lei naquilo que é reserva da lei, isto é, que só por lei pode ser provido. Os regulamentos são sempre atos administrativos, quer sejam normativos (regulamentos gerais) ou individuais (decretos de provimentos de cargos, de punição, e outros individualizados).

9. PODER DE POLÍCIA

9.1. Conceituação

O Poder polícia é um dos mais importantes e fundamentais poderes do Estado.

Cuida-se que: *“Poder de Polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública em geral, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”*.²⁰⁸

Pode-se parecer estranho e incompatível à primeira vista quando vemos um poder que visa a restringir os direitos individuais. Mas não é essa a interpretação, ele não visa restringir os direitos individuais, mas sim limitá-los a ponto de que sejam garantidos os direitos individuais de toda uma coletividade.

Isto equivale a dizer que ele só condiciona o uso dos direitos ao fim que o próprio direito estabelece, visando o bem-estar de todos e conseqüentemente o exercício regular do direito (em sentido amplo) de toda uma sociedade.

Este poder–dever que se constitui o poder de polícia é de certo, poder que visa a informar toda uma diretiva de proteção Estatal, em seus princípios mais puros. Assim, de satisfazer a tríplice objetivo sendo o primeiro o da paz social, o da salubridade pública e o da segurança geral.

Themístocles Brandão Cavalcanti citado em *Di Pietro* aclara que o poder de polícia *“constitui um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos”*. E ainda neste mister, diz que se trata de limitação a liberdade que tem por fim assegurar esta própria liberdade.²⁰⁹

O *poder de polícia* é um poder que se reparte e verifica-se em todas as esferas da Administração Pública, sejam elas da União, dos Estados ou mesmo

²⁰⁸ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 289.

²⁰⁹ DI PIETRO. Op. cit. p. 108.

dos Municípios, é claro diante da competência atributiva e das limitações que a Lei estabelecer a cada um.

Também todos administrativistas concordam em uníssono com um ponto: “*Que a Administração Pública tem o poder de ditar e executar medidas restritivas do direito individual em benefício do bem estar da coletividade e da preservação do próprio Estado*”.²¹⁰

Quando falamos em Poder de Polícia, nos vêm logo a mente a questão da polícia (segurança pública), e sobre esta José Cretella Júnior assinala que a idéia de polícia é inseparável da idéia de Estado.²¹¹

9.2. Evolução do Poder de Polícia

O vernáculo *polícia* origina-se do grego *politéia* - (*polytheos*, 'que adora muitos deuses) – sendo designado como palavra usada para regular todas as atividades da cidade–estado (*polis*).²¹²

Bismael B. Moraes²¹³ elucida que foi nos Estados Unidos da América do Norte, uma nação democrática, que nasceu a expressão ‘*Police Power*’, ou diga-se: Poder de Polícia, quando o Juiz Marshall, no caso citado por todos os constitucionalistas de *Brown vs. Maryland*, utilizou-se de tal expressão.

Na era medieval o termo *jus politae* foi utilizado para designar a boa ordem da sociedade civil durante o regime feudalista e ao final do século XV e início do século XVI tal termo foi utilizado para designar toda a atividade do Estado, que até então era de certa forma principado.

Então decorreu a distinção do termo entre *polícia* e *justiça*, sendo o primeiro inerente às normas baixadas pelo príncipe, sem possibilidade de

²¹⁰ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 289.

²¹¹ CRETILLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia*, in: “Revista dos Advogados n.º: 17”. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1985. p. 53.

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit. p. 109.

²¹³ MORAES, Bismael B. *Direito e Polícia – Uma introdução à Polícia Judiciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p.32.

apreciação pelo Tribunal, e o segundo as normas gerais, fora dos ditames do príncipe e aplicadas pelos Tribunais.²¹⁴

Passados os grandes ditames dos regimes absolutos, encontramos uma nova fase: a do Estado de Direito, onde até mesmo o príncipe incluía-se dentro de normas, submetendo-se a elas. Primeiramente baseado no liberalismo, onde a polícia e tal poder, serviam meramente como agente de segurança, havendo a supervalorização dos direitos individuais.

Já numa fase posterior, quando começa a surgir o Estado com conceitos mais sociais, tornando-o portanto em um *Estado intervencionista*, a sua atuação passa a não mais se limitar tão somente à segurança, mas estende-se a todas as funções inerentes a administração, como forma de fiscalizar, regular e disciplinar a vida em sociedade. Surge então, nesta fase, a incidência do Poder de Polícia a ordem social e econômica.

Estava então estabelecida à limitação da liberdade plena, pelo poder de polícia em face do interesse coletivo, do bem estar social e da ordem pública. Fez-se, então, consolidado e consagrado o Poder de Polícia.

9.3. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

Facilmente podemos distinguir, sem maiores e inúteis delongas, aproveitando-se da distinção que *Álvaro Lazzarini* citado em *Di Pietro*²¹⁵ magistralmente fez, quando explanou que: “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito administrativo (preventiva ou repressivamente) a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

9.3.1. Apontamentos sobre a Polícia

9.3.1.1. Origens Históricas

²¹⁴ DI PIETRO. Op. cit. p. 109.

²¹⁵ DI PIETRO. Op. cit. p. 112.

A polícia tem suas origens históricas que, segundo registros, partem desde os primórdios da civilização, quando nas primeiras comunidades precisou se organizar a vida em grupos sociais.

Já no antigo e novo testamento encontramos diversas passagens que comprovam a existência de uma instituição semelhante à polícia que era a guarda, geralmente de uma terra, de um povo. Para tanto fazemos citar alguns trechos da Bíblia Sagrada²¹⁶ que confirmam isto:

Neemias 7:3 E lhes disse: não se abram as portas de Jerusalém até que o sol aqueça e, enquanto os guardas ainda estão ali, que se fechem às portas e se tranquem; ponham-se guardas dos moradores de Jerusalém, cada um no seu posto diante de sua casa.

João 18:3 Tendo, pois, Judas recebido à escolta e, dos principais sacerdotes e dos fariseus, alguns guardas, chegou a este lugar com lanternas, tochas e armas.

João 18:12 Assim, a escolta, o comandante e os guardas dos judeus prenderam Jesus, manietaram-no

Agora, uma das mais contundentes provas da existência de tal organização nos moldes da polícia se faz com esta citação de Jeremias, capítulo 37 e versículos, escrito a cerca de 7 (sete) séculos antes de Cristo, que assim diz:

¹³ Estando ele à Porta de Benjamim, achava-se ali um capitão da guarda, cujo nome era Jerias, filho de Selemias, filho de Hananias, capitão que prendeu a Jeremias, o profeta, dizendo: Tu foges para os caldeus.

¹⁴ Disse Jeremias: É mentira, não fujo para os caldeus. Mas Jerias não lhe deu ouvidos; prendeu a Jeremias e o levou aos príncipes.

¹⁵ Os príncipes, irados contra Jeremias, açoitaram-no e o meteram no cárcere, na casa de Jônatas, o escrivão, porque a tinham transformado em cárcere.

¹⁶ Tendo Jeremias entrado nas celas do calabouço, ali ficou muitos dias.

²¹⁶ A BÍBLIA SAGRADA – Revista e Atualizada. Traduzida por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedades Bíblicas do Brasil, 1993.

De fato, na Grécia por volta de 100 anos antes de Cristo, ‘*havia um tipo de guarda que ostentava um bastão, cuja extremidade possuía bola de metal com o nome do Faraó*’.²¹⁷

Muitos defendem ser esta a origem do cassetete utilizado hoje em dia por nossos policiais.

A história, ainda nos conta que no Império Asteca “*havia um Magistrado de Tribunal, eleito, representante do rei que tinha sob suas ordens verdadeiros comissários de polícia encarregados de manter a tranqüilidade, designado aos guardas a função de efetuar prisões*”.²¹⁸

Vencidas estas formas primitivas de polícia, temos que realmente as polícia nos moldes que ‘inspiraram’ às nossas atuais instituições foram sem dúvidas às organizações greco-romanas.

Estas, num primeiro momento foram de certa forma laicas, mas depois devido à influência, principalmente nas ordenações de países como Portugal, Espanha e França, estenderam seus braços para uma Jurisdição de Ordem Eclesiástica que a princípio servia somente para julgar questões ligadas a fé, tais como a heresia, mas que posteriormente estendeu-se à aplicação a vários outros crimes, pela própria disposição dos cânones que se antecipavam inclusive ao direito romano.

Hoje, em um Estado laico, temos a independência do Poder do Estado, do Poder Eclesiástico, cumprindo a este segundo somente a educação para um bem social, consoante declarada na Encíclica “*Divini Redemptoris*”, onde Pio XI aclarou que: “*A sociedade fez-se para o homem e não o homem para a sociedade*”.²¹⁹

No Brasil, Azkou²²⁰ ressalta que a idéia própria de polícia, pelos documentos existentes, nasceu em 1530 juntamente com o sistema de capitanias hereditárias, quando Dom João III outorgou a Martin Afonso de Souza uma carta

²¹⁷ AZKOUL, Marco Antonio. *A Polícia e sua função Constitucional*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 8.

²¹⁸ AZKOUL, Marco Antonio. Op. cit.. p. 8.

²¹⁹ LAZARINI, Álvaro. *Estudos de* Op. cit. p.181.

²²⁰ AZKOUL, Marco Antonio. Op. cit.. p. 9.

régia que estabelecia ao mesmo a promoção da Justiça e a organização do serviço da ordem pública.

Em 13 de maio de 1809, instituía-se no Brasil a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, que era então o primeiro dispositivo legal a dar vida à Polícia Militar.

Muita coisa mudou e vem evoluindo através dos tempos , mas não nos cabe aqui a uma abordagem histórica completa e sim uma abordagem de superfície para que possamos ter idéia de passagens e da existência da organização policial ao longo dos tempos.

O fato é que louvável, quando bem exercida (dentro de todos os ditames legais) é a atividade policial. *Marco Antônio Azkoul* a respeito da profissão policial e sua atividade, assim descreve:

Em certa ocasião, o Papa João XXIII recebeu de um menino de dez anos uma carta breve, que dizia:

“__Meu querido Papa: estou em dúvidas. Quero chegar a ser polícia ou Papa. Qual é a sua opinião ? Bruno”.

O papa respondeu o seguinte:

“__Meu querido Bruno: Se queres tomar meu conselho, estuda para polícia, porque é algo que não se pode improvisar. Qualquer um pode chegar a ser Papa. A prova é que eu cheguei a sê-lo. Se vieres a Roma, vem visitar-me. Terei muito gosto em voltar a falar contigo e de tudo isto”.²²¹

Logicamente, o Papa não considerava a profissão de policial maior do que a dele, como líder mundial de todo um credo religioso.

Considerava sim, que na verdade, a condição de ser Papa era algo que vocacionalmente só poderia ser avaliado ao decurso do tempo, quando o então menino tivesse maturidade tal para poder escolher e decidir entre uma carreira eclesiástica e uma carreira policial. Mas ele também não tentaria explicar tamanha questão ao ‘pequeno’ menino.

Mas, o fato é que, sem dúvida, ao dar a singela e humilde explicação ao menino Bruno, o Papa fez uma afirmativa no sentido de reconhecer a tamanha

²²¹ AZKOUL, Marco Antônio. Op. cit. p. 25.

importância do serviço policial e a sua minuciosa forma de ser, quando se diz, por exemplo, “que não se pode improvisar”.

9.3.1.2. A Polícia e o seu papel Constitucional

A Constituição Federal de 1988, ao tratar do título: Segurança Pública, prescreve em seu art. 144 e incisos que iremos aqui percorrer com as notas da obra de *Alexandre de Moraes*²²², que: “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:

I - polícia federal:

Polícia federal: deve ser instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira. Destina-se a: apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e dos outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; exercer as funções de polícia judiciária da União.²²³

II - polícia rodoviária federal:

Polícia rodoviária federal: é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais;²²⁴

III - polícia ferroviária federal:

²²² MORAES, Op. cit. p.581.

²²³ MORAES, Op. cit. p.581. sobre § 1º e incisos do referido dispositivo.

²²⁴ MORAES, Op. cit. p.581 sobre § 2º do referido dispositivo. Redação dada pela EC nº 19/98.

*Polícia ferroviária federal: órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.*²²⁵

IV - polícias civis:

*Polícias civis: deverão ser dirigidas por delegados de polícia de carreira, são incumbidas, ressalvada a competência da União, das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto das infrações militares.*²²⁶

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares:

Polícias Militares: sua atribuição é de polícia ostensiva, para preservação da ordem pública;

*Corpos de bombeiro militares: além das atribuições definidas em lei, são incumbidos da execução de atividades de defesa civil.*²²⁷

Assim, cuida-se os parágrafos e incisos do mencionado art. 144, da Competência delegada a cada órgão policial, sendo que esta multiplicidade de órgãos na segurança pública se fez por dois motivos distintos: O primeiro é que o legislador originário buscou um maior atendimento e abrangência de todas as áreas possíveis para a efetivação de qualidade na segurança pública.

O segundo motivo, pode ser descrito como sendo de cunho político. Em face de até então recente saída de um governo totalitário para um governo civil e democrático, visou-se com o estabelecimento de diversos órgãos a minimização de qualquer intervenção das Forças Armadas na segurança interna do país.

9.4. Meios de atuação

²²⁵ MORAES, Op. cit. p.582. sobre § 3.º do referido dispositivo. Redação dada pela EC nº 19/98.

²²⁶ MORAES, Op. cit. p.582. sobre § 4.º do referido dispositivo. Redação dada pela EC nº 19/98.

²²⁷ MORAES, Op. cit. p.581. sobre parágrafos 5.º e 6.º do referido dispositivo. Redação dada pela EC nº 19/98.

Analisando em sentido amplo o termo Poder de Polícia, temos que os meios que o Estado dispõe a exercitá-lo, são, pelos atos administrativos e operações materiais e pelos atos normativos, da qual cada uma a saber:

9.4.1. Atos Administrativos

Compreende as operações materiais, que visam, a observância e aplicação da Lei ao caso concreto, pautando-se pela efetividade em ações que visem à prevenção ou a repressão de certos atos a fim de garantir-se a Lei e a ordem social.

As *medidas preventivas* compreendem a educação cívica, a instrução por meio de campanhas, as vistorias, a fiscalização, expedição de autorizações e licenças, etc.

Já as *medidas repressivas* consistem em atos coativos que visam o restabelecimento de uma ordem pública perfeita, tais como a apreensão de mercadorias, a prisão de um infrator, a dissolução de atividade que perturbe a ordem pública, a interdição de uma atividade nociva, dentre outras *in genere*.

9.4.2. Atos Normativos

Os atos normativos são aqueles que criados em face do bem-estar da coletividade, visam à restrição ao exercício de determinados direitos e prerrogativas, visando garantir-lhes estes próprios direitos.

Trata-se de Lei, ou atos administrativos que disciplinem ou regulamentem a aplicação da Lei, de forma abstrata, geral, que podem ser por decretos do executivo, ou mesmo resoluções, portarias e instruções normativas.

9.5. Razão e fundamento do Poder de Polícia

*Hely Lopes Meireles diz que: “A razão do poder de polícia é o interesse social, e o seu fundamento está na Constituição e nas normas de ordem pública, que, a cada passo deferem expressa ou implicitamente faculdades para a autoridade pública fiscalizar, controlar e restringir o uso de bens ou o exercício de direitos e atividades individuais em benefício da coletividade”.*²²⁸

E completa o Monografista, dizendo que:

“A cada restrição de direito individual - expressa ou implícita em norma legal - corresponde equivalente poder de polícia administrativa à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida. Isto porque esse poder se embasa, como já vimos, no interesse superior da coletividade em relação ao direito particular do indivíduo que a compõe”.

Assim, temos que o regime de liberdades públicas em que vivemos assegura somente o exercício normal dos direitos individuais, cabendo a aplicação do poder de polícia, a fim de assegurar o regular uso, controlando-o a normalidade toda vez em que se extrapolar o direito.

9.6. Objeto e finalidade do Poder de Polícia

O objeto do poder de polícia administrativa é tudo aquilo que possa afetar a coletividade, por isto sendo passível de controle, de mitigação, de contenção pelo Poder Público constituído. Assim sendo, todo bem, direito, coisa, atividade que tenha repercussões nocivas ou que atente diretamente contra o direito coletivo é objeto do poder de polícia.

Já a finalidade do poder de polícia é a tutela dos interesses metaindividuais, da paz social, do bem estar coletivo, da ordem pública e do cumprimento da justiça.

²²⁸ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 290.

É em si, a proteção do interesse público em seu sentido mais amplo.²²⁹

9.7. Características do poder de polícia

Tanto faz dizermos em *características* ou *atributos* do poder de polícia. Estaremos falando do mesmo assunto. Porém, há de ressaltarmos e definirmos aqui que estes são peculiaridades do poder de polícia e seu exercício.

São estas características do poder de polícia, a discricionariedade, a auto executoriedade e a coercibilidade.

Vamos aqui discorrer sobre cada uma delas, nos tópicos a seguir.

9.7.1. Discricionariedade

A discricionariedade é atributo inerente ao poder de polícia, porém vale-nos lembrar que apesar de presente na grande maioria dos casos, constatamos algumas vezes que se torna exceção em face de algumas atividades em que verificamos a vinculação.

Porém, poderíamos afirmar, em termos genéricos, que a discricionariedade é a regra e a vinculação a exceção.

Agora, vamos conceituar a discricionariedade do Poder de polícia, dizendo que a mesma é a faculdade do órgão administrativo, mediante as pessoas físicas que o compõe, de decidir em determinado caso se é caso de agir, *“qual o melhor momento de agir, qual a melhor forma de agir, qual a sanção cabível diante de prerrogativas legais”*²³⁰.

Vejamos a definição de *Hely Lopes Meireles*:

A discricionariedade, como já vimos, se traduz na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder

²²⁹ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 280.

²³⁰ DI PIETRO. Op. cit. p. 113.

de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Neste particular e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais, e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima.²³¹

Porém como antes dito, existem casos em que presenciamos não a discricionariedade, mas a vinculação dos Poderes Públicos face ao poder de polícia. Isto pode se verificar, por exemplo, quando o ato é, por exemplo para expedir uma licença. Não há o que se decidir, uma vez que satisfeitos os requisitos legais, a autoridade fica adstrita a emitir a licença sem poder fazer para tanto maiores questionamentos que não sejam previstos em lei.

9.7.2. Auto – executoriedade

É a prerrogativa dos Poderes Públicos de agirem de forma oficiosa, ou seja pelos próprios meios, sem ter que recorrer ao Poder Judiciário, para validar tal ato. *Meireles*, sempre insubstituível, nos deixou lição que fazemos aqui expressa:

A auto-executoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e de executar diretamente a sua decisão através do ato de polícia, sem intervenção do Judiciário é outro atributo do poder de polícia. Com efeito, no uso desse poder, a Administração impõe diretamente as medidas ou sanções de polícia administrativa, necessárias à contenção da atividade anti-social, que ela visa a obstar. Nem seria possível condicionar os atos de polícia à aprovação prévia de qualquer outro órgão ou Poder estranho à Administração.

Se o particular se sentir agravado em seus direitos, sim, poderá reclamar pela via adequada, ao Judiciário, que só intervirá «a posteriori» para a correção de eventual ilegalidade administrativa ou fixação da indenização que for cabível. O que o princípio da auto-executoriedade autoriza é a prática do ato de polícia administrativa pela própria administração, independentemente de mandado judicial. Assim, por exemplo, quando a Prefeitura encontra uma edificação irregular ou oferecendo perigo à coletividade, ela embarga diretamente a obra e promove a sua demolição, se for o caso, por determinação própria, sem necessidade de ordem judicial para essa interdição e demolição.²³²

²³¹ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 291–292.

²³² MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 292.

Alguns autores subdividem tal princípio em dois, a saber, o primeiro, o da excoutoriedade que seria correspondente puro ao princípio aqui aludido no parágrafo anterior e os segundo pela exigibilidade que seria, o fato do Poder Público valer-se de meios coercitivos indiretos para desempenhar o seu papel. Um exemplo deste último seriam as multas de trânsito.

Mas são somente divagações doutrinárias, na grande prática, e ao que nos parece mais correto, utilizamo-nos do termo auto-excoutoriedade para referirmo-nos a tal princípio.

9.7.3. Coercibilidade

A coercibilidade é uma característica de uso do poder de polícia, que vem apresentar-se como, em termos, “o poder do poder”, ou seja, é a força que tem o instituto de ser coercitivo em relação aos entes de forma a efetivar-se uma ação com o Poder de polícia.

A coercibilidade é agregada à auto-excoutoriedade, isto porque, por ser dotado de força coercitiva é que o ato pode ser auto-excoutável.

A coercibilidade, isto é, a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, constitui também atributo do poder de polícia. Realmente, todo ato de polícia é imperativo (obrigatório para o seu destinatário), admitindo até o emprego da força pública para o seu cumprimento, quando resistido pelo administrado. Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-lo efetivo, e essa coerção também independe da autorização judicial.

De fato, a coercibilidade é uma forma de impor, ao administrado condições que sejam úteis (princípio da utilidade) ao bem estar social, a boa ordem, a Paz pública. É no dizer filosófico a espada a que *ihering* referia-se. A força do direito, e neste, a força do Poder de Polícia. Poder este que é poder-dever, obrigação, impondo portanto ao indivíduo, em face desta obrigação do Estado, outra obrigação, a de respeitá-lo como Poder de certa forma de fiscalização, vigente a conservar seus direitos, quando por pouco os restringe.

Ou seja, deste poder–dever que é o poder de polícia, surgem obrigações para ambas às esferas. Um no sentido de fazer-se o cumprimento da ordem e o outro no sentido de cumprir-se à ordem. O papel principal e o fim é a Paz social.

Nesta esteira, *Meireles* escreve sintetizando toda o conteúdo da coercibilidade, inclusive em seus termos práticos, que vêm de encontro a nossa abordagem e se faz aqui muito útil para ilustrar o aludido tema. Vejamos:

O poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem da autoridade competente.

As sanções do poder de polícia, como elementos de coação e intimidação, principiam geralmente com a multa, e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos; a vedação de localização de indústrias ou de comércio em determinadas zonas; a proibição da exibição de filmes e espetáculos ou a divulgação de textos, e de tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral e da saúde pública, da segurança interna e da segurança nacional.

Estas sanções, em virtude do princípio da auto-executoriedade do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos sumários e compatíveis com as exigências do interesse público. O que se requer é a legalidade da sanção e a sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade policiada e punida causa à coletividade ou ao próprio Estado. As sanções do poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora sem constituir crime contra a segurança nacional, sejam nocivas ou prejudiciais à segurança nacional, como é o caso do abuso de liberdade da imprensa, nela compreendida a comunicação de massa, escrita, falada, filmada ou televisionada. Como veremos adiante.

9.8. Limites do poder de polícia

O Poder de Polícia, não é ilimitado. Se o fosse estaríamos diante de um grande problema, o autoritarismo estaria imperando e a situação seria insustentável. Portanto, há de afirmar que necessário é o uso do poder de polícia, porém dentro de padrões que este se faça cumprir, porém não viole de forma alguma quaisquer direitos, direitos que na verdade este tende a preservar.

Assim, de certo, como assinala *Álvaro Lazzarini*, “o poder de polícia não é ilimitado, não é carta branca para a administração fazer ou deixar de fazer alguma coisa”.²³³

De certo o ato de polícia do Estado, da emanção do Poder de Polícia, em geral, por via de regra é ato discricionário, estando portanto sujeito a todas as medidas legais, ou seja ao princípio da legalidade.

Qualquer desvio da incidência da legalidade sobre o ato derivado do poder de polícia, sem dúvida constitui ilegalidade, abuso de poder, arbitrariedade e não é amparado legalmente.

O Poder de polícia, tem, como limite o fim a que se destina. Conclui-se portanto que se é usado de forma a garantir a aplicação do direito a todos, este deve também garantir o mesmo de forma igualitária.

Em outras palavras, deve o poder de polícia ser instrumento na tutela da defesa dos interesses coletivos, que se resguarda o Estado a cuidar, e portanto, deve também emanar a moralidade necessária a resguardar os direitos, não violando-os.

A Polícia administrativa deve observar alguns fatores quando da aplicação, de vistas a saber qual o limite. Dentre as quais podemos citar:

- a. Competência:** Deve ser atuado dentro de seus parâmetros legais. Dentro da competência estabelecida em lei, ou por ato compatível.
- b. Forma:** Os procedimentos administrativos, em sede de poder de polícia, devem seguir os ditames legais.
- c. Fins:** Deve restringir-se aos fins a que se destina, sem extrapolar sua função.
- d. Motivos:** A motivação engloba dois fatores, o primeiro tange a motivação material, ou seja, a necessidade, ou não de desempenhar-se alguma função do poder de polícia e o segundo quanto à motivação legal, ou seja, o interesse, a utilidade, o dever em si, face aos ditames institucionais.

²³³ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos* . . . Op. cit. P. 246.

e. Objeto: Quando falamos em objeto, nos limites do poder de polícia, tentamos traçar que a autoridade sofre limitações quanto ao meio de ação, mesmo que a lei lhe proporcione vários meios. Então, podemos dizer que sobre este incide o *princípio jurídico da razoabilidade* e o princípio específico do direito administrativo conhecido como *princípio da proporcionalidade do meio aos fins*, já que a sua finalidade é garantir a boa paz social, a satisfação do interesse público e não propriamente a demonstração de força por parte do Poder Público.

Di Pietro ressalta que alguns autores indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, haja vistas não vir a eliminar ou causar qualquer violação aos direitos individuais, dentre as quais:

- a. eficácia:** *oriunda da aplicação do princípio da eficiência, é necessária a medida adequada a garantir a paz social, objeto de interesse do Poder Público;*
- b. necessidade:** *“em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público”.*²³⁴
- c. proporcionalidade:** *“exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado”.*²³⁵

²³⁴ DI PIETRO. Op. cit. p. 116.

²³⁵ DI PIETRO. Op. cit. p. 116.

10. A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

10.1. Conceituação genérica sobre segurança pública

Já tivemos até o presente momento, na presente obra, elementos de vários ramos do Direito dentre os quais podemos citar: o Direito Constitucional, os Direitos Humanos, Direito Civil e Direito Administrativo, dentre noções esparsas de outros ramos.

Também efetuamos um estudo dentro de conceitos principiológicos e filosóficos, a fim de que pudéssemos nos basear em fundamentos reais a definir a conclusão da presente monografia.

Sabemos portanto, que a Responsabilidade Civil da Administração Pública é sempre objetiva, já que tal princípio foi consagrado e cristalizado em nosso direito por força do art. 37, § 6.º da Constituição Federal de 1988.

Também é de nosso conhecimento que tal responsabilidade objetiva, funda-se principalmente, segundo a doutrina e a jurisprudência dominante em nosso país, na *teoria do risco administrativo*, da qual visa repartir os encargos sociais públicos de modo a alcançar uma efetivação da justiça, no que tange aos princípios básicos que norteiam a administração pública.

Façamos agora um estudo, a lume de tudo aquilo que já antes fora informado, da questão “Segurança Pública” que está inserida no contexto da Constituição Federal de 1988.

Primeiramente estudaremos de forma genérica a significação do vernáculo *Segurança*. Consoante *Aurélio Buarque de Holanda Ferreira*, assim exprime-se várias acepções acerca do que é segurança:

1. Ato ou efeito de segurar;
2. Estado, qualidade ou condição de seguro.
3. Condição daquele ou daquilo em que se pode confiar;
4. Certeza, firmeza, convicção;
5. Confiança em si mesmo; autoconfiança;
6. Caução, garantia; seguro;
7. Protesto, afirmação.

Portanto, o conceito de segurança nos dá um sentimento, uma intenção (em termos analíticos), de algo que está em estado de salubridade, de paz, de tranqüilidade, sem sofrer qualquer ameaça, podendo se confiar, afirmar ou garantir-se pelo próprio estado em que se encontra.

Segurança Pública deveria não estar obstante de tal conceituação vernacular que ora fora esposada e interpretada. Muito além ainda deveria ser, pois quando falamos em segurança pública, estamos falando de segurança de todo um país, uma nação, de uma sociedade, de uma coletividade, das instituições que resguardam os direitos, desde aqueles mais fundamentais como a vida, a existência, até os mais específicos. Enfim, a tudo aquilo que de mais valoroso, o Estado representa.

E não só, mas também a própria existência do Estado, especialmente o Estado democrático de Direito, está consolidada naquela garantidora dos direitos: a Segurança Pública.

Haja vista tal afirmação, que os povos antigos, tinham nas suas guardas a própria essência da constituição dos regimes a que pertenciam.

O termo segurança pública exprime um dever da Administração Pública, que de certo deveria ser abordado com maior interesse, especialmente pelos poderes políticos de nosso país, que deveriam tratá-lo como de suma importância à ordem constitucional e a própria vida dos indivíduos.

O direito-dever gerado pelo poder de polícia, em aplicação nos termos da segurança pública, não se trata de mera faculdade estatal, mas sim de obrigação, direito de ordem supra legal, que visando à garantia dos direitos, tendo vistas à necessidade, restringi-los, por tempo ou condições determinadas.

Somente se pode garantir os direitos fundamentais, e todos os outros, se houver inequivocamente uma força maior que o faça, e esta força é a investidura do poder de polícia em sede de segurança pública. É o poder máximo do Estado em sede de Administração pública que visa à garantia e manutenção da Lei e da ordem constituída.

Tamanha relevância tem tal questão que *Hely Lopes Meireles* ao tratar de segurança nacional e poder de polícia, cita a segurança pública inserida dentro do contexto de segurança nacional, ao utilizar a expressão “interna e externa”,

referindo-se a interna a que estamos abordando e a externa há aquela inerente a assuntos tais como a soberania, que deve ser exercida pelas Forças Armadas.

A pretexto, transcrevemos breve trecho de tal lição:

Segurança Nacional e Desenvolvimento são dois termos da mesma equação. Em suas origens a idéia de segurança nacional confundia-se e restringia-se à de Defesa Nacional; hoje, ampliou-se o conceito de defesa territorial e institucional à preservação da ordem jurídica, da ordem política da ordem econômica e da ordem social.²³⁶

Na verdade a interpretação é correta. Só poderá haver desenvolvimento onde houver paz social, pois como ressalta o autor segurança e desenvolvimento são termos da mesma equação.

Lembramos aqui que o Estado, como tal tem que ser respeitado pelos entes que o compõe como exemplo inclusive de cidadania. Porém é fundamental, em qualquer relação, que para se alcançar respeito, primeiramente se dê o exemplo, através do ato de respeitar.

Para tanto o Estado deve dispor de meios para que efetivamente exerça o seu papel de assegurar a segurança do indivíduo e deve o cidadão, conscientizar-se na ajuda, na sua responsabilidade solidária com o ente Público, na solução dos problemas do meio em que vive.

Portanto deve primeiramente o cidadão, reconhecer que o exercício efetivo do poder de polícia pelas instituições do Estado, não está a lhe restringir direitos, ou em seu desfavor, mas sim a lhe garantir direitos, é um meio não de coerção moral, mas na externa demonstração de interesse da segurança juridicamente protegida.

É necessário o Estado estar moralmente amparado para tanto, e o cidadão estar moralmente apto a cobrar do Estado a prestação do serviço. E ambos estarem dispostos a assumirem a mútua responsabilidade, um pelo exercício de cidadania e o outro pelo exercício de seus deveres (o Estado).

²³⁶ MEIRELES, Hely Lopes. Op. cit. p. 297.

Para finalizar a conceituação geral e filosófica no campo da segurança pública, trouxe novamente a lume, lição que, sem dúvida irá dar desfecho a tudo aqui, ora abordado, com fins de que possamos após dar introdução específica de como a segurança pública está disposta em nossa Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Entre os juristas, o tema tem merecido algumas especulações doutrinárias mas sem precisar as características e conteúdo da segurança nacional. O Professor Caio Tácito, num repasse histórico sobre a segurança nacional nos idos de 1962, demarcou o campo de sua atuação, numa apreciação analítica em que demonstra tratar-se de uma situação de defesa dos interesses nacionais, e nos aponta os seus objetivos nestes termos: «Se a ordem social contemporânea é, por natureza, instável e evolutiva, exige, para o seu desenvolvimento pacífico, um conjunto de fatores permanentes, que representam, a nosso ver os objetivos da segurança nacional a saber: a) defesa da integridade territorial; b) preservação da soberania nacional; c) manutenção da ordem pública; d) estabilidade das instituições políticas; e) equilíbrio econômico; f) equilíbrio social» («A Segurança Nacional no Direito Brasileiro», in RDA 1962, vol. 69/19 e segs.).²³⁷

Portanto toda atividade, preventiva e repressiva, bem como atividade inquisitória, que exerce os órgãos da Administração Pública responsáveis pela segurança, devem ser analisados e reconhecidos à luz de princípios que valorizem o dever, especialmente o funcional, bem como os direitos humanos que se visa proteger.

10.2. A Constituição Federal e a Segurança Pública

Todo o regime Constitucional que trata da segurança pública está assentado sobre o art. 144, seus incisos e parágrafos da Constituição Federal de 1988. Este está inserido no contexto da Título V que trata “da defesa do Estado e das instituições democráticas”, no Capítulo da “segurança pública”, que transcrevemos abaixo:

²³⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Segurança nacional ...* Op. cit. p. 294.

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:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º. As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Fazendo uma análise de onde está inserido tal artigo, temos que como apontado antes em citações doutrinárias, a defesa do Estado como um todo, especialmente do estado democrático de direito, faz de certo um conjunto, subdividindo-se em defesa interna (de competência originária dos órgãos policiais) e defesa externa (de competência originária das Forças armadas).

Isto posto, encontra-se inserido dentro do Título: “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”. O capítulo, como dito, a preservação desta segurança interna, a princípio, é o da “Segurança Pública”

Então, interpretando primeiramente o ‘caput’ do art. 144 da Constituição Federal, temos que a segurança pública é dever do Estado.

Uma questão que aqui se põe é que o legislador constitucional foi de certa forma omissivo no trato com a segurança pública, uma vez que ele somente estabelece competências e o mais importante, o fato da segurança pública ser dever do Estado. É um artigo sem maiores comentários práticos, que pela sua própria interpretação, quase que literal, já nos dá o sentido da abordagem do mesmo.

Talvez, se explique que, ficou tema tão importante, ora restrito no bojo de nossa Constituição Federal, pelo momento em que a mesma foi escrita. Era uma fase, apesar de passados 4 (quatro) anos, em que ainda se haviam certas desconfianças das instituições preservadoras do Estado das instituições. Estava ainda muito recente a lembrança que muitos queriam esquecer, a fase de um regime de exceção. Fase em que se tem notícias que os direitos não somente foram restringidos, mas de certo violados, e muitas vezes de forma brutal e incosequente.

Assim, no referido dispositivo do referido diploma legal, temos algumas diretrizes gerais, que procuramos aqui ilustrar com lição de *Alexandre de Moraes*²³⁸:

A polícia como conceitua Guido Zanobini, é: “a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais”²³⁹ sendo usual a classificação da polícia em dois grandes ramos: polícia administrativa e polícia judiciária, conforme salienta André Laubadère.²⁴⁰ A polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

²³⁸ MORAES, Alexandre. Op. cit. p. 582–583.

²³⁹ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Bolonha: Il Molino, 1950. V. 5, p. 17.

²⁴⁰ LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*. 9. Ed. Paris : LGDJ, 1984. V. 1, p. 630.

Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, ao prever no art. 144, que a segurança pública, dever do Estado, é exercida para preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpo de bombeiros.

A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna.

O art. 144, § 6º, da Constituição Federal localiza as polícias militares e o corpo de bombeiros militares como forças auxiliares e reserva do Exército, subordinando-os, juntamente com as polícias civis, aos governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Por fim, a Constituição Federal concedeu aos Municípios a faculdade, por meio do exercício de suas competências legislativas, de constituição de guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei, sem, contudo, reconhecer-lhes a possibilidade de exercício de polícia ostensiva ou judiciária.

O art. 144, § 7º, determina que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. Como salientado por Tércio Sampaio Ferraz Jr: “faz mister uma política nacional de segurança pública, para além da transitoriedade dos governos e arredada de toda instrumentalização clientelística”,

Concluindo que “devemos conscientizar-se de que os temas da segurança pública não pertencem apenas às polícias, mas dizem respeito a todos os órgãos governamentais que se integram, por via de medidas sociais de prevenção ao delito. A comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública”.²⁴¹

Ressalte-se que a remuneração dos servidores policiais citados será fixada na forma do § 4º do art. 39.

Quando falamos em dever, falamos também em obrigação imposta. Este dever do Estado se reflete através de vários princípios.

Dentro dos princípios setoriais, a questão não oferece maiores dificuldades, já que a abordagem se faz à luz das Leis, e da própria função administrativa que sendo exercida de determinada forma está baseada nos princípios que norteiam a execução dos serviços públicos.

Agora, necessitamos fazer uma abordagem do dever Constitucional do estado, face aos próprios princípios constitucionais norteadores da atividade pública, como aqueles previstos no ‘caput’ do art. 37 da Magna Carta. Seriam estes: O princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da

²⁴¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Intervenção e estudos... Op. cit. P. 102.

moralidade, princípio da publicidade e princípio da eficiência, especialmente este último.

Quanto ao princípio da legalidade, não havemos de ter maiores problemas e a abordagem se faz direta. Tudo que se faz em uma sociedade, deve obedecer à legalidade. A legalidade em questão de segurança pública é o próprio estado de normalidade, de paz social, fundado naqueles tríplices objetivos, ora explorados.

A salubridade pública, a tranqüilidade e a ordem social são aspectos de cumprimento da legalidade. Este seria o estado perfeito de legalidade.

Há também, a imposição principiológica da legalidade a segurança pública, onde temos que todos os atos que visem à motivação do Poder Público em face de execução de tarefas de ordem policial, por exemplo, devem obedecer além de todos os princípios já citados, e acima de todos, a legalidade.

O Estado como defensor da Lei e incumbido de realizar a segurança pública, deve-se pautar pela mais absoluta observância da legalidade, sob pena de estar infringindo aquilo que deveria defender, o que a nosso ver é aberração jurídica.

Portanto, disposto no art. 244 da Constituição Federal, que é 'dever do Estado', a legalidade está em o Estado fazer cumprir o seu papel, sob pena de estar cometendo um ilícito de plano constitucional.

Já os princípios da impessoalidade e da publicidade teriam mais a ver com a própria atividade administrativa, e não faremos portanto referência dos mesmos em relação ao art. 144, 'caput', CF.

Agora, quanto ao princípio da moralidade, é absolutamente incidente, em sentido amplo, a todas as questões que envolvem a segurança pública. Desde o dever a que se incumbe o Estado e a todos em território nacional de zelar por tal segurança, até aquele dever executivo de ordem puramente administrativa oriundo da função pública.

A moralidade vem de encontro com a questão da segurança, uma vez que a moral é pilar inclusive dos preceitos jurídicos.

É moral que tenhamos segurança, liberdade em nossa própria pátria, e imoral que continuemos a ouvir discursos meramente políticos, enquanto o

Estado por sua inércia, omissão, mata seus governados, ditos filhos da pátria mãe de fome ou decadência e na injustiça social, e assim, se omite do dever maior de preservar a vida, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, a inviolabilidade dos princípios que muitas vezes ele próprio diz defender, mas renega, à negativa de cumprir seu papel constitucional, acabando com a violência, ou ao menos tentando, por todos os meios admitidos em direito e moralmente legítimos.

Portanto, já que proclamado como princípio, que se cumpra a Lei, por própria questão de legalidade e moralidade administrativa, a fim de que possa ao menos fazer subsistir tal princípio. Caso contrário, o mesmo se torna alegórico, fantasioso e inútil, por omissão daquele que deveria por ele zelar.

Também incidente nos termos do 'caput' do referido art. 144 do referido diploma legal está o Princípio da Eficiência.

Pelo que vemos, é um dever-obrigação (art. 144, 'caput, CF), regido por dever-princípio (art. 37, *segunda parte*, CF). Portanto, não há o que se contestar.

Por este, inserido em nosso ordenamento expressamente pela Emenda Constitucional n.º: 19/98, o Estado, bem como os seus agentes, no exercício das funções públicas, passou a ter o dever de ser eficiente. E realmente é um dever, haja vista que alguns autores inclusive o denominam como: "*Princípio do Dever de Eficiência*".

Este, consoante apontado em tópico específico, impõe ao Estado, uma sistematização para constante elevação da qualidade das atividades públicas.

Assim, pela aplicação deste princípio, A Administração Pública em suas atividades devem tender-se ao aperfeiçoamento, pela prestação de serviços públicos cada vez mais céleres, eficazes e modernos.

O *princípio da eficiência* na incidência sobre a segurança pública estabelecida constitucionalmente é de fundamental importância, uma vez que a Administração Pública deve dispor de meios para tornar efetiva, eficiente a segurança pública no país.

É lógico que ninguém espera por soluções mágicas, mas soluções científicas sim. Um sistema policial mais coerente que defendemos por via de emenda constitucional e unificação de polícias, um aparato mais moderno. A

utilização da inteligência ao invés de armas, estas somente deveriam ser usadas em casos de extrema necessidade, são exemplos de busca na qualidade de serviços públicos.

Não raro, violado o cidadão em seus direitos, no que tange a segurança pública, vê-se violada a moralidade, a eficiência, como princípios e vê-se violada a legalidade que nem mesmo a Administração Pública respeita e que talvez por isto não tenha como cobrar.

É dever do Estado zelar pela segurança pública, como é dever do mesmo, ser eficiente no trato com este dever. Haja vistas também que não é tão somente o art. 144 da Constituição Federal que vem a tratar de segurança, especialmente pública.

Vemos isto pela constatação de que todos os direitos elencados no art. 5º da Constituição Federal, e de certo, pétreos em face do disposto no art. 60, § 4º, IV.

Vejamos e façamos uma análise qualitativa do *'caput'* do art. 5.º da Constituição Federal de 1988:

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

Portanto, podemos constar que a Constituição trata da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A vida como bem maior é insubstituível, a liberdade que engloba toda a liberdade e que graças à situação caótica que atravessamos hoje em nosso país tem sido muitas vezes furtada das pessoas, da igualdade que violada desencadeia uma série de conflitos sociais e que precisa ser objeto de maior atenção e trato pelos nossos governantes, e enfim, da segurança, esta última sendo tanta aquela jurídica a que se espera de um estado democrático de direito, quanto àquela administrativa que deve ser cumprida a todo esmero para que se cumpra assim a própria Constituição Federal.

Portanto, todos os direitos e garantias elencados no art. 5º, devem ser tanto jurídica quanto administrativamente resguardados a fim de que possamos

ter uma sociedade verdadeiramente justa, fraterna, igualitária, onde impere a paz social. Isto também é questão de segurança pública, afinal e que cumpra, pela própria questão de moral, antes mesmo do direito, os preceitos que ela própria estabeleceu. Podemos ver ainda no art. 3º,IV da Lei maior que:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Certa frase do conhecimento popular diz que “contra fatos não existem argumentos”. O fato é que nos dias atuais a violência tem tomado conta da vida dos indivíduos que pagam impostos para terem seus direitos resguardados, tem atemorizado pessoas de bem e feito com que a Administração Pública caia num descrédito, daqueles que ainda respeitam a Lei. É fundamental, a ordem e a paz social, esta, que o Estado deve zelar sob pena de obrigar-se a indenizar.

11. SEGURANÇA PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

11.1. Aplicabilidade da Responsabilidade Extracontratual

Seja por atos comissivos de agentes do Poder Público, ou atos omissivos dos mesmos, ou ainda quando indeterminado o sujeito, em termos genéricos, omitindo-se o Estado, no dever de zelar pela segurança, pela preservação da ordem pública e das instituições de direito, e da incolumidade pública e patrimonial, omite-se no seu dever fundamental, que consiste inclusive na sua preservação e manutenção, já que este próprio fere a ordem constitucional de certa maneira.

Assim, em observância ao disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, temos que violado o direito do cidadão, bem como de qualquer indivíduo, pela imprestabilidade do serviço público, há de ser indenizado pelo Estado, pelo mau funcionamento do serviço público que deveria assegurar um determinado direito e não o fez.

Neste íterim temos aspectos do direito positivo vigente, explanados magistralmente por *Nelson Nery Júnior*²⁴²:

O art. 37, §6º, da CF de 1988 estabelece a responsabilidade da administração pública – pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos – por atos de seus agentes ou servidores, nessa qualidade, causarem a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Trata-se de responsabilidade civil pelo *risco*, sendo a administração pública responsável objetivamente pela indenização dos danos sofridos pelo administrado, por *fato do serviço*. A responsabilidade objetiva da administração pública, independentemente de dolo ou culpa, ocorre quando houver *ato comissivo*, vale dizer, de *atitudes positivas* de agentes ou servidores, lesivas de direitos administrados. Nesse caso basta a existência de danos e o nexo de causalidade entre o ato comissivo da administração pública e esse dano, para que haja o dever de indenizar.

(...)

²⁴² NERY JÚNIOR. Nelson. Op. cit. p. 31–32.

Com a devida *vênia*, entendemos que a CF 37, § 6.º, consagra, sim, a *responsabilidade objetiva* da administração pública, pela *teoria do risco*, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva dos agentes ou servidores do poder público. Os requisitos constitucionais para que a administração pública tenha o dever de indenizar, bem como o administrado o direito de receber a indenização, são apenas dois: a) existência do dano, patrimonial e/ou moral; b) o nexo de causalidade entre a conduta (omissiva ou comissiva) da administração e o dano. Como veremos em seguida, as denominadas impropriamente pela doutrina e jurisprudência de “causas de exclusão” da responsabilidade da administração pública (culpa exclusiva da vítima e força maior) são, na verdade, circunstâncias que excluem o nexo de causalidade entre o dano e a conduta da administração.

11.1.1. Responsabilidade Extracontratual por atos comissivos

Como vimos, existe a incidência de vários princípios sobre a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em conta que o Estado para que exercite a realização do bem comum, exerce uma ampla atividade social de ordem administrativa.

O Estado, como pessoa jurídica de Direito público, apesar das discordâncias de alguns autores, mas aqui, em termos genéricos e sem maiores discussões sobre esta polêmica, exerce suas atividades mediante àqueles a quem o representa, que são, sem dúvida, pessoas físicas que em nome do Estado exercem as suas atividades.

E neste exercício da atividade pública, não são raras as vezes que constatamos, que, quer sejam por ações, quer sejam por omissões, desta atividade administrativa originam danos a terceiros.

Conhecemos, também que, que o art. 37, § 6.º da Constituição Federal consagra a teoria objetiva, e que nossa doutrina e jurisprudência dominantes pauta-se especialmente responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo.

Surge portanto ao Estado, ao restar-se provado a conduta lesiva, ou seja, a ação ou omissão que causou um dano, o dever de indenizar, pelo próprio fato do risco, em suma, da atividade administrativa que exerce o Estado.

E neste sentido, se deu a redação do referido artigo, pois o legislador constituinte quis de um lado reconhecer na sociedade em geral, pessoas físicas ou jurídicas, a real visão de que seriam hipossuficientes em face do Estado, e portanto vir, com isto a protegê-las. De outro lado, outorgou de maneira subjetiva, maior responsabilidade e portanto, maior exigência na qualidade da prestação de serviços públicos.

Visando a proteção do cidadão, a teoria do risco administrativo aplicada ao nosso direito, vem a desempenhar um papel de segurar socialmente, e dividir igualmente os encargos e responsabilidades, bem como os direitos de uma provável atividade estatal que venha causar dano a alguém seja lícito ou ilícito. É a chamada socialização dos riscos.

Agora, quanto aos atos que ensejem ao Estado indenizar, talvez o de menor problema ser verificado é quando o ato é comissivo. Uma vez comprovada que de uma conduta positiva (ato comissivo) causou um dano, há de obrigar-se o Estado a indenizar.

Portanto, havendo esta conduta positiva, que possua um liame de causalidade ao resultado dano, não há como se afastar, de forma nenhuma a obrigação estatal de indenizar, em face do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, salvo nos casos excludentes que raramente conseguiriam se enquadrar na aplicabilidade prática em face de uma conduta comissiva.

Como o nosso trabalho vem, de certa forma voltar-se a área de aplicação da segurança pública, lembramos que toda a teoria aplicada é a mesma utilizada para todos os agentes públicos, porém desentranhamos eventuais dúvidas com exemplos jurisprudenciais de casos que na prática ocorreram em sede de segurança pública e exercício do poder de polícia ou de atividade policial *'strictu sensu'*.

Com isto, ilustramos esta obra com alguns exemplos jurisprudenciais de atos comissivos em sede de segurança pública. Vejamos:

“O fato de ter havido, por parte do policial, abuso no exercício da função pública não afasta a responsabilidade objetiva da Administração. Pelo contrário, revela até mesmo a existência de culpa subjetiva in eligendo, o que é mais grave” (TJSP – 3.ª C. – Ap. – Rel. Macedo Bittencourt – j. 16.11.1977 – RT 512/104).

“Invasão da Pontifícia Universidade Católica por policiais – Universitárias agredidas – Redução de capacidade laborativa – Indenização devida pelo Estado – O Estado responde por lesões causadas em alunos por policiais, ao invadirem escola para dissolver reunião daqueles em pátio do estabelecimento – Essa responsabilidade é objetiva” (RT, 553:89).

“Trabalhador braçal atingido no ombro por projétil de arma de fogo disparado por guarda municipal – Incapacidade total e permanente reconhecida – Excesso de poder caracterizado – Ação de indenização movida contra a Municipalidade procedente” (RJTJSP, 101: 132).

“Responsabilidade Civil do Estado – Crime praticado por policial militar, fardado e ostensivamente armado, embora não se encontrasse no exercício de suas funções – Configuração da responsabilidade objetiva do Estado – Presunção de ser o militar fator de segurança e proteção (STJ – 1º T. – RE – Rel. Ilmar Galvão – j. 28.4.95 – RT 724/230).

“Fazenda do Estado. Responsabilidade desta. Danos causados por disparos de arma de fogo, em perseguição a criminosos. Polícia militar que, embora considerada reserva do Exército Nacional, praticou atos da administração local. Obrigação do causador do dano, ainda que ocorrente o estado de necessidade” (RJTJSP, 39:46)

“Responsabilidade civil do Estado – Disparos de arma de fogo contra multidão – Policiais – Morte de popular – Ação de indenização procedente – “Desde que o ato praticado pelo agente da administração pública tenha acarretado lesão a direito, deve o Estado responder pelo ressarcimento, independentemente da pesquisa de culpa do agente direto” (TJPR – 1.º C. – Ap. – Rel. Marino Braga – j. 16.5.78 – RT 517/168).

“É indiscutível o direito do condenado de ser indenizado pelo período de tempo em que permaneceu preso por erro cometido pelas autoridades judiciárias e policiais, cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo” (TJSP – 1.º C, Civil – Ap. 227.092 – Rel. Andrade Junqueira – j. 09.10.1973 – RT 464/101).

“É o Estado responsável pela morte de menor de nove meses de idade, vítima de tiro disparado por militar ao tentar prender um desordeiro” (TJSP – 5.º C. – Ap. – j. 30.10.80 – RJTJSP 69/148).

“Responde civilmente o estado pela morte acidental causada por investigadores de polícia, no exercício de suas atividades, face ao disposto no art. 107 da CR” (TJSP – 2º C. Ap. – j. 21.5.74 – RT 477/81).

Vencidas as primeiras abordagens, podemos que o tema é muito levado a sério pelos Tribunais pátrios. Tanto o é, que não somente o fato do policial estar exercendo efetivamente a atividade policial em pleno horário é que torna certa a obrigação de indenizar.

Tal afirmativa pode a princípio até parecer estranha, mas tem, sem dúvida larga repercussão nos meios jurídicos. Isto diante de dois fatores:

O primeiro é a aplicação da *teoria da aparência*, onde fica o Estado incumbido inclusive de zelar para que nada se caracterize como de seu serviço. Por exemplo: Deve o Estado, zelar na venda de artigos de uso exclusivo das forças públicas, pois se utilizado, e verificado a aparente e inequívoca aparência de que agia em nome do Estado, resta ao mesmo a obrigação de indenizar. Um exemplo clássico seria o de crime cometido por pessoas que se utilizassem de 'viatura policial' e 'farda da corporação', e que, não encontrados, deixassem a margem aos populares, se foi ou não agente público. Diante da impessoalidade e deste princípio, especialmente, surgiria ao Estado o dever indenizatório.

Inclusive em face disto, existem Lei e atos normativos que regulam, por exemplo à utilização de artefatos geralmente utilizados pelos poderes públicos, além, é claro dos dispositivos da Lei penal, por exemplo, para aquele que se fizer de funcionário público.

Outra questão que se propõe, a segunda, por sinal, é sobre o exemplo que daremos em face ao que o art. 301, do Código de Processo Penal, dispõe, quando trata da prisão em flagrante: *"Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem que seja encontrado em flagrante delito"*.

Isto equivale a dizer que o agente, ou a autoridade policial são investidos constantemente do dever, da aplicação do Poder de Polícia, sob pena de omissão. Portanto, mesmo fora do horário de trabalho, o policial deve em face de seu dever constitucional zelar pelos preceitos a que se juramentou.

Assim sendo, há de concluir-se que a incidência da aplicabilidade do poder de polícia ao policial é *"full time"*, só o exonerando da obrigação de estar na efetiva atividade policial, mas relativamente o obrigando.

Com isto, temos que toda a atividade desenvolvida em nome da Administração Pública, em atividades peculiares do Estado, não somente pela aparência, ou pela *teoria da aparência* de forma pura e simples, mas também pelo exercício constante do Poder-dever deste emanado, é lógico, que a todos direito

(digo: direito / dever) corresponde a uma obrigação, e portanto há de ser o Estado responsabilizado.

Como seria, em caso já citado, quando um particular, em atendimento e ajuda, por exemplo à defesa civil ou corpo de bombeiro vem a causar dano a terceiros. Note-se: o mesmo não é funcionário público, mas equiparado, pois está a serviço público. Portanto, o fato do serviço, do uso da atribuição estatal é que gera o dever de indenizar.

Pode até parecer injusto ao Estado, mas em face da responsabilidade fundada no risco administrativo e do dever do mesmo de zelar pela ordem social, se faz fundamental que para a ordem pública seja aplicado desta maneira. Juridicamente entendemos como a melhor aplicação do direito.

Nesta esteira, temos vários exemplos jurisprudenciais que selecionamos aqui, a fim de que se possa demonstrar o abordado nos parágrafos anteriores.

“Responsabilidade civil do Estado – Policial civil, fora de horário de serviço, que, sem justo motivo, prende cidadão honesto, causando-lhe lesões corporais, dirigindo-lhe ofensas morais e preconceituosas – Artigo 37, § 6.º, da Constituição da República, c/c o artigo 159, aplicável ao caso concreto – Indenização por danos morais adequadamente fixada em trezentos salários mínimos – Nega-se provimento aos recursos (TJSP – 6.ª C. – j. 18.08.1997 – JTJ-LEX 206/132).

“Homicídio praticado por policial militar, contratado para zelar pela segurança de festa de casamento – Inexigibilidade, para o reconhecimento da responsabilidade do Estado, de que agente estivesse no exercício de suas funções – Sentença confirmada” (RJTJSP, 101:128).

“Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidenciada responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6.º, da CF, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público” (STF – 2.º T. – RE 160.401 – Rel. Carlos Velloso – j. 20.04.1999 – RTJ 170/631).

11.1.2. Responsabilidade Extracontratual por atos omissivos

Antes mesmo de maiores explicações, remetemos o leitor ao estudo dos itens 3.6.2. e 3.6.3. da presente obra que trata de forma genérica da responsabilidade extracontratual do estado por atos omissivos, já que neste capítulo estaremos dando enfoque as principais nuances do referido tema, mas em aplicação mais prática ao direito administrativo, em sede dos agentes da segurança pública.

Já vimos que a responsabilidade extracontratual do Estado por atos omissivos, suscita na doutrina ainda muitas divergências de sua natureza. Há alguns que defendem que a mesma seria de natureza subjetiva, fundamentada nos ditames da Lei Civil comum.

Outros ainda que defendem a aplicabilidade da *“faute du service”*. Porém, nesta obra, defendemos que a prova não da culpa, mas tão somente da violação de obrigação que gerou o dano. Difere da teoria francesa, ora esposada, pois reconhecemos, o que é claro, lógico e notório, que o legislador Constitucional, consagrou a teoria objetiva ao estado e não aquela outra. Se o quisesse fazer, o teria feito.

Vejamos a seguinte abordagem. O vernáculo omissão, deriva do latim *‘omissio’* que significa omitir-se, abandonar, deixar, consoante aponta *Álvaro Lazzarini*. O referido autor exclama também que: *“É, assim, o que não se fez, o que se deixou de fazer, o que foi desprezado ou não foi mencionado. Na linguagem técnico-jurídica, a omissão é a inexistência. É ato negativo ou a ausência do fato. É o silêncio, anotado pela falta de menção. É a lacuna”*.²⁴³

O referido autor completa um pouco adiante que José Aguiar Dias, ao tratar da questão omissão, ressalta que a omissão e abstenção, apesar de usadas como sinônimos não o são. A omissão seria a negligência, teria um certo traço de culpa direta, já que desta seria de se pressupor o desenvolvimento da atividade. Já a *abstenção* ou *inércia*, seria já a inatividade, ou seja a inexistência de atividade.

²⁴³ LAZZARINI. Álvaro. *Estudos de ...* op. cit. p. 427.

Assim, trazemos a lume um pouco da descrição que *Lazzarini* faz sobre tal assunto. Vejamos:

No seu citado *Vocabulário Jurídico* (vol., edição e verbete), De Plácido e Silva, porém, salienta que: “A omissão intencional relativa a certos fatos que não deveriam ser esquecidos, é negligência. E quando a omissão é imposta, assume o aspecto de abstenção, embora, a rigor, os dois vocábulos tenham sentido próprio, pois que a omissão é mais esquecimento ou falta de menção, acerca do fato ou de qualquer coisa que se fez, ou a que não se aludiu. A omissão não é um fato. Muito ao contrário, revê o que não aconteceu. Não é pois um acontecimento, embora se diga um ato negativo, em distinção ao que se fez, que é um ato positivo”.

Mas, deixando de lado o rigor terminológico examinado por José de Aguiar Dias, nem sempre observado pelos autores e pela jurisprudência de nossos tribunais, tenha-se presente à afirmação de José Cretella Jr., no sentido de que “Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a culpa *in omitendo* e a culpa *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bônus administrator*.”

Ao que foi exposto, lembramos que apesar de falar de culpa, não existe em nossa Constituição disposto que se faça distinção entre os atos comissivos dos omissivos, portanto imperem a este último a exigibilidade da culpa. Como também não existe tal distinção em nenhum outro diploma legal.

Portanto, provado somente que o dano veio da inércia, ou da incúria, ou da má prestação do serviço público (em sentido amplo não da teoria francesa), ou seja, em suma, da omissão ou da abstenção estatal, que venha a lesar terceiros, surge o dever de indenizar.

Também não é toda e qualquer situação, todo e qualquer crime cometido contra terceiros que vai originar ao Estado o dever de indenizar, caso em que não agindo-se com razoabilidade em reconhecermos parâmetros para haver a indenização, estaríamos diante de uma verdadeira crise institucional e da “falência” do Estado. Não seria mais um Estado intervencionista, mas paternalista, e com certeza a beira do fim.

*Lazzarini*²⁴⁴ ao citar *Celso Antônio Bandeira de Mello* diz que o mesmo sustenta que: “A responsabilidade só irromperá se for demonstrável que a falta de serviço decorreu não das contingências inerentes à limitação normal de um serviço de segurança, mas à incúria, ao desmazelo, à imperícia de seus agentes”.

Já *Nelson Nery Júnior* a respeito do tema exclama com maestria desde a principiológica da aplicação objetivista até a específica afirmação de sua incidência nos atos omissivos, a fim de afirmar-se que o que resta seria comprovar o dever administrativo descumprido e o dano de face de evidenciar-se pela devida indenização:

A responsabilidade da administração, no direito constitucional positivo brasileiro, é sempre objetiva, porque decorre do sistema da CF 37, § 6.º . O CC 15, que previa a responsabilidade apenas das “pessoas jurídicas de direito público”, por atos de seus representantes que, nessa qualidade, procedessem de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, causassem danos a terceiros, não foi recepcionado pela CF de 1946 (Art. 194), que instituiu no Brasil a responsabilidade objetiva da administração, fundada no risco. De sorte que não se pode ter um sistema híbrido de responsabilidade do Estado, ora regulado, pela Constituição Federal, ora pelo Código Civil. O fundamento é um só e reside no texto constitucional.

Daí a importância de afirmar-se que, ocorrendo conduta omissiva ensejadora de dano ao administrado, é preciso que se demonstre o nexo de causalidade entre a omissão e o dano para que haja o dever de indenizar. Não há necessidade de provar-se a culpa do agente, porque o sistema prescinde da culpa, pois é fundada responsabilidade objetiva pelo risco onde a investigação da conduta do agente é irrelevante. De conseqüência, quando ocorre um assalto em via pública, a administrado pode ter direito de indenização contra a administração, desde que reste evidenciado o nexo de causalidade entre a omissão do poder público e o dano. O nexo de causalidade existiria, por exemplo, se ficasse caracterizado que havia policial presenciando o assalto e nada fez para impedir o evento danoso.²⁴⁵

A exemplo de atividade pública e sua responsabilização, *Álvaro Lazzarini*²⁴⁶ prescreve, com base em exemplo de direito alienígena e um de exemplo pátrio, a fundamentando-se em *Jean Rivero* e exemplificando que a responsabilidade por danos causados a alunos da rede de ensino público é de todo objetiva, tratando

²⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *apud* LAZZARINI, Álvaro. Estudos ... Op. cit. p. 433.

²⁴⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 35.

²⁴⁶ LAZZARINI, Álvaro. Estudos de ... Op. cit. p. 432.

uma hipótese onde o dano causado ao aluno de dá pela incúria de vigilância do professor sobre os alunos, mesmo estantes do trabalho escolar dirigido.

Nesta, o referido autor assim sustenta:

A responsabilidade do Estado substitui inteiramente a do professor, mesmo em caso de culpa pessoal. É só ao Estado que o lesado deve pedir reparação, conclui Jean Rivero, à vista da legislação de regência e de caso julgado no Tribunal de Conflitos da França.

Aliás, o eminente Desembargador Arthur de Godoy, na E. 8.^a Câmara Civil do TJSP, como relator da Ap. Cível 40.147-1, de São Paulo, teve oportunidade de julgar causa envolvendo o regime em exame, sustentando: “Ao receber o menor estudante, deixado no estabelecimento de ensino da rede oficial para as atividades de aprendizado, a entidade pública se investe no dever de preservar a sua integridade física, havendo de empregar, através dos mestres e demais servidores, a mais diligente vigilância para evitar consequência lesiva que possa resultar do convívio escolar. E responde, no plano reparatório, se, durante a permanência no interior da unidade de ensino, o aluno vêm, por efeito de inconsiderada atitude de colega, a sofrer violência física, restando-se lesionado de forma irreversível. A responsabilidade, aí, é inerente à extensão dos cuidados exigidos para a custódia do menor vitimado. E com respeito ao ente estatal, se filia ao princípio consagrado no art. 107 da CF ²⁴⁷, configurando-se pela simples falha na garantia da incolumidade, independentemente da culpa concreta de qualquer servidor “. (RTJESP, ed. LEX, v. 93/156). ²⁴⁸

No mesmo sentido, só que desta vez, com decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, temos famosa lição jurisprudencial que abarcando tal teoria em caso semelhante prescreve pela obrigação indenizatória estatal. Tal é citada por *Nelson Nery Júnior* em obra já referida. Atentemos para o que aclara o referido autor:

O fato de o estudante haver sofrido dano causado por colega, dentro do recinto da escola, por falta de vigilância da administração, caracteriza *conduta omissiva* do agente do poder público, porque a administração tinha o dever legal de preservar a incolumidade física e psíquica das pessoas que se encontrem sob sua guarda direta, como é o caso dos alunos de escola pública enquanto se encontrarem no recinto da escola. O dever de vigilância e de preservação da incolumidade foi

²⁴⁷ Referindo-se a Constituição da Constituição Federal anterior.

²⁴⁸ LAZZARINI, Álvaro. Estudos de ... Op. cit. pp. 432-433.

desatendido. O STF, corretamente, determinou a *responsabilidade objetiva* e o dever de a administração indenizar. (RT 733/130).²⁴⁹

E em específico, quanto a sua aplicação nos termos da responsabilidade extracontratual do Estado, *Nelson Nery Júnior* vem tendenciosamente a pacificar com o brilhantismo de sua fundamentação ancorada em grandes Tribunais, especialmente pelo STF, que ao abordar o tema acrescenta e torna notório tal responsabilidade ao dizer que:

Quando tratar-se de *conduta omissiva* da administração pública, doutrina e jurisprudência majoritárias apregoam fundar-se o dever de indenizar na responsabilidade subjetiva da administração, pela falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*), razão pela qual o administrado, ou seja, que o dano ocorreu pela omissão ilegal da administração pública. Os exemplos são vários: atos de depredação por multidões,²⁵⁰ danos decorrentes de enchentes ou vendavais extraordinários.²⁵¹

Invocando a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva da CF 37, §6.º, Hely Lopes Meirelles sustenta a incidência da responsabilidade objetiva, independente de conduta comissiva ou omissa da administração, dizendo que, quando houver “falta anônima do serviço”, responde a administração objetivamente. O exemplo que menciona é o da existência do dever da administração, de velar pela integridade física da pessoa (alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos, etc.), razão pela qual “caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito a indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal (STF, RT 733/130)”.²⁵² Na decisão do STF, mencionada pelo ilustre jurista, o relator, Min. Celso de Mello, afirmou a incidência da responsabilidade objetiva da administração, “independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público”.²⁵³ O caso decidido pelo STF era de dano sofrido por um aluno

²⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade Civil ... Op. cit. p. 33. Referindo-se ao acórdão do STF em RT 733/130.

²⁵⁰ RDA 297/301, 259/148, 255/328. A doutrina dominante entende fundar-se essa responsabilidade da administração no art. 15 do CC c/c o art. 159 do mesmo diploma: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 5, ed. São Paulo: Saraiva, 1999, comentário ao art. 15, p. 30-32; STERMAN, Sônia. *responsabilidade do Estado*. São Paulo: RT, 1992, p. 91. N. 5. 5.

²⁵¹ RT 275/319.

²⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, Op. cit. p. 590.

²⁵³ STF-RT 733/130. Esse exemplo de dano por fato ocorrido no recinto de escola, provocado por aluno ou sofrido por aluno ou terceiro, típico de conduta omissiva, é dado pela doutrina como sendo caso de responsabilidade objetiva: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 626-627, n. 475; LAUBADÉRE, André de. *Traité de droit administratif*. 3. Ed. Paris, 1963, v. 2, p. 648; WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9. Ed. Paris, 1963, p. 814. GRIFO NOSSO.

(perda de olho), causado no recinto de escola pública por outro aluno, que portava agulha e seringa de injeção.²⁵⁴

Também não poderíamos deixar aqui de transcrever séria abordagem sobre a “inação do Estado como fato gerador da obrigação de indenização”, efetuada por *Leifson Gonçalves Holder da Silva*, em trabalho monográfico. Trabalho este que mereceu aprovação e distinção no III Congresso Internacional de Direito que fora realizado na capital pernambucana em novembro de 1999.

De tal obra referida, não nos limitamos tão somente a breve descrição, mas de transcrever grande trecho a fim de consolidar a idéia da responsabilização objetiva, por sinal, neste bem explanada. Vejamos então sobre a referida obra:

Na exegese do art. 37, § 6º, da CF, não pode o intérprete ficar limitado apenas à sua aparente literalidade. É preciso compreender e pensar o referido dispositivo não isoladamente, mas conjugado com todo o sistema jurídico, com os princípios gerais de direito e, principalmente, com o espírito da própria Lei Maior, sem olvidar todavia o fim social que a inspirou, bem como à exigência do bem comum.

Assim sendo, apesar de ambas as correntes oferecerem argumentos consideráveis sobre o tema, a que mais se coaduna com o alcance do § 6º, art. 37, CF, para os danos causados pelo Estado por comportamentos omissivos é a teoria objetiva.

O § 6º, do referido artigo, ao se referir aos danos causados a terceiros pelos agentes das pessoas jurídicas de direito público e pelas de direito privado prestadoras de serviço público, abrangeu todas as ações destes que, sejam positivas ou negativas, venham a causar uma situação danosa.

O importante é que o Estado dê ensejo a algum dano ao particular, por ação ou omissão, devendo o mesmo ser reparado, independentemente da prova da culpa. A relação de causalidade não decorre todavia do simples fato de ter ocorrido o dano ou facilitada a sua ocorrência em virtude da inércia de seus agentes.

É imprescindível se demonstrar que a omissão causadora do prejuízo ao administrado não deveria ter se verificado em razão de competir ao Estado uma atuação positiva naquela situação específica, mantendo-se assim o necessário nexos de causalidade. Em outras palavras, não basta a simples relação entre a falta do serviço e o dano sofrido. Importante a se notar é que se o agente estatal tivesse agido, ao invés de quedar-se inerte quando lhe era devido por força de lei, os malefícios não teriam se produzido.

Por conseguinte, uma vez demonstrado este nexos causal, caberá tão somente ao administrado lesado provar os fatos em juízo e não a culpa do Estado, já que a existência dos danos evidenciam o funcionamento deficiente ou a ausência de funcionamento adequado do

²⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 31–32.

serviço público (omissão na execução de suas funções). Nesta situação, o Estado só poderá se exonerar da responsabilidade, em regra, se comprovar ter havido culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de força maior.

Assim, uma vez deixando o Estado de tomar as providências que lhe competiam em determinada situação em virtude de lei - providências essas possíveis e que seriam eficazes para evitar o evento danoso - passa a assumir a responsabilidade pela lesão que venha a ser causada aos vitimados. Com isso, responsabiliza-se objetivamente pelas suas próprias condutas, assumindo as conseqüências pelo que fez e pelo que, devendo fazer, não fez (omitiu-se).

Caso o constituinte desejasse fazer distinções, as teria feito expressamente, não comportando assim interpretação restritiva por parte dos aplicadores da lei, no sentido de se excluir a aplicação da teoria objetiva aos danos causados por atos omissivos do Estado ao particular.

A adoção da responsabilidade objetiva para os casos de omissão deriva de pressupostos de índole eminentemente processual já que a defesa dos direitos do cidadão comum estaria extremamente comprometida, via de regra, face à sua hipossuficiência em relação à posição privilegiada em que o Estado se encontra.

Partindo desses pressupostos iniciais e fazendo uso da interpretação teleológica, não é difícil se concluir que o nosso legislador constituinte originário tinha por finalidade facilitar a defesa dos direitos do cidadão comum frente à onipotência do Estado, razão porque inexistia motivo lógico para se desprezar a responsabilidade objetiva deste em face de condutas omissivas de seus agentes.

O Estado precisa entender, de uma vez por todas, que o objetivo principal de sua existência é o atendimento às expectativas e necessidades do cidadão. O atual administrado, consciente de sua posição, não aceita mais as explicações em torno de descasos, descon siderações ou desleixos oferecidos pelas organizações públicas ou privadas a seu serviço. Observa-se assim que o dispositivo constitucional sob análise trata-se, na verdade, de um eficiente meio de luta colocado ao alcance dos cidadãos que, de outra maneira, ficariam desprotegidos e sujeitos a inúmeras lesões e abusos resultantes da inércia do Poder Público, com o desprezo das garantias individuais básicas do Estado Democrático de Direito, impossibilitando o convívio estável e equilibrado em sociedade do qual o próprio Estado deveria sempre zelar.

Seguindo esta linha de raciocínio, o legislador infraconstitucional já adotou expressamente no § 3º, art. 1º, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97) a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de omissão, sem que se tenha indagado até o presente momento qualquer dúvida a respeito de sua constitucionalidade.

A responsabilidade objetiva tem assim por escopo garantir aos lesados, com a falta ou má execução dos serviços estatais, um meio de defesa mais eficiente, como única forma de conscientizar o Poder Público do cuidado que deve ter com suas omissões, vindo a atender ao princípio da isonomia ao colocar-se em "pé de igualdade" partes antes tão diferentes (cidadão x Estado). Em razão desse mesmo princípio é que a Fazenda Pública também dispõe de prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188, CPC).

Seria muito fácil e cômodo para o Estado aproveitar-se de sua posição privilegiada para, em proveito próprio, se furtar às suas responsabilidades se a aplicação da teoria objetiva fosse desprezada nas hipóteses de danos causados aos particulares por atos negativos (omissões), somente passando a responder nessas hipóteses se fosse devidamente comprovada a sua culpa.

Apesar de muitas vezes na prática não ser possível individualizar perfeitamente o agente causador das conseqüências danosas, se for

comprovado que a omissão do Estado contribuiu decisivamente para determinar um estado de coisas suficientes para a produção dos prejuízos, sem as quais o dano não teria sido verificado, impõe-se a sua responsabilização.

A responsabilidade do Estado por atos omissivos trata-se assim, na maioria dos casos, de situações que poderiam ter sido previstas e evitadas pela autoridade competente que omitiu-se em proceder conforme os ditames legais.

Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque, como salienta Pedro Lessa, “o aparelho administrativo não está devidamente organizado, e o único remédio contra tal desorganização seria precisamente forçar o Estado, por aplicação severa da regra da responsabilidade, a escolher empregados mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público”.

Assim, tanto a responsabilidade do Estado por condutas comissivas quanto omissivas é objetiva, sendo que, esta última, reveste-se de peculiaridade por ser imprescindível ficar evidenciado, na situação concreta, o dever do Estado agir em virtude de lei, para que não seja quebrado o nexos causal necessário para a sua responsabilização.

Do exposto, conclui-se que a distinção entre as duas teorias reside nos fundamentos que as sustentam, devendo-se reconhecer que a responsabilidade do Estado por fatos omissivos tanto poderá ser objetiva quanto subjetiva, dependendo da configuração do nexos causal na hipótese concreta a ser levada a juízo.

Nesse sentido, pode-se dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado por ato omissivo será sempre objetiva, desde que, no caso específico, exista um dever legal de cautela, e que diante desse dever, o Poder Público queda-se inerte, acarretando como consequência dessa inobservância, lesão ou violação de direito ao administrado, ficando assim configurado o elo causal entre a falta e o dano necessário para a responsabilização da Administração Pública.

Em caso contrário, se não for comprovado que o Estado tinha, por força de lei, a obrigação de ter agido de forma preventiva e positiva a fim de evitar o prejuízo que se verificou em razão de sua omissão, restará ao lesado apenas a alternativa de recorrer à teoria subjetiva para que possa ser eventualmente ressarcido.²⁵⁵

Certos agora que a responsabilidade estatal pelas omissões inações de seu dever que venham causar danos é objetiva, vamos fazer um breve apanhado exemplificativo das principais formas de omissão que poderiam ser praticadas hoje pelos nossos agentes públicos, que digo, policiais.

Os encarregados, no ordenamento jurídico de efetuar o policiamento ostensivo é a polícia militar. Por isto aqui trataremos de questões com o enfoque

²⁵⁵ DA SILVA, Leifson Gonçalves Holder. *A inação do Estado como fato gerador da responsabilidade extracontratual fundada no art 37, 6º da Constituição Federal de 1988*. Monografia aprovada no III Congresso Internacional de Direito realizado em Recife Novembro de 1999 in <<http://www.bureaujuridico.com.br/artigos/adm/artigo_6.htm>>. Captada em: 08/10/01.

maior para as mesmas, haja vistas que a Polícia Civil tem outras atribuições atualmente e que poderiam ser apuradas em caso de responsabilização nos termos gerais da responsabilidade extracontratual pública.

Dentre as 5 (cinco) hipóteses mais freqüentes, as 3 (três) primeiras inclusive são apontadas em obra de Álvaro Lazzarini, já referida neste, e as duas últimas consideramos também de fundamental repercussão na esfera do direito, assim podemos constar omissão ou inércia, mais constantemente em tais situações:

- a) O policial que acionado por um popular, deixa de atender determinada ocorrência vindo a desencadear prejuízo ao solicitante;
- b) Quando sob o olhar do policial, em sua atividade de polícia ostensiva não reprime ato lesivo, deixando como que o mesmo ocorra;
- c) A desídia, a inércia ou mesmo a omissão diante de movimentos multitudinários de qualquer natureza frente a motivações várias, inclusive as de ordem política e que venha a causar dano a alguém ou turbem o sossego alheio.
- d) Quando o policial, frente a eminente ameaça de dano, ou crime, vem anteriormente ao mesmo a evadir-se do local, deixando com que o dano venha a ocorrer;
- e) Quando tal ocorrência se torna tão freqüente em razão e relação a um horário, uma localidade e as autoridades não tomam as providências efetivas para evitá-las.

Na hipótese do item “a”, poderíamos facilmente identificar. É uma omissão consciente, face à que o policial tomando conhecimento de certa situação e devendo agir, não o faz, causando desta conduta prejuízo para o requerente.

No item “b” temos situação onde o policial, gravemente omite-se, e aqui num breve aparte cremos que deve responder o mesmo criminalmente (no que couber) e severamente em sede administrativa. Esta é a situação onde presenciada situação de crime ou ato lesivo de qualquer natureza o policial por mera discricionariedade deixa com que o mesmo ocorra.

A questão dos movimentos multitudinários (item “c”), já é pacífica na jurisprudência de nosso país, sem necessitar de tantas ‘alegações’. Fato é que, ocorrido por inércia ou omissão, movimento multitudinário que venha a causar prejuízos de ordem material ou moral em virtude do mesmo, surge ao Estado à obrigação de indenizar.

A hipótese da letra “d” diz respeito a quando o policial, frente a eminente ameaça de dano, ou crime, vem anterior ao mesmo evadir-se do local, deixando com que o dano venha a ocorrer. Parece absolutamente impossível e diria até mesmo absurdo acreditarmos que poderia ocorrer fato como este. O fato é de difícil prova, mas não raro, e muito menos oficialmente temos notícias da ocorrência de tal desídia. Portanto, provado que havia um perigo de dano eminente e que a autoridade policial evadiu-se tempos antes (vistas – por presunção – a não exercitar providência alguma) há de ser cabível a indenização pelo Estado.

E também o item “e” que trata de quando tal tipo de ocorrência se torna tão freqüente em razão e relação a um horário, uma localidade e as autoridades não tomam as providências efetivas para evitá-las. Para estas precisamos discorrer um pouco mais e exemplificar.

Suponhamos que no intervalo de um mês, quase todos os dias, alguém fosse assaltado nas proximidades de um colégio. Por exemplo, geralmente em horários de entrada e saída de alunos. A polícia acionada todas às vezes compareceu ao local e fez os devidos boletins de ocorrência. Porém, não se chegou a termo algum quem seriam os autores do crime. Até considera-se, por todos, tarefa quase ‘impossível’ haja vista que, por exemplo, isto corra em uma cidade muito populosa.

A princípio poderia se dizer que a polícia compareceu e fez os boletins de ocorrência. Poderia se dizer que a Polícia judiciária procurou descobrir a autoria de tais delitos, mas mesmo assim não pode se afirmar que ela está cumprindo o seu papel, pois a segurança efetiva não existiu.

Então, suponhamos que tais condições continuassem a acontecer, iguais, mesmo padrão, mesmo “*modus operandi*” por parte dos infratores. Pergunta-se: Em face do exposto surge portanto a responsabilidade do Estado ?

Defendemos que em casos semelhantes, que surge a responsabilidade extracontratual do Estado pela inércia das autoridades em face à habitualidade com que vêm ocorrendo as práticas delituosas. Seria mais ou menos como 'saber', ou ao menos "presumir-se' quando e onde estaria ocorrendo a prática, e nada fazendo para impedir.

Situações como estas apontadas no exemplo, especialmente em cidades grandes, populosas, não são raras e autoridades policiais defendem-se dizendo geralmente que não existe efetivo para ser destacado especificamente para certos locais. Portanto, constatamos uma grave questão que tange a ordem política e que deve ser tratada com afinco, especialmente exercendo a cidadania.

Enquanto o quadro não muda, e assim vemos as mesmas desídias, inércias e omissões que vêm a lesar justamente àqueles a quem incumbia o Estado a proteger, cremos que a única via em casos de dano, é pleitear junto aos órgãos judiciários, a fim de obter a satisfação indenizatória, que se faz graças à adoção da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, consolidada pela Constituição Federal, Lei Maior esta que exclama os direitos e garante-os.

Portanto, fixado o nexo de causalidade entre o dano em decorrência da atividade funcional, nasce a obrigação. Afinal, como preleciona *Cáio Tácito*²⁵⁶: *"a inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço a que está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer seja o ato doloso ou culposo"*.

Enfim, trouxemos mais um apanhado de jurisprudências, desta vez um pouco mais específicas ao tema, para demonstrar a aplicação de tal entendimento, que tem sido ainda um tanto quanto rechaçado pela doutrina, porém pioneiramente bem acatado pela jurisprudência, já que ao que nos parece apercebeu-se aos nossos Tribunais, apesar de apreciarem as questões de ameaça ou lesão de direito como é de preceito constitucional, não podem servir para mediar a incompetência e a inércia da administração pública. Vejamos:

²⁵⁶ TÁCITO, Caio. "O abuso de Poder Administrativo no Brasil" *apud* LAZZARINI, Álvaro. Estudos de... Op. cit. p. 430.

“Quando a administração pública se abstém de praticar atos ou de tomar providências que a lei lhe impõe e de sua inércia resulta dano, a culpa se configura e a sua conseqüente reparação surge como imperativo indeclinável de justiça. Não se concebe a existência de Estado que não tenha como precípua a tutela jurídica, isto é, a garantia da ordem”. (TJMG – 2.º C. – Ap. – Rel. Gonçalves da Silva – j. 24.3.55 – RF 165/243).

“Desde que invocado socorro da autoridade, se esta não atendeu, não há negar a responsabilidade do Estado na indenização, certo de que não houve no caso particular, provocação à massa popular por parte do prejudicado”. (STF – 2.ª T. – RE – Rel. Afrânio Costa – j. 5.8.60 – RT 313/644).

A administração pública responde civilmente pela inércia em atender uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa”. (STF – 2.º T. – RE – Rel. Themístocles Cavalcanti – j. 29.5.68 – RDA 97/177).

“Colisão de veículos em decorrência de defeito de semáforo – Omissão da Administração em tomar as providências necessárias ao restabelecimento da segurança do tráfego – Indenização devida” (RT, 636:161).

“Acidente de trânsito em virtude de falta de sinalização em pista rodoviária – Indenização devida pelo DER – Ocorrido o acidente por falha exclusiva do serviço público, que mantinha pista defeituosa e sem sinalização adequada, responde a autarquia encarregada desse mister administrativo pelos prejuízos causados” (RT, 606:133; JTACSP, Revista dos Tribunais, 100/86).

“Responsabilidade civil da Administração – Atos predatórios de terceiros – Ocorrência no caso de omissão da autoridade competente em dar proteção ao patrimônio lesado – Solicitação de auxílio da Polícia em face de ameaças de agressão física e de depredação – Omissão da autoridade no atendimento à solicitação – Direito do prejudicado à reparação do dano sofrido – “Não se nega que a Constituição da República de 1946, adotando no art. 194 (107 na atual) a teoria do risco administrativo, não responsabilizou o poder público pela reparação de atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Mas a verdade é que quando a lesão do patrimônio ou do direito do cidadão ocorre por omissão da autoridade competente, a Fazenda Pública vincula-se à obrigação de indenizar o prejuízo, restando-lhe a faculdade de exercer o direito de regresso contra o responsável pela omissão (parágrafo único dos dispositivos indicados)” (TJSP – 2.ª C. – Ap. – Rel. J. M. Arruda – j. 28.12.71 – RJTJSP 20/125).

“Indenização – Responsabilidade civil – Explosão de lojas de fogos de artifícios – Danos causados a automóvel - Ineficiência da atividade fiscalizadora da Municipalidade – Ação Procedente – Recurso provido em parte (TJSP – 8.º C. – Ap. 92.151-1 – Rel. Arthur de Godoy – j. 16.03.88).

“Por sua omissão culposa em fiscalizar, a Municipalidade responde por acidente que venha a ocorrer com casa construída clandestinamente, cuja construção foi embargada pelo perigo oferecido” (TJSP – 5.º C. – j. 12.11.71 – RT 436/111).

“Deve ser carregado à responsabilidade do Estado o dano causado por detento fora do presídio, que se aproveitou do afrouxamento do dever de vigilância das autoridades policiais, afastando-se irregularmente do presídio e provocando acidente com veículo de que se apossou” (TJSC – 1.º C. – Ap. – j. 1.12.77 – Revista de Direito Civil 15.275).

“Dano decorrente de ocupação, por favelados, de vias públicas de loteamento, impedindo o acesso a certos lotes – Omissão da Municipalidade, no dever de bem administrar, caracterizada” (RJTJSP, 98:146).

“Responsabilidade civil do Estado – Depredações – Inércia dos agentes do poder público – “Quando a administração pública se abstém de praticar atos ou de tomar providências que a lei lhe impõe e de sua inércia resulta dano, a culpa se configura e a sua conseqüente reparação surge como imperativo indeclinável de justiça. Não se concebe a existência de Estado que não tenha como função precípua à tutela jurídica, isto é, a garantia da ordem” (TJMG – 2.ª C. – Ap. – Rel. Gonçalves da Silva – j. 24.3.55 – RF 165/243).

Responsabilidade civil – Fuga de menor da FEBEM – Danos a veículo – Ação de Indenização – Procedência – “A FEBEM/SP responde pelos danos que menores dela evadidos venham a causar a veículo particular” (1.º TACSP – 5.ª C. – Ap. – Rel. Jorge Tannus – j. 11.11.81 – RT 559/118).

“Responde o Estado pelos danos aos bens de terceiros, em decorrência de movimentos multitudinários não controlados pelo mau e retardado funcionamento do aparelho policial” (RJRS – 2.ª C. – Ap. – Rel. Antônio Augusto Uflacker – j. 06.07.60 – RF 197/220).

Preso assassinado na prisão – Indenização aos pais da vítima – Responsabilidade objetiva do Estado – Art. 107 da EC n. 1 – Inocorrência no caso – “Tendo-se que a vítima se encontrava presa por vários delitos, com penas que somavam a mais de 60 anos de reclusão, possuindo impressionante folha de antecedentes criminais, sem nenhuma referência a que pudesse ajudar os seus, sendo de presumir-se até que estes é que poderiam fornecer-lhe alguma ajuda, e nada indicando, por tudo isso, que se quer pudesse a vítima vir a prestar-lhe algum dia qualquer ajuda, não como condenar-se o Estado a proporcionar reparação financeira a seus pais. No caso, o que existe é a responsabilidade penal dos autores do crime, e, talvez, a penal ou administrativa dos guardas da prisão, mas não a responsabilidade indenizatória do Estado” (STF – 2.ª T. – RE – 115.766-6 – SP – Rel. Aldir Passarinho – j. 5.3.91 – RDA 191-197).

“Resulta em responsabilidade civil do Estado, o ato omissivo dos agentes administrativos concorrentes para a consumação de morte do detento, assassinado por um companheiro de cela de notória periculosidade” (STF – 1.ª T. – j. 5.12.75 – RTJ 77/601).

“O fato de o estudante haver sofrido dano causado por colega, dentro do recinto da escola, por falta de vigilância da administração, caracteriza *conduta omissiva* do agente do poder público, porque a administração tinha o dever legal de preservar a incolumidade foi desatendido. O STF, corretamente, determinou a responsabilidade objetiva e o dever de a administração indenizar (RT 733/130).

11.2. Direito de Regresso do Estado contra o agente público

A questão do Direito de regresso do Estado contra o agente público, já suscitou muitas divergências doutrinárias. Hoje é quase pacífico que não é cabível a denúncia da lide do Estado contra o agente público. Posto que, são direitos de natureza diferente. A responsabilidade extracontratual do Estado é de natureza pública, fundamentada especialmente na teoria do risco administrativo e, portanto, responsabilidade objetiva.

Já a responsabilidade extracontratual do servidor, propriamente como pessoa física, é diferente da retro citada, já que se funda na culpa civil, elemento natural do nosso direito privado. E portanto, necessita a avaliação de culpa.

Também, deixamos aqui frisado neste tópico que, quando o legislador constitucional admitiu pela responsabilidade do Estado como sendo objetiva, quis dar maior proteção, celeridade, dispensa de maiores burocracias na busca de satisfação daquele que sofreu o prejuízo. Portanto, seria inconcebível que, diante de tal fato se aceitasse a aplicação da denúncia da lide.

E, portanto, como abordado anteriormente, até pela própria natureza jurídica de cada um, afinal, enquanto a responsabilidade extracontratual do Estado é objetiva, a responsabilidade civil do servidor é de natureza subjetiva. Neste sentido:

Enquanto a responsabilidade civil da administração é sempre *objetiva* (CF 37, § 6.º), o direito de regresso que a administração tem contra o verdadeiro causador do dano (agente ou servidor – CF 37, § 6.º *in fine*), de reaver dele aquilo que desembolsou para pagar o dano experimentado pelo administrado, é fundado na *responsabilidade subjetiva*. A administração tem de provar que o agente ou servidor agiu com dolo ou culpa. Inexistente o dolo ou culpa do agente, não há o direito de regresso da administração. O direito de regresso só pode ser exercido em ação autônoma, vedada a denúncia da lide (CPC 70) pela administração ré, agente ou servidor, pois na ação principal discute-se a responsabilidade objetiva da administração e na ação de denúncia da lide se discutiria a mesma responsabilidade a título de culpa, introduzindo-se *fundamento novo* na demanda.²⁵⁷

²⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Responsabilidade Civil da Administração Pública* in Revista de Direito Privado nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, .p. 37.

Vejamos breve conciliação do estudo do sujeito ativo com a questão “culpa” em face da denúncia da lide em responsabilidade extracontratual objetiva. A referência se dá em torno de texto do ilustre monografista *Renan Miguel Saad*²⁵⁸ que citando *Silvio Rodrigues* explicita que “a conjugação do sujeito com a culpa consubstancia-se no elemento subjetivo do ato ilícito”. Vejamos o que explana o referido autor:

Pois bem, detendo-se ao tema em exame, sabe-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é objetiva, sem a necessidade do elemento subjetivo, traduzido na culpa. Esta responsabilidade, para ser objetiva, como se sabe, há de ser calcada em norma legal que a estabeleça (artigo 37, parágrafo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal) o ato pode até ser lícito, mas, se causar dano, gerará a obrigação de indenizar.²⁵⁹

Já a fonte da responsabilidade civil dos servidores públicos, pessoalmente considerados, é o ato ilícito, para cuja caracterização a culpa é elemento determinante.

Tal dualidade de fontes permite afirmar que existe, na hipótese, uma única obrigação de indenizar ou ressarcir, mas os fundamentos dessa responsabilidade são diversos: a) contra o servidor, a obrigação de indenizar contra amparo na prática de ato ilícito.

... Advirta-se, no entanto, que sendo a ação indenizatória proposta somente contra o Estado, não é cabível ao poder público regressar, na mesma demanda, contra o funcionário, buscando sua culpa através da denúncia à lide – artigo 70 e seguintes, do Código do Processo Civil.²⁶⁰

Isto porque, estando em discussão a responsabilidade subjetiva do servidor público, haverá diversificação de fundamento para sua ação.

Aliás, a prevalecer o entendimento diverso, notável seria o acréscimo temporal da demanda, prejudicando ainda mais a vítima do evento danoso. E, com efeito, não foi da intenção do Constituinte agravar o prejuízo das vítimas dos atos danosos decorridos da atividade estatal, pelo que se depreende do princípio esculpido na Constituição Federal, ao editar a responsabilidade civil objetiva do Estado. Através da denúncia, a lide seria discutida nos autos da ação indenizatória, aquilo que se pretendeu afastar na norma constitucional, ou seja, a culpa.

Por este motivo andou bem o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “Denúnciação à lide. Responsabilidade civil do Estado. Tendo em vista que a responsabilidade civil do Estado é objetiva e a do funcionário causador do dano depende de dolo ou de culpa, afigura-se sem cabimento a denúncia à lide deste por aquele, pelo que a ação de regressiva autorizada pela norma constitucional deve ocorrer mediante ação própria (CF., art. 37, §. 6º)”.²⁶¹

²⁵⁸ SAAD, Renan Miguel. *O Ato ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994. p.61.

²⁵⁹ Neste sentido vide supra a decisão do Supremo Tribunal Federal.

²⁶⁰ Em que pese valiosa opinião em contrário de José Carlos Barbosa Moreira, *Direito Aplicado Acórdãos e Votos*, Rio, Forense, 1987, pp. 159 a 163.

²⁶¹ TJPR. – AP. Civ. 13.308-1 – 2ª Câm. Civ. – Rel. Des. Sydney Zappa – julg. Unân., in: *Adcoas Jurisprudência* nº 136.279, ano 1992.

Desta feita, podemos deduzir pela absoluta impropriedade do instituto da denúncia da lide em sede de responsabilidade extracontratual do Estado. E esta tendência, não se presencia tão somente em nível de abordagem do direito por civilistas ou administrativistas.

Em sede de Processo Civil, ou seja, dentre os processualistas o entendimento é o mesmo, em virtude da matéria abordada. Vejamos incontestável explanação sobre o referido tema em sede de Direito Processual:

O administrado pode acionar a administração pública, mesmo que o servidor tenha sido absolvido na ação penal, porque a administração responde objetivamente, sendo irrelevante a conduta dolosa ou culposa de seu servidor, para que tenha que indenizar o dano causado. A absolvição do servidor na esfera criminal, entretanto, não o libera de indenizar o dano decorrente de sua conduta, diretamente ou mediante ação regressiva, salvo se comprovada a inexistência do fato ou a circunstância de que ele não tenha sido o autor do fato (CC 1.525).

Condenando o agente ou servidor na esfera criminal, essa condenação torna certa a obrigação de indenizar no cível (CP 91,1). A sentença penal condenatória título executivo judicial (CPC 584, II), ensejador do ajuizamento de ação de execução diretamente contra o servidor, condenado no crime. A execução da sentença penal condenatória transitada em julgado pode ser promovida tanto pelo administrado como pela administração pública, mas sempre e somente contra o servidor, condenado o crime. Essa execução só será possível se a sentença penal condenatória estipular o valor do prejuízo causado pelo agente ou servidor. Quando não houver essa circunstância na sentença, antes de executá-la é preciso ajuizar-se ação de liquidação de sentença, que deverá ser processada e julgada no juízo cível competente, na forma do CPC 603 *et seq*

Ao réves, se o administrado quiser responsabilizar diretamente a administração pública, por falta da CF 37, § 6.º, não poderá mover a ação de execução com base na sentença condenatória, pois essa só vincula quem consta do título como obrigado, que é o servidor. Mesmo depois de sentença penal condenatória transitada em julgado, o administrado tem de mover ação de conhecimento contra a administração, para obter a indenização dos prejuízos que sofreu em decorrência de crime perpetrado por agente ou servidor.

O agente ou servidor pode responder, ainda por improbidade administrativa (Lei 8.429, de 02.06.1992). não se trata de ação regressiva, mas de *ação direta* do poder público contra o servidor ímprobo que causou prejuízo ao patrimônio público e social.²⁶²

Questão que se põe, é se em face de conduta do agente público, aquele que sofreu o dano, poderia ao invés de processar o Estado com base no art. 37, §

²⁶² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. CPC comentado, cit., p. 1.093 comentário 4 ao CPC 584 II.

6.º da Constituição Federal, propor ação diretamente contra o servidor que causou o dano. Vejamos jurisprudência nesse sentido:

A responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária reparação diretamente do funcionário que causou o dano” (STF – 1.ª T. – RE – Rel. Antônio Neder – j. 4.12.79 – RT 538/275).

Sim, poderia ser admissível que ao invés de processar diretamente o Estado, o lesado em seus direitos e portanto requerente do pleito indenizatório, exigisse diretamente do servidor a indenização devida.

Porém, na prática, é um caminho um tanto quanto duvidoso, tendo em vista a própria morosidade em face das provas, da admissibilidade das provas, dentre outros requisitos. Torna-se mais difícil e menos provável tal indenização, haja vista que, por exemplo, questões que caberiam ao Estado originalmente em ação regressiva contra tal funcionário alegar, ficarão a cargo do então requerente, tornando então mais difícil processualmente o pleito indenizatório.

Uma vez movida à ação diretamente contra o servidor, o título que se forma somente é executável em face deste e nunca do Estado. Vejamos breves linhas acerca de tal explanação:

Ao réves, se o administrado quiser responsabilizar diretamente a administração pública, por falta da CF 37, § 6.º, não poderá mover ação de execução com base na sentença condenatória, pois essa só vincula quem consta do título como obrigado, que é o servidor. Mesmo depois de sentença penal condenatória transitada em julgado, o administrado tem de mover ação de conhecimento contra a administração, para obter a indenização dos prejuízos que sofreu em decorrência de crime perpetrado por agente ou servidor.

O agente ou servidor pode responder, ainda por improbidade administrativa (Lei 8.429, de 02.06.1992). não se trata de ação regressiva, mas de *ação direta* do poder público contra o servidor ímprobo que causou prejuízo ao patrimônio público e social.²⁶³

Concluimos então, a inviabilidade prática de acionar-se o agente público, apesar de existir legalmente a possibilidade jurídica de fazê-lo.

²⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. pp. 38–39.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No epílogo desta obra, foi dito que se os governantes cumprissem melhor seus deveres, atendendo aos interesses da coletividade, o Estado não precisaria ser defendido nos Tribunais por argumentos que o colocam contra seus próprios princípios e fundamentos.

Portanto, parece-nos que falta à sociedade coragem para não somente para enfrentar toda problemática da segurança pública no Brasil, mas também reconhecer que a atual conjuntura da responsabilidade extracontratual do Estado muitas vezes se dá numa abordagem um tanto quanto equivocada, transformando o problema, a princípio político em problema judiciário, que muitas vezes no anseio de não levar toda instituição estatal a bancarrota, ainda acata argumentos que a própria constituição afastou.

Assim, não há de se negar que a responsabilidade extracontratual do Estado, como muitas vezes vem sendo abordada não faz jus ao sentido que o legislador quis incorporar em nossa constituição.

Portanto, precisa ser revista, com urgência pela nossa doutrina e jurisprudência – que aliás tem sido pioneira, a fim de adequar-se aos termos que se assenta a nossa Constituição Federal no que tange a aplicação correta do art. 37, § 6.º, que torna objetiva a responsabilidade extracontratual do Estado.

Talvez, responsabilizando o Estado nos termos constitucionais, e este exercendo o seu direito de regresso, despertemos a toda administração pública para uma conscientização da relevância de seus serviços e do devido cumprimento das atividades administrativas em face dos princípios elencados no ‘caput’ do referido dispositivo legal.

Ainda mais, no tocante a área da segurança pública que visa garantir desde a própria ordem institucional democrática, e a preservação da incolumidade pessoal e patrimonial, até mesmo os mais indisponíveis e valorosos direitos existentes como a vida e a dignidade humana.

13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. v. 4. 4. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 3. ed., Editora Jurídica e Universitária. 1965.

_____, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1955.

AZKOUL, Marco Antonio. **A Polícia e sua função Constitucional**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha “*O Conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico*”. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo: RT, vol. 2. out/dez 1967.

_____. **Princípios gerais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAZHUNI, Marco Antonio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa** – 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BÍBLIA SAGRADA – Revista e Atualizada. Traduzida por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedades Bíblicas do Brasil, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Lei n.º: 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Coordenação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes – 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Lei n.º: 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Pres. da República. Subchefia assuntos jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm>. Acessado em: 08.09.02.

_____. Lei n.º: 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil Brasileiro. **Código de Processo Civil**. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Lei n.º: 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Presidência da República – Subchefia assuntos jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>. Acessado em: 08.09.02.

_____. Lei n.º: 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disciplina a Ação Civil Pública. **Presidência da República – Subchefia para assuntos jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acessado em: 08.09.02.

_____. Lei n.º: 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil: texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916**. Sílvio de Salvo Venosa, organizador. – 2. ed., São Paulo: Atlas: 2002.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n.º: 37**. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos de mesmo fato”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n.º: 221**. “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula n.º: 227**. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º: 161**. “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl.. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º: 187**. “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º:346**. “A Administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n.º: 473**. “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. In: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio (org). **Vademecum Universitário de Direito**. 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 1ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1982.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed., amp. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPANHOLE, Hiltom Lobo. **Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices** – 14. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.

CASILO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1944.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado – Tomo 1**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

_____, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado – Tomo 2**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

CRETELLA JÚNIOR, **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense Universitária, 1989.

_____, José. “*Conceituação do Poder de Polícia*”, in: **Revista dos Advogados n.º: 17**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1985.

DA SILVA, Leifson Gonçalves Holder. “**A inação do Estado como fato gerador da responsabilidade extracontratual fundada no art 37, o 6º da Constituição Federal de 1988**”. Monografia aprovada no III Congresso Internacional de Direito realizado em Recife Novembro de 1999 in Disponível em: <http://www.bureaujuridico.com.br/artigos/adm/artigo_6.htm>. Capturada em: 11 de novembro de 2001.

DA SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade sem Culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Álvares, 1962.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “**Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**”. São Paulo: Atlas, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º vol. – 12.. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

DOMEGUE, René. **Traité des obligations en general**. Vol. III. Paris, 1923.

DORNELLES DA LUZ, Aramy. **Código do Consumidor Anotado**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

DUEZ, Paul, DEBEYRE, Guy. **Traité de droit administratif**. Paris: Dalloz, 1952.

DUNI, Giovani. **Lo Stato e la responsabilità patrimoniale**. Milano: Dott A. Giuffré, 1968.

FERNANDÉZ, Thomas-Ramóm. **Arbitrariedad y discricionalidad**. Madri: Civitas, 1991.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Intervenção e estudos da Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1985.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: direito das obrigações: parte especial**. Vol. 6, tomo II: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência**. 6. ed., Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LAUBADÉRE, André. *Traité de droit administratif*. V.1. 9. ed., Paris: LGDJ, 1984.

LAZZARINI, Álvaro. “Consumidor de serviços públicos – Dever de indenizá-lo enquanto cidadão” in **RT n.º: 774/126**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1965.

MARTINS, Viviane Michele Vieira. **Responsabilidade Civil Objetiva do Estado pelo mau funcionamento do serviço público**. Monografia de Graduação – orientador: Romualdo da Costa Filho. Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente–SP, 2001.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. “A Discricionariedade Administrativa à Luz do Princípio da Eficiência” in **RT n.º: 789/62**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MASSAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14. ed., São Paulo: RT, 1989.

MEIRELES, Hely Lopes. “Poder de Polícia e segurança nacional” in **RT 445/287**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. São Paulo : Malheiros, 1993.

_____, Celso Antônio Bandeira de. “O Conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico”. vol. 2. **Revista de Direito Público**, São Paulo, 1967.

_____, Celso Antônio Bandeira. “Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos” in **RT n.º: 552/15**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.15.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1 – 13ª ed - São Paulo: Atlas, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5 – 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1971.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed., rev. Ampliada. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Bismael B. **Direito e Polícia – Uma introdução à Polícia Judiciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 6. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. “*Responsabilidade Civil da Administração Pública*” in **Revista de Direito Privado** – n.º: 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, Mario da Silva. “*A responsabilidade Civil do Estado e o Poder de Polícia*” in **Revista Forense n.º: 90/64**. São Paulo: Forense, 1942.

PEREIRA, Caio Mário. **Responsabilidade Civil**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 2. ed., Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. 5. ed., São Paulo: Editora RT, 1999.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da administração pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Livraria Almedina Coimbra, Portugal, 1981.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 1. 27. ed., Atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

SAAD, Renan Miguel. **O Ato ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994.

SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de ciência política**. 2. ed., Tribuna da Justiça, Hemeron Editora, 1977, v.1.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Prólogo a Teoria do Estado**. 2. ed., São Paulo: Forense, 1995.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. “*Causas e Cláusulas de Exclusão de Responsabilidade Civil*” in **Revista de Direito Privado nº 8**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1989.

SILVA, Juary C. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos**. São Paulo, Saraiva, 1985,

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TÔRRES, Heleno Taveira. “*O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo*” in: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 32. Brasília: Senado Federal.

TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por Ato Lícito**. Leme: LED, 1996.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VELLOSO Caio Mário da Silva. “*Responsabilidade Civil do Estado*”. In: **Temas de Direito Público**. 1. ed., Belo Horizonte: Livraria: Del Rey, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em espécie e responsabilidade civil**. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2001.

ANEXOS:

ANEXO A – CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

TÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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

- I** - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II** - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III** - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV** - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- V** - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- VI** - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
- VII** - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
- VIII** - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
- IX** - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
- X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- XI** - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
- XII** - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
- XIII** - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
- XIV** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
- XV** - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
- XVI** - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;
- XVII** - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
- XVIII** - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada à interferência estatal em seu funcionamento;
- XIX** - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
- XX** - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
- XXI** - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
- XXII** - é garantido o direito de propriedade;
- XXIII** - a propriedade atenderá a sua função social;
- XXIV** - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
- XXV** - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável à lei pessoal do de cujus;

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII – o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII – conceder-se-á habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII – conceder-se-á *habeas-data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI – são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII – são gratuitas as ações de habeas-corpus e habeas-data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(...)

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

(...)

Art. 21. Compete à União:

XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

CAPÍTULO VII - DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

SEÇÃO I - Disposições Gerais

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

§ 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

§ 2º. A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, exeterna e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 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.

(...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, direta mente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

(...)

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, marítimo e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. *(Alterado pela E.C. 7/95)*

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

(...)

Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

ANEXO B – LEI SOBRE ABUSO DE AUTORIDADE:

LEI Nº 4.898, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965.

Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;

b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

b) à inviolabilidade do domicílio;

c) ao sigilo da correspondência;

d) à liberdade de consciência e de crença;

e) ao livre exercício do culto religioso;

f) à liberdade de associação;

g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;

h) ao direito de reunião;

i) à incolumidade física do indivíduo;

j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. *(Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)*

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;

i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. *(Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)*

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

a) advertência;

b) repreensão;

c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;

d) destituição de função;

e) demissão;

f) demissão, a bem do serviço público.

§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;

b) detenção por dez dias a seis meses;

c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

§ 5º Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos.

Art. 7º recebida a representação em que for solicitada a aplicação de sanção administrativa, a autoridade civil ou militar competente determinará a instauração de inquérito para apurar o fato.

§ 1º O inquérito administrativo obedecerá às normas estabelecidas nas leis municipais, estaduais ou federais, civis ou militares, que estabeleçam o respectivo processo.

§ 2º não existindo no município no Estado ou na legislação militar normas reguladoras do inquérito administrativo serão aplicadas supletivamente, as disposições dos arts. 219 a 225 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

§ 3º O processo administrativo não poderá ser sobrestado para o fim de aguardar a decisão da ação penal ou civil.

Art. 8º A sanção aplicada será anotada na ficha funcional da autoridade civil ou militar.

Art. 9º Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

Art. 10. Vetado

Art. 11. À ação civil serão aplicáveis as normas do Código de Processo Civil.

Art. 12. A ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso.

Art. 13. Apresentada ao Ministério Público a representação da vítima, aquele, no prazo de quarenta e oito horas, denunciará o réu, desde que o fato narrado constitua abuso de autoridade, e requererá ao Juiz a sua citação, e, bem assim, a designação de audiência de instrução e julgamento.

§ 1º A denúncia do Ministério Público será apresentada em duas vias.

Art. 14. Se a ato ou fato constitutivo do abuso de autoridade houver deixado vestígios o ofendido ou o acusado poderá:

a) promover a comprovação da existência de tais vestígios, por meio de duas testemunhas qualificadas;

b) requerer ao Juiz, até setenta e duas horas antes da audiência de instrução e julgamento, a designação de um perito para fazer as verificações necessárias.

§ 1º O perito ou as testemunhas farão o seu relatório e prestarão seus depoimentos verbalmente, ou o apresentarão por escrito, querendo, na audiência de instrução e julgamento.

§ 2º No caso previsto na letra a deste artigo a representação poderá conter a indicação de mais duas testemunhas.

Art. 15. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia requerer o arquivamento da representação, o Juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da representação ao Procurador-Geral e este oferecerá a denúncia, ou designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no arquivamento, ao qual só então deverá o Juiz atender.

Art. 16. Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo fixado nesta lei, será admitida ação privada. O órgão do Ministério Público poderá, porém, aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva e intervir em todos os termos do processo, interpor recursos e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Art. 17. Recebidos os autos, o Juiz, dentro do prazo de quarenta e oito horas, proferirá despacho, recebendo ou rejeitando a denúncia.

§ 1º No despacho em que receber a denúncia, o Juiz designará, desde logo, dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada, improrrogavelmente, dentro de cinco dias.

§ 2º A citação do réu para se ver processar, até julgamento final e para comparecer à audiência de instrução e julgamento, será feita por mandado sucinto que, será acompanhado da segunda via da representação e da denúncia.

Art. 18. As testemunhas de acusação e defesa poderão ser apresentada em juízo, independentemente de intimação.

Parágrafo único. Não serão deferidos pedidos de precatória para a audiência ou a intimação de testemunhas ou, salvo o caso previsto no artigo 14, letra "b", requerimentos para a realização de diligências, perícias ou exames, a não ser que o Juiz, em despacho motivado, considere indispensáveis tais providências.

Art. 19. A hora marcada, o Juiz mandará que o porteiro dos auditórios ou o oficial de justiça declare aberta a audiência, apregoando em seguida o réu, as testemunhas, o perito, o representante do Ministério Público ou o advogado que tenha subscrito a queixa e o advogado ou defensor do réu.

Parágrafo único. A audiência somente deixará de realizar-se se ausente o Juiz.

Art. 20. Se até meia hora depois da hora marcada o Juiz não houver comparecido, os presentes poderão retirar-se, devendo o ocorrido constar do livro de termos de audiência.

Art. 21. A audiência de instrução e julgamento será pública, se contrariamente não dispuser o Juiz, e realizar-se-á em dia útil, entre dez (10) e dezoito (18) horas, na sede do Juízo ou, excepcionalmente, no local que o Juiz designar.

Art. 22. Aberta a audiência o Juiz fará a qualificação e o interrogatório do réu, se estiver presente.

Parágrafo único. Não comparecendo o réu nem seu advogado, o Juiz nomeará imediatamente defensor para funcionar na audiência e nos ulteriores termos do processo.

Art. 23. Depois de ouvidas as testemunhas e o perito, o Juiz dará a palavra sucessivamente, ao Ministério Público ou ao advogado que houver subscrito a queixa e ao advogado ou defensor do réu, pelo prazo de quinze minutos para cada um, prorrogável por mais dez (10), a critério do Juiz.

Art. 24. Encerrado o debate, o Juiz proferirá imediatamente a sentença.

Art. 25. Do ocorrido na audiência o escrivão lavrará no livro próprio, ditado pelo Juiz, termo que conterà, em resumo, os depoimentos e as alegações da acusação e da defesa, os requerimentos e, por extenso, os despachos e a sentença.

Art. 26. Subscreverão o termo o Juiz, o representante do Ministério Público ou o advogado que houver subscrito a queixa, o advogado ou defensor do réu e o escrivão.

Art. 27. Nas comarcas onde os meios de transporte forem difíceis e não permitirem a observância dos prazos fixados nesta lei, o juiz poderá aumentá-las, sempre motivadamente, até o dobro.

Art. 28. Nos casos omissos, serão aplicáveis as normas do Código de Processo Penal, sempre que compatíveis com o sistema de instrução e julgamento regulado por esta lei.

Parágrafo único. Das decisões, despachos e sentenças, caberão os recursos e apelações previstas no Código de Processo Penal.

Art. 29. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de dezembro de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

ANEXO C – CÓDIGO CIVIL DE 2002 (EXCERTOS):

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.

TÍTULO III Dos Atos Ilícitos

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

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.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

TÍTULO IX Da Responsabilidade Civil

CAPÍTULO I Da Obrigação de Indenizar

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

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, serviçais 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.

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.

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

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

Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Art. 943. O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

CAPÍTULO II Da Indenização

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado.

Parágrafo único. Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I – o cárcere privado;

II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III – a prisão ilegal.

ANEXO D – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (EXCERTOS) :

LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.

Institui o Código de Processo Civil.

Seção II

Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

II - alterar a verdade dos fatos; *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

VI - provocar incidentes manifestamente infundados. *(Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)*

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. *(Inciso acrescentado pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)*

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. *(Redação dada pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)*

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. *(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)*

Seção III

Das Despesas e das Multas

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

§ 1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual.

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. *(Redação dada pela Lei nº 6.355, de 8.9.1976)*

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, cond

(...)

Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem

como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

(...)

Art. 63. Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

(...)

Art. 69. Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação:

I - deixando de nomear à autoria, quando lhe competir;

II - nomeando pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada.

(...)

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Art. 76. A sentença, que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo.

(...)

Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

(...)

Art. 100. É competente o foro:

I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento; (**Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977**)

II - do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

III - do domicílio do devedor, para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos;

IV - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;

b) onde se acha a agência ou sucursal, quanto às obrigações que ela contraiu;

c) onde exerce a sua atividade principal, para a ação em que for ré a sociedade, que carece de personalidade jurídica;

d) onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação em que se lhe exigir o cumprimento;

V - do lugar do ato ou fato:

a) para a ação de reparação do dano;

b) para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios.

Parágrafo único. Nas ações de reparação do dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, será competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato.

(...)

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

(...)

Art. 144. O escrivão e o oficial de justiça são civilmente responsáveis:

I - quando, sem justo motivo, se recusarem a cumprir, dentro do prazo, os atos que lhes impõe a lei, ou os que o juiz, a que estão subordinados, lhes comete;

II - quando praticarem ato nulo com dolo ou culpa.

(...)

Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

(...)

Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo.

(...)

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário: **(Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)**

~~I - nas causas, cujo valor não exceder 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País; **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**~~

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo; **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

II - nas causas, qualquer que seja o valor *(Retificado)* **(Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)**

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;

g) nos demais casos previstos em lei.

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. **(Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)**

(...)

Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito; **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

(...)

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. **(Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**

~~§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)**~~

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. **(Artigo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. **(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

(...)

Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

(...)

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução; **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior; **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo. **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade. **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

(...)

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução. **(Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)**

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

§ 1º Este capital, representado por imóveis ou por títulos da dívida pública, será inalienável e impenhorável: **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

I - durante a vida da vítima;

II - falecendo a vítima em consequência de ato ilícito, enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital por caução fidejussória, que será prestada na forma dos arts. 829 e segs. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

§ 3º Se, fixada a prestação de alimentos, sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte pedir ao juiz, conforme as circunstâncias, redução ou aumento do encargo. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

§ 4º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará, conforme o caso, cancelar a cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou exonerar da caução o devedor. **(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)**

(...)

Art. 624. Se o executado entregar a coisa, lavrar-se-á o respectivo termo e dar-se-á por finda a execução, salvo se esta tiver de prosseguir para o pagamento de frutos ou ressarcimento de prejuízos. **(Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)**

(...)

Art. 627. O credor tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando esta não lhe for entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente.

(...)

Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização.

(...)

Art. 638. Nas obrigações de fazer, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente, o credor poderá requerer ao juiz que lhe assinie prazo para cumpri-la.

Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do devedor, a obrigação pessoal do devedor converter-se-á em perdas e danos, aplicando-se outrossim o disposto no art. 633.

(...)

Art. 643. Havendo recusa ou mora do devedor, o credor requererá ao juiz que mande desfazer o ato à sua custa, respondendo o devedor por perdas e danos.

Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos.

(...)

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

(...)

Art. 936. Na petição inicial, elaborada com observância dos requisitos do art. 282, requererá o nunciante:

I - o embargo para que fique suspensa a obra e se mande afinal reconstituir, modificar ou demolir o que estiver feito em seu detrimento;

II - a cominação de pena para o caso de inobservância do preceito;

III - a condenação em perdas e danos.

(...)

Art. 986. O administrador provisório representa ativa e passivamente o espólio, é obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa.

(...)

Art. 1.069. Quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer.

ANEXO E – AÇÃO CIVIL PÚBLICA:

LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985.

Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I – ao meio-ambiente;

II – ao consumidor;

III – à ordem urbanística; (Inciso incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Inciso renumerado pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

V – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Inciso renumerado pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

VI – por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Mpv nº 2.180-35, de 24.8.2001) (Inciso renumerado pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

VII – à ordem urbanística. (Redação dada pela Mpv nº 2.180-35, de 24.8.2001) (Inciso renumerado pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Redação dada pela Mpv nº 2.180-35, de 24.8.2001)

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Redação dada pela Mpv nº 2.180-35, de 24.8.2001)

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO). (Redação dada pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

§ 1.º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2.º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3.º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (Parágrafo incluído pela Lei n.º 8.078, de 11.9.1990)

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei. (Parágrafo incluído pela Lei n.º 8.078, de 11.9.1990)

§ 6.º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a danos, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Art. 22. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (Renumerado pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Art. 23. Revogam-se as disposições em contrário. (Renumerado pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

Brasília, em 24 de julho de 1985; 164º da Independência e 97º da República.

JOSÉ SARNEY
Fernando Lyra

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 25.7.1985