

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO PODER DE
POLÍCIA

Tais Fernanda Grion dos Santos

Presidente Prudente/SP

2004

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO PODER DE
POLÍCIA

Tais Fernanda Grion dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito sob orientação do Professor
Maurício Kenji Yonemoto.

Presidente Prudente/SP

2004

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO PODER DE POLÍCIA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Maurício Kenji Yonemoto
Orientador

Henrique Chagas
Examinador

Sílvia Esther da Cruz Soller
Examinadora

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2004.

“Na vereda da justiça está a vida,
e no caminho da sua carreira não há morte.”

Pv 12.28

“Mas a vereda dos justos é como a luz da aurora,
que vai brilhando mais e mais até seu dia perfeito.”

Pv 4.18

AGRADECIMENTOS

A Jesus, todo o meu louvor e reconhecimento, por ter me amparado em toda essa caminhada. Por me amar como sou e permitir a minha vitória.

Aos que contribuíram direta ou indiretamente para mais esta realização.

Aos meus avós, especialmente ao avô Walter, um exemplo de dignidade que foi em minha vida.

Aos meus amados pais, Adelino e Leida, que confiaram em minha capacidade e dedicação na conclusão deste trabalho, não medindo esforços para me proporcionar uma profissão.

À minha irmã Lívia, que além de ter muita paciência comigo, soube respeitar os meus momentos difíceis com carinho e demonstração de força.

Àquele que militou força e apoio para que eu concluísse este trabalho, estando ao meu lado em todos os momentos que precisei.

Àqueles companheiros de sala, de todas as horas, de todos esses cinco anos, que passamos juntos na saudosa Toledo.

Ao meu orientador, ilustríssimo professor Maurício Kenji Yonemoto, que acreditou em meu desempenho e me conduziu ao rumo do conhecimento.

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo da responsabilidade civil do Estado no tocante ao seu Poder de Polícia. Partindo-se de aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, tal responsabilidade é concebida na obrigação do Poder Público de reparar a lesão a um direito que deu causa.

Situando-se o tema no contexto jurídico, examina-se, sucintamente, tendências e classificações inerentes à responsabilidade civil tais como a qualidade do agente na prática do ato, nexos causal e dano. A evolução no direito brasileiro é enfocada passando pelas fases de irresponsabilidade estatal, responsabilidade comum até a fase publicista. Através da evolução no direito pátrio, estuda-se as Constituições Federais, já proclamadas. Com destaque a Carta de 1988 que acolheu os fundamentos da responsabilidade do Estado sem culpa, sob a modalidade do risco administrativo.

Sendo assim, a partir do desenvolvimento da responsabilização extracontratual do Estado, quanto à matéria da segurança pública, caminhou-se rumo à questão do Poder de Polícia. No qual, a partir da análise de sua função, qual seja a preservação da paz social, concluirá que tal Poder não é ilimitado. É um ato discricionário, usado para a garantia da aplicação do direito de todos e também garantia o mesmo de forma igualitária.

Concluindo-se que o ente estatal tem o dever de ressarcir o sujeito com fulcro na teoria do risco administrativo pela conduta de seus agentes policiais. Ressalvando as hipóteses do direito de regresso do Estado contra o agente público e responderá, subjetivamente nos casos de omissão.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade, Responsabilidade Civil, Responsabilidade Objetiva, Segurança Pública, Polícia, Danos, Indenização.

ABSTRACT

The presente work intends studying the State civil responsibility about its Power's Policy. Breaking from legal, doctrinal and jurisprudenciais aspects, this responsibility is conceived in the obligation of the Public Power to repair the injury to a right that it gave cause.

Placing the subject in the legal context, is brief examined, inherent trends and classifications to the civil responsibility such as the quality of the agent in the practical of the act, causal nexus and damage. The evolution in the Brazilian right is focused passing for the phases of state irresponsibility, common responsibility until the publicist phase. Through the evolution in the native right the Federal Constitutions already proclaimed are studied. With prominence the Letter of 1988 that received the beddings of the State responsibility without guilt, in the modality of the administrative risk.

In this way, from the development of the extracontractual State responsibility, about the substance of public security, was walked route to the question of the Power Policy. In which, from the analysis of its function, which is the preservation of the social peace, will conclude that this Power there haven't limitless. It is a discretionary act that is used for guarantee the application of everybody right and also guarantee this right of a equal form.

It concludes that the state has the duty to repay the citizen with fulcrum in the theory of the administrative risk. Excepting the hypotheses of the State right return against the public agent, it will answer subjectively in the omission cases.

KEY WORDS: Responsibility, Civil responsibility, Objective Responsibility, Public Security, Policy, Damages, Indemnity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO TEMA	9
1. CONCEITO	11
2. VISÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1.1 <i>Da irresponsabilidade do Estado</i>	13
2.1.2 <i>Teoria Civilista</i>	16
2.1.3 <i>Teoria Publicista</i>	18
2.1.4 <i>Teoria do Risco Administrativo</i>	19
2.1.5 <i>Teoria do risco administrativo e seus parâmetros</i>	20
2.2 DIREITO BRASILEIRO	21
3. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	25
4. ATOS ILÍCITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
5. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	29
5.1 DANO	29
5.2 AÇÃO E OMISSÃO	30
5.3 CULPA	31
5.4 DOLO	33
5.5 MODALIDADES DE CULPA	33
a) <i>Culpa contratual e extracontratual</i>	33
b) <i>Culpa concorrente ou concorrência de culpas</i>	34
c) <i>Culpa grave, leve ou levíssima</i>	35
5.6 NEXO DE CAUSALIDADE	36
6. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA DO ESTADO	38
6.1 A FALHA OU MAU FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO	40
6.2 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO	41
6.3 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	42
6.3.1 <i>Caso Fortuito ou de Força Maior</i>	43
6.3.2 <i>Culpa da vítima: exclusiva ou concorrente</i>	44
7. PODER DE POLÍCIA	46
7.1 CONCEITO	46
7.2 EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA	47
7.3 POLÍCIA ADMINISTRATIVA E POLÍCIA JUDICIÁRIA	47
7.4 A POLÍCIA E O SEU PAPEL CONSTITUCIONAL	48
7.5 MEIOS DE ATUAÇÃO	49
7.5.1 <i>Atos Administrativos</i>	49
7.5.2 <i>Atos Normativos</i>	49
7.6 FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA	49
7.7 FINALIDADE E OBJETO DO PODER DE POLÍCIA	50
7.8 CARACTERÍSTICAS DO PODER DE POLÍCIA	50
7.8.1 <i>Discricionariedade</i>	50
7.8.2 <i>Auto – executoriedade</i>	51
7.8.3 <i>Coercibilidade</i>	51
7.8 LIMITES DO PODER DE POLÍCIA	51

8. A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	54
8.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	54
8.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SEGURANÇA PÚBLICA	55
9. A SEGURANÇA PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL	58
9.1 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	58
9.1.1 <i>Da Responsabilidade Extracontratual por atos comissivos.....</i>	<i>58</i>
9.1.2 <i>Responsabilidade Extracontratual por atos omissivos</i>	<i>60</i>
10. DIREITO DE REGRESSO DO ESTADO CONTRA O AGENTE PÚBLICO.....	66
11. CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO AO TEMA

O instituto da responsabilidade civil, em virtude da sua escassez de normas sistematizadas, representa muitas controvérsias no cotidiano do ser humano. Nas quais, os magistrados, na tentativa de ampliar a obrigação do dano em prol da ideal de justiça, acabam por se depararem à dogmática subjetivista do Código Civil, onde se exige a prova da culpa, que nem sempre é fácil.

Em face dessas ocorrências, o presente trabalho visou a abordagem, de forma objetiva, do tema *Responsabilidade Civil do Estado quanto ao Poder de Polícia*, garantindo à vítima a reparação integral dos prejuízos por ela suportados em suas atividades restritas à análises da faculdade de que se dispõe a Administração Pública em geral. Na qual, a responsabilidade estatal quanto ao Poder de Polícia está enfocado na condição e restrição no uso e gozo de bens ou direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Tal responsabilidade está compreendida na reparação dos danos causados pelos atos ilícitos quanto aos decorrentes de atos lícitos. Como por exemplo, tutelar os interesses metaindividuais da paz social, do bem estar coletivo, da ordem pública e do cumprimento da justiça.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes inovações no tocante à responsabilidade civil do Estado, atribuindo a responsabilidade objetiva pelos atos danosos de seus agentes.

Dizer da responsabilidade objetiva do Estado implica em admitir, regra geral, o dever de ressarcimento sempre que houver nexo de causalidade entre a ação do Estado, por seus representantes, e o dano efetivamente causado. Não se discute a culpa do Estado, sendo que este responsável independentemente de haver ou não a culpa do agente. Só será importante essa discussão, posteriormente, se houver ação de regresso contra o agente.

A teoria do risco administrativo, utilizada para orientar a responsabilização do Estado, é a que melhor se amolda aos princípios de justiça e equidade. Na qual, afirma ser possível o Estado se eximir da obrigação de indenizar, desde que demonstrada a ocorrência de determinadas situações excludentes de responsabilidade, conforme será estudada.

O Estado é obrigado a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros, essenciais e contínuos fornecendo à reparação dos danos causados pelo descumprimento de quaisquer dessas obrigações.

Sendo assim, inúmeros os casos em que o Estado possa ser responsabilizado pelos danos causados aos seus agentes no exercício de sua função.

Tendo-se por objeto o estudo da análise de regras aplicáveis, a fim de que sem a necessidade de analisar situações específicas, foi possível concluir a sua responsabilidade no desempenho de seu Poder de Polícia.

1. CONCEITO

A responsabilidade por seu caráter de tema fundamental da ciência jurídica encontra melhor alocação na teoria geral do direito, escapando do domínio único do Direito Civil. Abrangendo questões jusfilosóficas, a responsabilidade não encontra critério único de definição que possa determinar a sua amplitude.

Concentrando-se em uma visão jurídica pragmática, ter-se-á a idéia de responsabilidade civil associada à obrigação, mais especificamente à obrigação de reparar um dano sofrido por alguém. A noção prende-se, como se vê, à idéia de dano, dispensando a identificação da causalidade.

A associação de dano e responsabilidade civil, embora insuficiente a delimitar o campo conceitual, impele a maior precisão, já que afirma a não ocorrência da responsabilidade civil sem prejuízo.

Urge, portanto, que para a construção de um conceito revelar-se suficiente, a idéia de imposição do dever de ressarcir deve existir, como demonstra Caio Mário da Silva Pereira:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como princípio subordinado a reparação de sua incidência na pessoa causadora do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. (1992, p. 11).

Dessa maneira, entendemos que a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social. Sendo portanto, o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento em face desse dever ou obrigação.

O conceito de responsabilidade civil é, portanto, fruto de um amadurecimento histórico que evoluiu até a visão moderna, compatibilizando-se as responsabilidades, subjetiva e objetiva.

2. VISÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No início da humanidade, não havia um parâmetro para responder a um agravo, sendo este feito de forma arbitrária e irracional, dominando o sentimento de vingança.

Sobre esse sentimento era o mesmo que dizer; “a justiça era feita com as próprias mãos”, fazendo-se que fosse prestado o mal pelo mal.

Havendo uma insegurança social completa, apesar de ser uma expressão incoerente, visto que naquela época era inexistente uma organização chamada, de pronto, sociedade.

A regulamentação de referidas questões surge com a chamada Lei de Talião que pregava: “Olho por olho, dente por dente”, inclusive, hoje, proclamada no trecho do Livro Sagrado: o Pentateuco, integrante das Escrituras Bíblicas.

Podemos descrever e transcrever a fim de ilustramos melhor a evolução da Responsabilidade Civil:

Se homens brigarem, e ferirem uma mulher grávida, e forem causa de que a 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 juízes 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... (A BÍBLIA SAGRADA, 1993)

Numa fase posterior, o Estado começa a chamar para si a responsabilidade de prestação jurisdicional, e proibiu que se fizesse a “justiça com as próprias mãos” delegando a ele o encargo de fazer cumprir a justiça, estabelecendo uma certa obrigatoriedade de composição mediante uma prestação pecuniária.

Então, temos o Direito Romano como o primeiro a distinguir a responsabilidade penal, da caráter social, da responsabilidade civil de caráter privado.

No entanto, com o passar do tempo, a Lei de Talião passou a ser utilizada como fundamental na liquidação do dano. Isto porque, proclamava uma noção de justiça, através da proporcionalidade que lhe era dada entre o dano e a correspondente indenização.

Com isso, surgiu a noção de que a responsabilidade de reparar o dano era patrimonial e não mais sacrifício pessoal ou familiar.

Era, então a “Lex Aquilia in danium”, proposta por um tribuno do povo chamado Lúcio Aquílio, em 572 após a fundação de Roma, que fez surgir à noção de culpa do infrator para que este dano fosse reparado.

Sendo assim, a Lex aquília, como hoje conhecida, tem os objetivos de assegurar a punição à pessoa que causasse dano a outrem, obrigando-a ao ressarcimento proporcional do dano e reparar o mal causado.

Com o surgimento do Código Napoleônico, se percebe a distinção de Culpa Contratual e Culpa Extracontratual. A disseminação da idéia de que a responsabilidade civil se funda em culpa. Tal noção de responsabilidade civil, veio a ter sua importância no período da Revolução Industrial, onde os danos foram maiores e conseqüentemente a necessidade de novas leis e teorias aumentou para que se protegessem às vítimas de um evento danoso.

Modernamente, é a responsabilidade civil subjetiva que tem-se em nosso ordenamento jurídico. Através do Direito das Obrigações se torna uma das matérias mais exploradas da área do Direito em geral. Isto porque, neste se estuda as relações intersociais como um todo, desde as contratuais até mesmo às extracontratuais, e conseqüentemente as atividades obrigacionais lícitas como as ilícitas. Neste diapasão, insere-se a Responsabilidade Civil como fundamental a regular as relações intersociais nos mais variados níveis e formas, já que vem a ser instrumento de Justiça de direito no qual as mudanças são constantes e não raramente surgem conflitos oriundos delas e de seus inconformismos.

Dessa maneira, temos em tópicos revelado o estudo da Responsabilidade obrigacional do Estado haja visto que temos que dividi-la para melhor compreendê-la, pois o tema é complexo e rápida é a evolução.

É importante afirmarmos que em todas as teorizações da responsabilidade civil, o alicerce jurídico, fundamento da responsabilidade civil é oriundo da máxima romana que diz: *neminem laedere* (traduz-se em: não lesar ninguém).

Deixamos registrado que o importante, em nosso estudo, não é o 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.

Passamos então ao estudo das diferentes fases evolutivas da responsabilidade civil do Estado.

2.1 Teorias da Responsabilidade Civil

2.1.1 Da irresponsabilidade do Estado

Em uma primeira fase, podemos afirmar que o Estado não respondia pelos danos que houvesse causado. Afinal, no direito vigente à época, havia uma noção de que o Estado

era Soberano e intangível nas suas decisões, acreditando-se que os atos praticados pelos agentes estatais no uso de suas atribuições legais, não poderiam causar dano, pois estes agiam por via da autoridade que os era delegados.

Essa teoria da Irresponsabilidade Estatal era prevalecente no período de existência de Estados absolutos ou mesmo despóticos. Cujas fases, se admitia afirmar que os atos lesivos eram diretamente relacionados com a vontade do agente.

Aplicavam-se as máximas: “*Le Roi ne peut mal faire*”¹ e “*The King can do no wrong*”². 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.

Essa teoria foi aplicada durante séculos em diversos países.

Concomitantemente à aplicação do princípio da irresponsabilidade civil do Estado, vigorava a idéia de que os agentes quando violassem direito seriam responsabilizados por agir em nome próprio, mesmo agindo na qualidade de prepostos do Estado. Em virtude do Estado ser soberano bem como as suas decisões e o erro ensejador de indenização sempre seria de um indivíduo e nunca do Estado.

No entanto, tal diretiva foi amplamente negada pela maior parte dos juristas, pois iniciou-se uma contrária manifestação doutrinária, tendo em vista a sua 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.

Todavia, a total irresponsabilidade da Administração Pública, que é contemporânea do absolutismo e dos regimes despóticos, prevaleceu ainda por quase todo o século XIX. Em virtude da máxima da infabilidade real (“o rei nunca erra”) e da identidade do monarca com o Poder/Estado (“O Estado sou eu”), negou-se vigência à Responsabilidade da Administração.

Muitas eram as inclinações a desresponsabilização do Estado. Porém, dentre os argumentos daqueles que defendiam a irresponsabilidade total do Estado, está a afirmativa que este ente seria uma pessoa fictícia, uma criação abstrata e impessoal, sendo portanto impossível serem responsabilizados. Aqueles que deveriam ser responsabilizados para

¹ Aquilo que agrada ao príncipe não pode fazer mal (não tem força de lei).

² A Rei não pode fazer mal.

tanto, seriam as pessoas físicas até mesmo pelo fato das mesmas serem dotadas de pessoalidade, personalidade, raciocínio e *animus* próprio.

Não é correto 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.

O fato de estar representado por pessoas diversas de sua personalidade não significa que este não responda, mas sim que os atos praticados por seus prepostos são diretamente ligados a sua identidade, caindo por terra a afirmativa de que o Estado não poderia ser responsabilizado em virtude de ser fictício.

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

A terceira tese adotada por estes era a de que o Estado não autoriza atos ilícitos ou ilegais e sendo assim, defendia que o Estado não autoriza a atitude contrária ao Direito. Derrubada pela assertiva de que se o Estado, como guardião do Direito, 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. Sendo assim, é mister afirmamos que os encargos a defesa de tais direitos, possivelmente violados caberiam a apreciação do Estado.

Portanto, nada mais coerente, que o próprio Estado ser o exemplo, o norteado do dever moral.

Para concluir, ressaltamos mais uma vez que o Estado tem a função institucional de se excluir a Lei, de prestar-se a execução da mesma e defender a sua correta aplicação. Para isso, deve ser sujeito daquilo que representa.

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

A teoria da irresponsabilidade Estatal denota gritante injustiça. Assim exclama Cahali Yussef Said:

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 que 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 (1996, p. 19).

Posto isto, a irresponsabilidade não fere o conceito de soberania e, ressaltamos ainda que, responsabilizar o Estado é sim formar-se no cerne um Estado verdadeiramente soberano.

Por derradeiro, há de se afirmar que as teorias civilistas substituíram e derrubaram o legado histórico da irresponsabilidade Estatal.

2.1.2 Teoria Civilista

Mesmo o Estado sendo irresponsável, no período Absolutista, já se admitia a responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes da Administração. Afinal, pregava-se que o Estado e o funcionário eram pessoas diferentes, na qual mesmo o último agindo fora dos limites de seus poderes, ou ainda abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração.

Como sujeito dotado de personalidade, o Estado é capaz de direitos e deveres como os demais entes, inexistindo, portanto, motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade, ocorrendo, desse modo, uma clamorosa injustiça. De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a sua responsabilidade é uma consequência inevitável dessa submissão.

Apesar da resistência dos conservadores, aos poucos a teoria da irresponsabilidade foi sendo vencida pela própria lógica e repelida pela doutrina e tribunais.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, o reconhecimento da responsabilidade do Estado teve como marco o aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873, mesmo fixando nele que a responsabilidade não é geral nem absoluta e que se regula por regras especiais. Mas, somente na década de 40, os Estados Unidos e Inglaterra vieram a admitir referida responsabilidade civil do Estado. Mesmo consciente de que a teoria regaliana é incompatível com a concepção moderna de Estado de Direito, não obstante encontrar-se, ainda que parcialmente, aplicada numa ou noutra legislação, como a mexicana, por exemplo, que consagra a responsabilidade direta do funcionário e só subsidiariamente a do Estado.

O período da responsabilidade civilista, caracterizado pela posição de igualdade em que se encontrava o Estado em face ao particular, se dividiu em dois momentos: o da culpa provada e o da culpa presumida. No primeiro momento, devia ser demonstrada a

culpabilidade do funcionário público para deduzir-se a responsabilidade da entidade pública. Os danos causados por agente administrativo, enquadrando-se na teoria da clássica do delito civil, se tornaram imperioso em comprovar o dolo ou a culpa. Já, num segundo momento, com o surgimento da teoria da culpa anônima da Administração, a culpa do funcionário, que antes deveria ser provada pelo lesado passou a ser presumida em algumas situações.

De acordo com essa nova teoria, a culpa anônima não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Bastando, portanto, a constatação de um mal agenciador geral, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

As teorias civilistas ou mistas ganharam corpo no século XIX, com o advento da Revolução Francesa, que fizera surgir a figura do Estado empresário, originando a diferenciação entre os atos do império, praticados com o uso da autoridade e prerrogativas estatais e por isso isentos da responsabilidade, e os atos de gestão, que eram considerados aqueles “*que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes*”, sem nenhuma prerrogativa do direito público, sendo, portanto, regidos pelo direito comum, nos quais haveria a responsabilidade da Administração sempre que presente a culpa do funcionário.

Todavia, esta situação ainda se apresentava muito desvantajosa para o indivíduo, que muitas vezes ficava irressarcido ante a possibilidade de se distinguir entre as duas espécies de atos em seu caso concreto, uma vez que, freqüentemente, se entrelaçavam ambos os tipos em uma mesma situação. Além disso, ainda que fosse possível separá-los, restava comprovar a culpa do agente administrativo, o que não raro, resultava-se inviável.

Se por um lado, a distinção entre as duas categorias de atos estatais representava um abrandamento da teoria regaliana, a dificuldade na diferenciação entre as duas modalidades acabou por dar ensejo à consolidação da teoria da culpa civil, ou da responsabilidade subjetiva, em que estabeleceu que haveria responsabilidade civil do Estado quando, na prática de algum ato lesivo a outrem, ficasse comprovada a culpa ou dolo do agente que a executou.

É a teoria que se acha estampada no texto do artigo 43 do Código Civil Brasileiro de 2002 (antigo art. 15 do Código Civil Brasileiro de 1916):

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

A responsabilização do Estado pelo Agente Administrativo só foi possível quando se passou a admitir que o funcionário público não é um mero particular, mas sim um Órgão do Estado. A atividade do funcionário configura-se como própria da pessoa jurídica e, conseqüentemente, devem ser atribuídas a esta todas as conseqüências danosas ou não dessa atividade.

A partir dessa fase, o Estado passou a ser visto como uma pessoa dotada de personalidade, capaz de adquirir direitos e obrigações, não podendo se escusar da responsabilidade pelos atos praticados em posição de igualdade com as outras pessoas, sob pena de negação do próprio direito.

Como demonstra o autor Hely Lopes de Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva e a tese objetiva do risco administrativo que a sucede, pois leva em conta a 'falta de serviço' para dela inferir a responsabilidade da administração. É o estabelecimento do binômio 'falta do serviço – culpa da administração'. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se também uma culpa, mas uma especial da Administração, a que se convencionou chamar de 'culpa administrativa'. (1994, p. 702).

2.1.3 Teoria Publicista

A terceira fase foi à tônica com a gradativa idéia de culpa do Estado. Isto porque, proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, na qual, justificava-se pela independência de qualquer falta ou culpa do servidor desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Responde o Estado apenas porque causou o dano ao seu administrado, simplesmente pelo fato de haver relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.

O surgimento, de modo inicial, da teoria da culpa administrativa fez com que desvinculasse a responsabilidade do Estado da culpa anônima do serviço, ou acidente administrativo. Dessa maneira, o agente público deixou de ser julgado passando a sê-lo o serviço.

O Estado, na tentativa de promover o bem-social, se expõe involuntariamente em relação aos administrados, podendo causar danos materiais a pessoas físicas quanto jurídicas.

2.1.4 Teoria do Risco Administrativo

Com o enaltecimento dos caracteres objetivos da teoria da culpa administrativa, se consagrou a teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva. Por referida teoria o Estado torna-se responsável pelos danos causados por seus agentes, sendo apenas suficiente a demonstração donexo causal e o dano. Baseando-se no risco que a atividade pública gera para o administrados de lhe causar danos, impondo a alguns membros da comunidade em sacrifício ou ônus não suportado pelos demais.

Consagrando-se, desse modo, a teoria do risco administrativo insculpida no art. 37, § 6º da Carta Magna de 1988:

Art. 37 ...

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

À teoria do risco importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.

Dispensando a prova da Administração, não quer dizer que deva o Estado indenizar sempre e em qualquer caso suportado pelo particular.

Se este, por seus agentes, não deu causa ao dano, se inexistir a relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar para a aplicação da teoria do risco administrativo e, conseqüentemente, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. Poderá, afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexocausal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro.

Convém, ainda, ressaltar, a confusão, feita por alguns doutrinadores, entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. Afirmando que tudo não passa de uma questão semântica. É necessário se fazer uma distinção entre ambas teorias, para que assim o Estado não venha a ser responsabilizado nos casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.

Diferentemente da teoria do risco administrativo, a teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior. Como por exemplo, ocorre no acidente de trabalho, em que a indenização é devida mesmo que o acidente tenha ocorrido de culpa exclusiva da vítima ou força maior. Se fosse admitida, tal teoria em relação à Administração Pública, ficaria o Estado obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, ainda que não decorresse de sua atividade impedindo, desse modo, de invocar as causas de exclusão do nexo causal.

2.1.5 Teoria do risco administrativo e seus parâmetros

Conforme antes evidenciado, no item 3.1.4, prevalece, em matéria de responsabilidade do Estado, o princípio do risco administrativo, que surgiu com o advento do art.194 da Constituição Federal de 1946.

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

Parágrafo único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Por referido princípio, o Estado responde pela reparação dos danos causados pelos seus serviços, pelo motivo de mau funcionamento, ainda que se não verifique a culpa de seus encarregados ou prepostos. Ao particular, que não lhe é dado como justo o dever de arcar sozinho com as conseqüências danosas desse mau funcionamento, quando não proveniente de caso fortuito ou força maior.

Como se sabe, o fundamento primário da responsabilidade civil é o princípio da restituição. É nesse sentido que deve ser entendida a função da responsabilidade civil do Estado, qual seja a obrigação de reparar o dano por ele causado, restabelecendo, através de indenização correta, o equilíbrio econômico rompido pelo juízo.

A teoria do risco administrativo opõe-se à teoria do risco integral. Isso porque, se estabelece na responsabilidade objetiva mitigada, na qual permite uma discussão em torno de causas que excluam a responsabilidade objetiva do Estado, nas hipóteses de inexistência do elemento causal ou nexo de causalidade.

Dessa maneira, tal responsabilidade reduz-se, ou exclui-se conforme haja culpa do concorrente particular, ou seja, responsável exclusivo pelo evento, mais ainda, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, em que ocorre o rompimento do liame causal.

Portanto, o princípio da responsabilidade objetiva, engajada na teoria do risco administrativo mitigado (adotado em nosso ordenamento jurídico), não se reveste de caráter absoluto, ou seja, não é sempre e em todo caso que se deve impor ao Estado o dever de indenização, pelo só fato do dano sofrido pelo particular, por ação ou omissão de seus prepostos.

Deve-se alertar, ainda, que o art. 37, § 6º da Carta Magna, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que **seus agentes**, nessa qualidade, causem a terceiros, sendo certo que o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação, ou inação dos serviços públicos, mas não responsabilizou objetivamente a Administração Pública por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares.

Significa-se, enfatizar, que em tais casos, impõe-se uma análise do caso concreto e a identificação da falha ou da falta de serviço e a efetiva apuração da culpa, para responsabilizar-se o Estado.

Em hipóteses de atos de terceiros causadores de danos, como nos comportamentos multitudinários, greve, invasão de estabelecimentos, furto de veículos nas ruas e outros casos, a responsabilidade do Estado não é objetiva, e sim subjetiva.

Ao passo que, em fenômenos naturais exige-se a constatação de caso fortuito ou força maior, rompendo-se, desse modo, o nexos de causalidade e afastando-se a possibilidade de responsabilização do Poder Público, por força de causa excludente.

É o que se diz na melhor jurisprudência:

Se o agente público, no exercício de suas funções, pratica dano a terceiro não provocador do evento, há do Estado ser responsabilizado pelos prejuízos causados, em face dos princípios regedores da teoria objetiva. O art. 107 da CF/69, em vigor na época dos fatos, hoje reproduzido com redação aperfeiçoada pelo art. 37, §6º, da CF/88, adotou a teoria objetiva da responsabilidade civil do Estado, sob a modalidade do risco administrativo temperado (STJ – 1ª T. – Resp. – Rel. José Delgado – j. 24.04.1997 - RSTJ 98/121 e RT 744/196).

2.2 Direito Brasileiro

No tempo da monarquia absoluta portuguesa, todos os poderes convergiam, concentrando-se nas mãos do soberano. A decisão de qualquer causa, mesmo oriunda de ação administrativa, competia a juízes e tribunais ordinários, mas a magistratura era um instrumento do Governo, podendo o príncipe, intervir a todo instante, substituindo-se aos

juizadores, e decidir, em última e inapelável instância, mesmo nas causas pendentes de solução judicial.

No primeiro período – o Brasil-Colônia – é a simples continuação do estado de coisas lusitano, alterado completamente, após a proclamação da Independência, visto que, durante cerca de três séculos vigorou a *Teoria da Irresponsabilidade Estatal*, substituída, depois, pela preocupação do poder público em ressarcir em alguns casos, os prejuízos causados aos particulares por atos de seus agentes.

A Constituição Política do Império do Brasil determinou em seu art 179, que se organizassem “quanto antes um Código Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e Equidade”. Promulga-se, assim, em 1830, o Código Criminal, que, com o instituto da “Satisfação” – epígrafe de seu Capítulo V – desenvolve a sistemática noção de ressarcimento do dano, mediante arrojado conjunto de regras, às quais, segundo José Aguiar Dias “os tribunais, mesmo os de nossos tempos, poderiam recorrer como orientação segura para apreciar os casos da responsabilidade civil.” (1997, p.103)

A Constituição da primeira república operava-se, com exclusividade, quanto aos agentes públicos, sem vinculação da entidade estatal. Eles eram “estritamente responsáveis”, tanto quanto à conduta culposa ou dolosa no exercício de suas funções, lesiva a outrem. Não se aludia mais a “empregado público”, mas a “funcionário público”.

Com a Constituição de 1934, estatuiu-se a solidariedade entre o agente causador do dano e a pessoa jurídica estatal.

Assim, se houvesse a lesão a outrem causada pelo funcionário público, nada importando se o exercício da função pública se houvesse conduzido com negligência, omissão, abuso ou, *a fortiori*, o dolo, o sistema era então da responsabilidade civil solidária.

Sob a Constituição de 1937, manteve-se o princípio da solidariedade entre o funcionário público culpado e a pessoa jurídica do direito público.

O princípio da solidariedade é rompido com a Constituição de 1946, conforme seu art.194 (já citado anteriormente).

A situação era a seguinte: se o funcionário que incumbiu a pessoa estranha, o funcionário público ou contratado de tal serviço sem investidura funcional, responde nos termos do art. 194, se, para fazê-lo, se investiu de sua função pública: há a solidariedade entre ele e o Estado.

Adotou-se aí o princípio da responsabilidade em ação regressiva, evidentemente se óbice ao litisconsórcio passivo voluntário entre o Estado e o funcionário público causador

do déficit, mas não ao litisconsórcio passivo necessário, em que pese um entendimento adverso.

A regra jurídica do art. 194, fora emitida na intenção de facultar-se ao ofendido pela: conduta positiva ou negativa do funcionário público, ação contra o Estado ou contra funcionário público e o Estado. Portanto, ao lesado seria dado a opção de acionar o Estado, ou o funcionário público, ou ambos em litisconsórcio facultativo. Logicamente, na segunda opção não caberia o princípio da responsabilidade regressiva, já que a vítima teria exercido sua pretensão de direito material por meio de uma ação também contra funcionário público.

E com isso, não se forraria o ônus de provar a sua culpa, diversamente do que se passaria com a situação de se acionar o Estado.

Ou se acionaria o Estado, que diante de provimento jurisdicional desfavorável teria exercício de direito de regresso contra o funcionário público culpado, ou se acionaria o funcionário público e, diante de provimento jurisdicional desfavorável por não se evidenciar sua culpa, caberia assim, a despeito da inexistência do direito de regresso, ou se acionariam o Estado e o funcionário público, quando então a tríplice poderia ser a sorte: a) procedência contra o Estado e o funcionário culpado, b) procedência contra o Estado mas não contra o funcionário sem culpa, ou c) haver a improcedência contra ambos, como se a lesão fosse a causa exclusiva da própria vítima.

Com a regra jurídica inserida em 1946, houve a rigidez que o Código Civil brasileiro de 1916 adotara no art. 15, quanto à responsabilidade civil estatal objetiva, com regressividade.

A Constituição de 1967 foi mais expressiva que a de 1946, e mais abrangente.

Segundo seu art.105, pr., “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.”

Constata-se que não mais se aludiu a “pessoas jurídicas de direito interno”, mas a “pessoas jurídicas de direito público”, a abranger, pois, também as pessoas jurídicas de direito público de outros Estados; além disso, não se disse que elas seriam “civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, e sim, que elas “responderão” por esses danos, assim causados.

No entanto, o parágrafo único estatuiu igualmente o direito de regresso, dizendo que “cabará ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”, enquanto na Constituição de 1946, art. 194, parágrafo único, a referência era unicamente a culpa.

A Constituição de 1988, que em seu art. 37, §6º ampliou a visão do direito constitucional anterior. Neste cogitava-se a responsabilidade civil das “pessoas jurídicas de direito público; nesse, alude-se à responsabilidade civil das “pessoas jurídicas de direito público” e das pessoas jurídicas “de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

Se no suporte fático há dano causado por agente de pessoa jurídica de direito público, essa responde; e responde a pessoa jurídica de direito privado se, havido o dano pelo que, na qualidade de agente, o causou, ele se verificou na prestação de serviço público.

Portanto, sob a Constituição de 1988, passa-se diversamente, uma vez que no campo de abrangência conceptual do art. 37, §6º, incluem o agente de pessoa jurídica de direito público e o agente da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, como se passa com as sociedades de economia mista a que esta Constituição, nos arts. 37, XIX, 54, I, “a” e 173,§1ºe §2º, e que tem personalidade jurídica de direito privado.

3. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Também na Responsabilidade Civil, bem como todas as obrigações, existem dois pólos, a vítima, sendo direta ou indireta, e o infrator de um dever legal, moral ou contratual; ao qual seria imputado o dever de reparar o dano.

Sob a ótica de nosso tema, responsabilidade civil extracontratual, deverá ser estudada o aspecto de defesa da vítima, pressupondo-se sua desvantagem. Essa é a moderna tendência em acolher a responsabilização.

No entanto, não se deve argumentar considerando-se rigorosamente os critérios de responsabilidade civil, sob pena de tornar-se a vida social em uma tarefa inviável. Há a necessidade de se avaliar com cuidado o pedido indenizatório e assim adequar cada caso concreto em acordo com a Lei e os princípios gerais do Direito moderno.

A Responsabilidade Extracontratual 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.

Assim sendo, temos hoje, na Responsabilidade Civil uma nova modalidade que é a chamada Responsabilidade Civil Objetiva, que na Constituição Federal de 1988 fez com que fosse aplicada em termos de responsabilidade estatal (art. 37, 6º, CF). Assinalamos que, por meio do dispositivo constitucional referido, trata-se de responsabilidade inserida no âmbito publicista.

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 dispositivo da Constituição Federal, como princípio básico da Administração Pública, o que antes era conhecido apenas como “dever de eficiência”.

Por tudo isso, 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.

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.

Atualmente, o crime é tido como algo normal, diria até mesmo banal. 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 oferecem eficiência, segurança e continuidade, portanto, prestará seus serviços com maior eficiência.

Em conformidade ao parágrafo anterior, quando o agente estatal a serviço, 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 diz 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 agente público, sendo essa a responsabilidade subjetiva (2000, p. 128.).

4. ATOS ILÍCITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916 assim conceituava o ato ilícito:

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 disjuntiva **ou** estava mal posta no texto, dando ensejo a que dele se extraíssem duas conseqüências absolutamente equívocas. Primeiro, que bastaria um comportamento voluntário, por negligência ou imprudência, violador do direito, para que o agente ficasse obrigado a reparar o dano. Segundo, que bastaria a causação do prejuízo, ainda que não tivesse havido violação de direito, para que nascesse o dever de reparar.

Com essa exegese, nenhuma das proposições estava correta.

Pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como conseqüência, a ocorrência de um dano.

Portanto, o dano é um elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito como de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana.

Ocorre que no Código Civil de 2002, se manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil, reproduzindo aquele preceito da seguinte forma:

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.

Percebe-se que o legislador corrigiu o erro apontado no art.159 do Código revogado. Porém, cometeu outro ainda mais grave. Isto porque, somente a violação de direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido o dano. A ilicitude está na só transgressão da norma. Contudo, o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem viola direito e causa dano.

O equívoco é pertinente, pois, conforme já afirmado pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como conseqüência, a ocorrência de um dano.

Pareceu-nos, portanto, tratar-se apenas de equívoco redacional, visto que o art.927, *caput*, que tem estreita relação com o art.186, constituindo consectário lógico deste, dispõe

– de modo correto – que “*aquela que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Dessa maneira sem o ato ilícito e o dano não nasce a obrigação de indenizar ou ainda, de compensar, mesmo que o autor da conduta fique sujeito à desconstituição do ato ilícito ou à sua anulação.

Isso quer dizer que, em suas interações sociais, ao buscar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as conseqüências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade.

Entende-se, neste diapasão, que a teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito. Sendo assim, as ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo dessa maneira, os atos jurídicos, de um lado, e os atos ilícitos, de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes.

No entanto, em seu conceito ingressam distintos elementos, tendo-se pacífico que apenas os resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, cumprindo a vontade do agente. A culpa *lato sensu* continua sendo, o fundamento da responsabilidade.

Assim sendo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como conseqüência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, em regra, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora da responsabilidade.

O agente de recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcido-lhe os prejuízos acarretados, à custa de seu próprio, desde que presente a subjetividade no ilícito.

5. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

5.1 Dano

A doutrina é unânime em afirmar que não há responsabilidade sem prejuízo. Tendo o dano como o prejuízo causado pelo agente.

Sob nenhuma hipótese, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar a responsabilidade, mas tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato.

Diferente do que ocorre no Direito Penal, que nem sempre exige um resultado danoso para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil é a extensão ou o *quantum* do dano que dá a dimensão da indenização.

Aliás, o art. 944 do Código Civil preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

O dano pode ser de ordem patrimonial, também dito material, ou ordem moral, traduzindo-se aquele em danos emergentes, ou seja, aquilo que efetivamente se perdeu, e em lucros cessantes, quer dizer, aquilo que se deixou de ganhar, o reflexo do futuro ato sobre o patrimônio da vítima, conforme estabelecido no art.402 do Código Civil.

Quanto ao dano moral, é a ofensa causada à pessoa *a parte subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade.

O dano material, não sendo possível o retorno ao *statu quo ante*, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencional, mais ou menos aleatório.

Não podemos deixar de ressaltar o impedimento da vítima de ter benefícios, ou seja, que através da reparação, tenha uma vida econômica melhor daquela em que se encontrava anteriormente ao ato delituoso.

Neste diapasão, o dano material se mede pela extensão do prejuízo, conforme art. 944 do Código Civil. Quanto ao moral, impõe-se obediência ao que se chama de “binômio do equilíbrio”, de maneira que a compensação à ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem a recebe, e muito menos, causa de ruína para quem dá. E ainda, nem tão pequena que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou insignificante que não se

compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a separação do agravo recebido.

5.2 Ação e Omissão

Conforme já dito anteriormente, não há responsabilidade civil sem um comportamento humano contrário à ordem jurídica. No entanto, a lesão ao bem jurídico está condicionada à existência, no plano de uma conduta, da ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Assim como no crime, a ação e omissão constituem o primeiro momento da responsabilidade civil.

Deve-se ressaltar que só se adquire relevância jurídica a ação ou omissão voluntária, como expresso no art. 186 do Código Civil, comportando, dessa forma, esclarecimentos.

A voluntariedade da conduta não deve ser confundida com a projeção da vontade sobre o resultado, ou seja, o querer intencional de se produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.

Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposo. Atílio Aníbal Alterini esclarece-o: “A culpa provém de um ato voluntário, isto é, realizado com os necessários elementos internos: discernimento, intenção e liberdade. Mas a vontade do sujeito, no ato culposo vai endereçada à sua realização, mas não à consequência nociva” (ALTERINI, 1992, p.94).

Já a omissão é uma abstração. É um *no facere* relevante para o Direito, desde que se atinja a um bem juridicamente tutelado.

Ela aparece no fluxo causal que liga a conduta ao evento, porque o imperativo jurídico determina um *facere* para evitar a ocorrência do resultado e interromper a cadeia de causalidade natural, e aquele que deveria praticar o ato exigido, pelos mandamentos da ordem jurídica, permanece inerte ou pratica ação diversa da que lhe é imposta.

A omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou determinada ação. A sua essência está propriamente em não ter agido de determinada forma.

Nesse sentido, confirma a jurisprudência a omissão no tocante à responsabilidade Estatal:

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. 29.05.1968- RDA 97/177).

5.3 Culpa

A nossa legislação não definiu e nem conceituou a culpa. Ausência sentida desde o Código de 1916 e persistida no Código em vigor.

No entanto, entende-se a culpa, como um comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou violar direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*.

Tratando-se de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não há de se falar em culpa *stricto sensu*.

A culpa pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da *imprudência*: comportamento precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; *negligência*: quando o agente se omite e deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e *imperícia*: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.

Impera-se lembrar, dessa forma, que o Código Civil posto em vigor pela Lei 10.406, de 10.01.2002 consagrou o princípio da responsabilidade mediante culpa em seu dispositivo 186.

Manteve-se a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar embora essa regra comporte exceções.

No entanto, existe entendimento contrário. Pois, o jurista Gustavo Tepedino, no “IV Fórum Brasil de Direito”, em 30.05.2003, em Salvador (Bahia), assumiu a posição no sentido de que o Código Civil de 2002 estabeleceu um critério dualista: da responsabilidade com culpa e da responsabilidade sem culpa ou objetiva, ao sustentar que tanto no art. 186 quanto o parágrafo único do art. 927 estabelecem regras distintas fixando, então, a dualidade de critérios.

Contudo, pedimos licença a este ilustre doutrinador para discordar, conforme os fundamentos:

Conforme a ordem técnica e estrutural de se legislar, os Códigos contendo Parte Geral e Parte Especial adotam o sistema de estabelecer regras gerais com natureza conceitual na Parte Geral, reservando para a Parte Especial a especificação de hipóteses

fáticas que são previamente tipificadas. Aqui, as situações que se pretende prever, resguardar ou sancionar são estabelecidas, todas elas submissas às regras gerais da Parte Geral.

Além disso, sabe-se que a regra é estabelecida no preceito primário (*caput*), sendo certo que as especificações da situação nuclear da cabeça do artigo são particularizadas abaixo dele através de parágrafos, incisos e alíneas.

Ora, quando o legislador, conceituou ato ilícito, na Parte Geral do Código Civil, se exigiu além da ofensa ao ordenamento jurídico, que essa conduta tenha ocorrido intencionalmente ou por imprudência ou negligência.

Portanto, a culpabilidade é elemento essencial.

No entanto, em algumas passagens, o mesmo Código dispensa a culpa para situações excepcionais.

No parágrafo único do art. 927, é expresso ao estabelecer a obrigação de reparar o dano “independentemente de culpa” **nos casos expressos em lei**, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor implique riscos para terceiros. Logicamente, que se a atividade desenvolvida for normal, sem risco inerente, caso contrário, volta-se à regra da responsabilização mediante culpa, por força da regra geral do art. 186.

Portanto, não é em qualquer hipótese que se dispensa a verificação de culpa.

No que tange 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.

No entanto, 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 aos particulares, comportando as devidas exceções que serão vistas quando abordarmos 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 a obrigação de indenizar.

Referida ação deve ser proposta de forma autônoma visto que não se transfere a responsabilidade objetiva inerente ao Estado para um particular estatal não recai a responsabilidade objetiva, mas subjetiva, tendo, portanto que ser apurada sua culpa em

ação anônima movida pelo Estado e nunca pelo instituto da Denúnciação da Lide, como freqüentemente ocorre.

5.4 Dolo

O Dolo é a modalidade diversa da 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 o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Isto pode ser constatado no art. 1º, 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 predominantemente o seu efeito.

Pouquíssimos autores usam o termo *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 estar em favor da vítima, daquele que verdadeiramente sofreu o dano em sua esfera de proteção jurídica material ou imaterial.

5.5 Modalidades de Culpa

A culpa, em sentido estrito, manifesta-se quando a pessoa age quando não deveria agir; ou não age – omitindo-se – quando seria necessário e exigível um *facere* para evitar um dano. Já quando existe uma intenção deliberada de ofender o direito, ou ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e o direto propósito de praticá-lo. Portanto, se não houve o intento e deliberado propósito, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência, negligência ou imperícia, existe a culpa.

a) Culpa contratual e extracontratual

O Código Civil distinguiu a responsabilidade contratual, ao disciplinar os defeitos do negócio jurídico e (art. 166 c.c. art.184), e extracontratual, ao conceituar o ato ilícito (art. 186), regulando-as em títulos variados.

Certamente, a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se proporcionalmente pelos mesmos princípios, isso porque a idéia de responsabilidade é una.

Partindo-se do princípio geral de que a culpa se corporifica em ato ilícito, e este é a violação de um dever preexistente, passa-se à verificação de que esse dever tanto pode ser de ordem legal, como um preceito moral determinado, uma obrigação geral de não prejudicar, ou ainda, um dever contratual. As três espécies se agrupam no título ‘culpa extracontratual’, e mesmo pouco nítidas as linhas diferenciais entre elas, esses traços distintivos persistem. O jurista que se esmera no mérito não deixará de reconhecê-los. O certo é que a classificação geral é a da culpa extracontratual. A culpa paralela é a da contratual.

Dessa maneira, a culpa contratual se estabelece em terreno mais definido e limitado, consistida na inexecução previsível e evitável, por parte de seus sucessores, de obrigação nascida de contrato prejudicial à outra parte ou seus sucessores.

A responsabilidade extracontratual escapa às regras próprias de contratos. Além disso, é certo que a responsabilidade contratual se funda na autonomia da vontade, ao passo que a extracontratual independe dela.

b) Culpa concorrente ou concorrência de culpas

Dispõe o **art. 945** do Código Civil:

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.

Dispositivo esse que rompeu inteiramente com o sistema anterior. Aliás o revogado Código Civil de 1916 sequer previa a possibilidade de concorrência de culpas, admitida em nosso ordenamento jurídico, por força de criação doutrinária ou jurisprudencial.

Atualmente, com a nova legislação civil, resulta evidente a importância que se deu à concorrência de atuação culposa tanto do agente causador do dano como da própria vítima. Adota-se o art. 945 como um critério lógico e juridicamente correto, onde cada qual responderá na medida de sua culpa.

Restaura-se o princípio da gradação da culpa no que ele tem de bom e de serventia, ou seja, para encontrar o valor justo da reparação e de estabelecer a repartição desse prejuízo segundo a gravidade da culpa de cada qual.

c) Culpa grave, leve ou levíssima

Além da dicotomização das duas modalidades em culpa contratual e culpa aquiliana, os autores, distinguem o que apelidam de culpa grave, leve e levíssima.

Ainda existe, atualmente, decisões que de modo insistente, acomodam-se na divisão pela metade do valor da indenização, nos casos de concorrência de culpas, outras, em maior quantidade, já se manifestavam no sentido de que a condenação deve ser proporcional à gravidade das respectivas condutas ou da participação de cada qual, tal como restou consagrado no referido art. 945 do Estatuto Civil de 2002.

Como exceção à regra estabelecida no *caput* do **art. 944** do Código Civil, o seu parágrafo único dispõe:

Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Mesmo sendo muito criticada, referida disposição, cabe ponderar que a dúvida não há de que a gradação da culpa passa a ser critério decisivo na fixação do *quantum* da indenização.

O nosso Direito Privado não se mostra arredo ou impermeável ao entendimento de que a graduação da culpa se afigura importante, em algumas hipóteses, para a atribuição de responsabilidade civil ao agente causador do dano e de que na fixação do *quantum* indenizatório não se deve, nesses casos, ater-se estritamente ao valor do prejuízo sofrido pelo ofendido.

No que se refere à liquidação do dano é possível levar-se em consideração a gravidade da culpa do demandado. Portanto, tem expressiva importância o grau de culpa.

Há culpa grave quando é grosseira a negligência do agente, considerado seu procedimento e tão insensata sua conduta que chega a ser equiparada à de quem age com *animus injuriandi*” TJSP – 1.^a C. – Ap. – Rel. Galvão Coelho – j. 18.08.1981 – RT 559/114).

Na fixação do dano moral, uma vez que a dor verdadeiramente não tem preço, deve-se ponderar sobre as condições socioculturais e econômicas dos envolvidos, grau de culpa, trauma causado, e outros fatores, como o servir de desestímulo à prática de novo ilícito, e de compensação amenizadora, de modo que a quantia arbitrada não seja irrisória que nada represente e nem tampouco exagerada, que implique em sacrifício demasiado para uma parte e locupletamento para outra (TAPR – 2.^a C. – Ap.103.559-2 – Rel. Cordeiro Cleve – j. 18.06.1997 – *Rep. IOB Jurisp.* 20/97, Cad. 3, p. 395, n. 13679).

5.6 Nexa de causalidade

O nexa causal é um dos mais importantes elementos da responsabilidade civil.

No entanto, como lembra Sérgio Cavalieri Filho (1996), o conceito de nexa causal não é jurídico, decorre das leis naturais, consistindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

Na responsabilidade civil, devem existir três elementos essenciais: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexa de causalidade entre uma e outro.

Sendo assim, não basta que o agente haja procedido com um erro de conduta. Ou somente que a vítima sofra um dano, pois se não houver um prejuízo, a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.

Desse modo, o nexa causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.

Quanto ao nexa causal, duas questões devem ser observadas: a primeira pertinente à dificuldade de sua prova; a segunda situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, pois nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta do fato, sua causa eficiente.

Essa teoria, aceita pelo Código Penal de 1940, vem em socorro da vítima, tentando resolver, na prática o problema da relação causal, e tem o mérito da simplicidade. No entanto, foi afastada por inadequada.

Teoria essa que se apresentou no **art. 13** do Código Penal, segundo a qual:

O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Neste diapasão, para se determinar se uma condição constitui “causa” do evento ou resultado procede-se eliminando *in mente* essa condição. Mas, se mesmo assim, o resultado persistir, essa condição não será a causa.

Todavia, se eliminada hipoteticamente essa condição o resultado não ocorrer, então a condição em apreço é causa que poderia fazer eclodir o evento.

Portanto, se várias são as condições que concorrem para o mesmo resultado, todas teriam o mesmo valor ou relevância, de modo a se equivalerem. No encadeamento dos fatos que antecederam a eclosão do evento danoso, não seria possível cogitar qual dessas condições foi preponderante, mais ou menos eficaz.

A desvantagem dessa teoria é que se poderá considerar como causador do resultado quem quer que se tenha inserido na linha causal, permitindo-se uma regressão quase infinita.

A teoria da causalidade adequada, surgida no século XIX, por inspiração do alemão **Von Kries** e encontrando seu desenvolvimento na França, foi também criticada, embora preferida pelos doutrinadores e até prevalecente.

Teoria essa que preza a “causa” como um antecedente não só necessário, como também adequado à produção do resultado. Onde nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão-somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela mais idônea à realização do evento danoso.

Conforme preconiza Martinho Garcez Neto:

Para aferir-se a responsabilidade de acordo com a teoria em estudo, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou da omissão, com o objetivo precípuo de estabelecer se esta era, ou não, idônea a produzir o dano. Assim, para definição da causa do dano, haveria que destacar aquele que está em condições efetivas de tê-lo produzido. O juízo de probabilidade ou previsibilidade das conseqüências é feito pelo julgador, retrospectivamente, e em atenção ao que era cognoscível pelo agente, levando – se em consideração o *homo medius* (1975, p. 128).

Desse modo, não basta a existência de um ato no mundo físico, seu caráter antijurídico e um resultado danoso para impor-se, desde logo, o dever de indenizar, exigindo-se além destes elementos, um liame entre esse comportamento e o resultado verificado.

É importante dizer que será responsabilizado pela reparação do dano o agente cujo comportamento seja considerado causa eficiente para ocorrência do resultado. Como já disposto no art. 186 do Código Civil.

Assim, se elege a causa eficiente para a eclosão, ainda que outras tenham se interposto em momento antecedente ou posterior, este sim dando ensejo ao entendimento de que se teria adotado a teoria da causalidade adequada.

Enfim, independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas interpretá-las como conjunto e estabelecer se houver violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe o nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado.

Dessa verificação poderá concluir se a responsabilidade é de apenas um ou também de co-autores, do responsável solidário ou, ainda, do ofensor e da vítima, na hipótese de concorrência de culpas.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade civil subjetiva tem como fato gerador a violação de um dever jurídico mediante a conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e ainda, o elemento causal que é o dano e a respectiva revelação de causalidade.

Sendo assim, segundo essa teoria, aquele que, mediante conduta culposa violar direito de outrem lhe causando um dano, está praticando um ato ilícito, ficando, desse modo, obrigado a reparar os danos decorrentes da violação do direito, que podem ser de natureza material, pessoal ou moral.

Como nos ensina Orlando Soares Marcondes: “a concepção da responsabilidade civil subjetiva se funda na responsabilidade moral, baseada na consciência e vontade do agente, sob o qual a sanção (civil, criminal, trabalhista), visa atuar.”(MARCONDES, 1998, p.9).

A responsabilidade civil subjetiva se torna insuficiente na composição dos conflitos. Isto porque, o ônus cabe a vítima e, se por um lado, a prova do prejuízo pode ser relativamente, fácil; por outro, a prova da culpabilidade e do nexo de causalidade entre a falta e o dano nem sempre se apresenta nesses contornos de facilidade. Assim, no caso do empregado, frente ao empregador, é prejudicado numa ação de indenização por acidente de trabalho por não contar com o suporte probatório necessário a evidenciar a culpa do patronato.

Por visualizar este quadro, é que se deu início à suscitação da responsabilidade com a abstração do elemento culpa do agente lesivo, principalmente naquelas hipóteses fáticas de conflito sem previsão legal para a sua composição por meio de critérios rigorosamente objetivos.

Neste contexto, surgiu a Responsabilidade Civil Objetiva, a qual independe de culpa e decorre da prática de atividades perigosas, cuja a aplicação é condicionada, pela lei, ao assumir a responsabilidade pelos eventuais resultados lesivos dela decorrente, havendo ou não culpa.

Na responsabilidade civil objetiva não nos preocupamos com o elemento subjetivo da culpa, mas tão-somente com o nexo de causalidade, ou seja, liame entre a causa e o efeito, bem como a obrigação de indenizar, seja essa obrigação aquiliana ou contratual.

Por este motivo, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – que se estatui sobre a proteção do consumidor, em seu **art. 12** dispõe que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (grifos nossos)

Evidentemente, com a ressalva da pré-excluibilidade dessa obrigação de reparação “quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (§3º, inciso III).

Desse mesmo modo, anunciam os arts. 13 e 14 deste diploma legal. Por este motivo, que referida lei também se ocupa da “ação”, ação de direito processual, e garante ao consumidor – enquanto pessoa “mais fraca” na relação jurídica de direito material³, a “facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.⁴

Ainda sobre a responsabilidade objetiva, destaca-se o art. 927, em seu parágrafo único do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado à 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.

Dispositivo esse que demonstra a ampliação da responsabilidade civil objetiva em nosso ordenamento jurídico, a partir do Código Civil de 2002.

Sendo que, a responsabilidade está fundada no risco de atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único deste artigo. Configurando-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

O art. 37, em seu parágrafo 6º, da Lei Maior, há a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público pelos

³ Um dos princípios da política nacional de relações de consumo é o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, conforme extraído da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 4º, I.

⁴ Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990, art. 6º, VIII, versando-se como direito básico do consumidor.

danos que seus agentes causarem a terceiro. Em sua interpretação, se conclui a responsabilidade objetiva como conduta praticada de forma positiva, ou seja, o agente procede voluntariamente e implica ofensa ao direito alheio. Responderá de forma subjetiva quando o agente se omite em realizar a conduta que lhe era devida, isto é, responde por não ter agido de forma coerente àquele ato.

Entre a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva do Estado emergem alguns julgados, quais sejam:

Responsabilidade objetiva do Município, provado o nexo de causa e efeito, pela explosão em pedreira de sua propriedade, que vitimou um menor a 500 m de distância. Ocorrência também de responsabilidade subjetiva, em virtude de culpa de Administração pública” (TJRS – 3ª C. – Ap. – Rel. Galeno Lacerda – RT 575/227).

Responsabilidade Civil. Estado. Morte de policial militar. Ato omissivo “versus” ato comissivo. – Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou dolo, de outro, versando a controvérsia sobre o ato comissivo, liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços, incide a responsabilidade objetiva (STF – 2ª T. – RE – Rel. Marco Aurélio – j. 10.06.1996 – RTJ 164/309).

6.1 A falha ou mau funcionamento do serviço público

A responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo). A responsabilidade por comportamento ilícito será caracterizada quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou ainda, atua de modo insuficiente. Neste contexto, o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva, discriminada no art. 37, §6º, da Constituição Federal (se a atividade do qual decorreu o fato foi lícita) como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de *faute du service*).

Neste sentido:

“A teoria objetiva a que se filiou nossa Carta Magna, dispensa a culpa do agente administrativo, mas condiciona a responsabilidade civil do Estado a alguma falha ou a algum mau funcionamento do serviço público” (TJSC - 2ª - Ap. – Rel. Xavier Vieira – j. 11.12.1990 – RT 671/158).

Responsabilidade civil. Danos no imóvel. Responsabilidade da Prefeitura. – “Tendo o dever legal de fiscalizar as obras realizadas em sua cidade, e não o

fazendo, devidamente, concedendo, inclusive, o “habite-se” à moradia irregular, deve a Prefeitura ser responsabilizada pelos prejuízos causados aos proprietários do imóvel” (2º TACSP – 6ª C. – Ap. 500.102 – Rel. René Nunes – j. 10.09.1997 - *Bol. AASP* 2045, p.3).

A responsabilidade estatal está limitada. O Estado não é responsável por qualquer falta de serviço não prestado.

Na segurança pública, por exemplo, se percebe que há a falta serviço na proteção dos indivíduos no meio social. Isso porque, não existem policiais capacitados o suficiente para o Poder Público, desempenhar a sua obrigação.

O cidadão estaria realmente amparado se houvessem agentes policiais compatíveis à proteção de seu patrimônio, de sua integridade física e de sua liberdade. Para isso, precisaríamos de uma pessoa no mínimo, para assegurar o indivíduo em cada atividade de seu cotidiano: trabalho, afazeres domésticos, lazer, etc. Situação, a qual, o Estado se acha impossibilitado de proporcionar, em virtude do orçamento público que lhe é prestado e as verbas insuficientes que lhes são destinadas.

Desse modo, a existência desses fatores (verbas e orçamentos públicos precários) fez que ao Estado coubesse apenas o cumprimento dos padrões mínimos de segurança aos seus cidadãos.

Por isso, é que a existência da responsabilidade estatal objetiva deve ser limitada aos padrões mínimos, cujo Poder Público possa oferecer.

6.2 Pessoas Jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público

A Constituição de 1988, em seu artigo 37, §6º, ampliou a previsão do direito constitucional anterior. Afinal, neste, cogitava-se da responsabilidade civil das “pessoas jurídicas de direito público” e nesse, alude-se à responsabilidade civil das “pessoas jurídicas de direito público” e das pessoas jurídicas de “direito privado prestadoras de serviços públicos”.

Ocorrendo um dano causado por agente de pessoa jurídica de direito público, essa responde; e também, a pessoa jurídica de direito privado se, havido o dano pelo que, na qualidade de agente, o causou, ele se verificou na prestação de serviço público.

O Código Civil, em seu art. 44, enuncia as pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações. II – as sociedades. III – as fundações.

Assim, figura-se a hipótese em que um vigia municipal, por não ter acendido as luzes das obras na via pública, provocasse com essa omissão danos a um transeunte.

Se, no caso em tela, vigorasse a Constituição de 1946, art.194 ou a Constituição de 1967, art. 105, ou ainda, a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, art. 107, haveria responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, fosse o vigia público municipal. No entanto, se fosse contratado para esse serviço, incidiria o Código Civil/1916, art. 1521, III, como também incidiria a regra jurídica privatística se a pessoa jurídica fora contratada para esse serviço e nele pusera o vigia.

No entanto, sob a Constituição de 1988 ocorre de maneira diversa; uma vez que no campo de abrangência conceptual do art. 37, §6º incluem:

- a) o agente da pessoa jurídica de direito público e
- b) o agente da pessoa jurídica de direito público e de serviço público,

Conforme se sujeitam as sociedades de economia mista, as quais a Constituição de 1988, em seus dispositivos 37, XIX, 54, I, “a” e 173, §1º e §2º, e que têm personalidade jurídica de direito privado.

Deve-se ressaltar que, em coerência ao Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estatui no art. 5º, III , com redação determinada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que essa sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito *privado*, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto permaneçam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta.

Dessa forma, se a sociedade de economia mista confia a empreiteiro a realização de uma obra pública e ele, no exercício dela, causa danos a terceiros, responde civilmente pela reparação dos danos a sociedade de economia mista, havendo ou não culpa no suporte fático.

6.3 Causas Excludentes da Responsabilidade do Estado

As causas clássicas de exclusão da responsabilidade são:

- a) Caso fortuito ou de força maior,
- b) Culpa Exclusiva da Vítima.

Isso porque, nos casos de responsabilidade objetiva, o Estado só se isenta de responder se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano verificado.

Quando a causa do dano tenha origem no caso fortuito, na força maior, ou decorra de culpa da vítima, o serviço público deixa de figurar como causa eficiente do resultado, convertendo-se em mera circunstância de fato, na consideração de que, neste caso,

o vínculo de causa e efeito só poderá ser identificado nas forças incontroláveis da natureza ou na conduta da própria vítima.

6.3.1 Caso Fortuito ou de Força Maior

O art. 393, parágrafo único do Código Civil, define caso fortuito ou de força maior como os “fatos necessários, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Tem-se aqui a mais importante excludente de responsabilidade civil, quer contratual, quer aquiliana, dada sua grande incidência prática.

Pode-se afirmar, que o caso fortuito ou de força maior consiste em todo acontecimento alheio à vontade do contratante ou agente que, por si só, proporcionou o resultado danoso. Ou seja, para a ocorrência do dano não houve qualquer conduta culposa do agente (negligência, imprudência e imperícia) – ausência de culpa.

Conclui-se, dessa forma, pela quebra do nexos de causalidade, já que diante desse quadro, não mais se pode imputar à ação ou omissão do agente o resultado danoso verificado.

Em virtude da amplitude do conceito dado pelo legislador e a preocupação de aplicá-lo aos casos concretos sem enfraquecer os princípios básicos da responsabilidade civil – obtenção do ressarcimento do ano sofrido pela vítima – deu ensejo a discussões doutrinárias, ora no sentido de restringir sua incidência, ora no de ampliá-la.

Inicialmente, deve-se partir de uma distinção entre caso fortuito e força maior. Torna-se caso fortuito o acontecimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa. Já a força maior liga-se a um acontecimento externo, absolutamente estranho ao comportamento humano, que se dá a fenômeno da natureza (raios, terremotos etc.).

No entanto, analisada a questão à luz do texto de lei, conclui-se pela sinonímia entre tais termos, já que o legislador definiu-os conjuntamente, como visto.

Assim, incube ao magistrado aferir a presença dessas excludentes, como maior ou menos rigor, em cada caso concreto. Como já decidido por nossos Tribunais:

Caso Fortuito. Temporal comum, cujo único dano consiste em causara queda de poste da rede telefônica em mau estado, não constitui caso fortuito. Previsibilidade desse tipo de interpérie, cujas eventuais conseqüências são o perfeitamente e ordinariamente evitáveis (TJRS – 2ª.C.Cível Esp. – Ap. j. 17.07.1975 – RJTRS 58/215).

Alegada e não provada força maior, apurada que vários outros acidentes se verificaram no mesmo local e época, resta demonstrada a desídia da

Municipalidade geradora de responsabilidade civil por morte de motociclista acidentado em via pública mal conservada. Sendo certo, porém, que o óbito se deu por traumatismo craniano, de se reconhecer a culpa concorrente da vítima se trafegava sem o obrigatório capacete (TJSP – 8ª. C. – Ap. – Rel. José Osório – j. 21.11.1990 – RT 667/95).

6.3.2 Culpa da vítima: exclusiva ou concorrente

Mesmo a legislação civil não fazer qualquer menção à culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade civil, a doutrina acabou por construir hipóteses.

É verdade que o **art. 945** do Código Civil, estabelece que:

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.

No entanto, não se deve confundir concorrência de culpas com a culpa exclusiva.

Se a vítima contribui como seu ato na construção dos elementos do dano, o direito deve se ponderar diante a essa circunstância.

Sobre a idéia da culpa exclusiva da vítima, que acaba por romper um dos elos que conduzem à responsabilidade do agente (nexo causal), chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando a essa vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado, afirmando-se que a culpa da vítima exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente. Assim, é importante para apurar-se a responsabilidade considerar a parte com que a vítima contribuiu para o evento, de modo que a liquidação do dano calcular-se-á proporcionalmente a participação de cada um, reduzindo, conseqüentemente, o valor da indenização.

Portanto, verificando-se a culpa exclusiva da vítima: não há indenização. Igualmente, não ocorre quando a concorrência de culpas do agente e da vítima chega a ponto de se compensando, anularem totalmente a imputabilidade do dano.

Em suma, o que importa é apurar se a atitude da vítima teve o efeito de suprimir a responsabilidade do fato pessoal do agente, afastando a sua culpabilidade.

É o que reza a melhor jurisprudência:

Responsabilidade civil. Atropelamento em estrada de rodagem. Pessoa postada à noite no meio da via. Circunstância que a torna a única culpada pelo acidente. Ação improcedente. – “Procede com imprudência a pessoa que, pela madrugada, com densa neblina, permanece abaixada em estrada de rodagem, à procura de um documento. A culpa cabe, portanto, inteiramente ao autor e a ação não podia deixar de ser julgada improcedente (RT 563/146).

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público – responsabilidade objetiva - , com base no risco administrativo, ocorre mediante os seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. II – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público (STF – 2^a T. – RE 179.147-1 – Rel. Carlos Velloso – j. 12.12.1997 – DJU 27.02.1998, p.18).

7. PODER DE POLÍCIA

7.1 Conceito

Entende-se por Poder de Polícia, como a faculdade da Administração Pública com vistas a restringir ou condicionar o uso e o gozo dos bens e das atividades e direitos individuais em prol do interesse coletivo, através de medidas que visem à segurança pública, conforme art. 144 da Constituição Federal e, de outro, os direitos e garantias individuais, resguardados no art. 5º, da mesma Carta Maior, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

Como lembrou José Cretella Júnior: “O poder de polícia obedece a três critérios limites que lhe impõe o Estado: os direitos dos cidadãos, as liberdades públicas e os privilégios individuais assegurados pela Constituição e demais normas legais.”(CRETELLA JUNIOR, 1980, p.224).

A interpretação coerente a este conceito não é a restrição aos direitos individuais, mas sim a limitação de modo que sejam garantidos a toda a coletividade.

Equivalente dizer que ele só condiciona o uso dos direitos ao fim de 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 constitui o poder de polícia é de certo, poder que visa a informar todo 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.

É um poder que se reparte e se verifica em todas as esferas da Administração Pública, sejam elas da União, dos Estados ou mesmo dos Municípios, é claro diante da competência atributiva e das limitações que a Lei estabelece a cada um.

Deve-se concordar, desse modo 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.

Portanto, quando falamos em Poder de Polícia, nos vêm a mente a questão da polícia (segurança pública) e sobre esta situa-se a idéia de polícia como órgão inseparável do Estado.

7.2 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). (DIPIETRO, Maria Silvia Zanella, 1991. P. 109).

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 foi utilizado para designar toda a atividade do Estado, que até então era de certa forma principado.

Decorreu, então, a distinção entre polícia e justiça, sendo que o primeiro inerente às normas baixadas pelo príncipe, sem apreciação pelo Tribunal, e o segundo, às normas gerais, fora da competência do príncipe e aplicadas pelos Tribunais.

Após os regimes absolutos, encontramos uma nova fase: a do Estado de Direito, na qual o príncipe se incluía dentro dessas normas e a elas se submetia. Tendo como uma fase inicial, o liberalismo, na qual a polícia e o poder serviam apenas como agente de segurança, existindo a supervalorização dos direitos individuais.

Já numa fase posterior, com o surgimento do Estado, através de conceitos sociais, a atuação desse poder estende-se a todas as funções inerentes à administração, como forma de fiscalizar, regular e disciplinar a vida em sociedade. Nesta fase, surge então, a incidência do Poder de Polícia a ordem social e econômica.

Neste contexto, estava estabelecida a limitação da liberdade plena, pelo poder de polícia em face do interesse coletivo, do bem estar social e da ordem pública. Formou-se o consagrado Poder de Polícia.

7.3 Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

A distinção desses dois institutos é feita de maneira clara, de modo que a atuação realizada na área do ilícito administrativo (preventiva ou repressivamente) tem-se a polícia administrativa. Já quando o ilícito penal é praticado, age a polícia judiciária.

7.4 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 percorrer com as notas da obra de Alexandre de Moraes: “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”. (MORAES, 1999, p.581)

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 descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e dos outros órgãos públicos nas áreas de competência; exercer as funções de polícia judiciária da União. (1999, p.581)

II – polícia rodoviária federal:

Alexandre conceitua a polícia rodoviária federal: como um “órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais” (MORAES, 1999, p.581)

III – polícia ferroviária federal:

Preceitua Alexandre a 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.” (MORAES, 1999, p.581)

IV – polícias civis:

O autor, ainda, prega a polícia civil: “como órgão que deverá ser dirigida 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.” (MORAES, 1999, p.582)

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares:

Finalizando, Alexandre conceitua as Polícias Militares como “atribuição de polícia ostensiva, para a preservação da ordem pública” e ainda o Corpo de Bombeiro

Militar como, além das atribuições definidas em lei, órgão incumbido da execução de atividade de defesa civil (MORAES,1999, p.582).

Dessa maneira, cuida-se os parágrafos e incisos do mencionado dispositivo 144 da competência atribuída a cada órgão policial, sendo que essa multiplicidade de órgão na segurança pública se deu em virtude da busca de um maior atendimento e abrangências a todas áreas possíveis para a efetivação de qualidade na segurança pública.

7.5 Meios de Atuação

O termo Poder de Polícia, pode ser exercitado pelos atos administrativos e pelos atos normativos, da qual cada um a saber:

7.5.1 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, etc.

Já as medidas repressivas são realizadas através de atos coativos que buscam o restabelecimento de uma ordem pública perfeita, tais como a apreensão de mercadorias, a prisão de um infrator, a interdição de uma atividade nociva, etc.

7.5.2 Atos Normativos

Compreendem aos atos que são criados em face do bem-estar da coletividade visando à restrição ao exercício de determinados direitos e prerrogativas, e conseqüentemente garantindo-lhes estes próprios direitos.

7.6 Fundamento do Poder de Polícia

O regime de liberdades públicas em que vivemos assegura somente o exercício normal dos direitos individuais, cabendo a aplicação do poder de polícia para assegurar o uso regular, controlando-o a normalidade toda vez em que se extrapolar o direito.

Neste sentido afirma Hely Lopes de Meireles:

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 autoridades pública fiscalizar, controlar e restringir o uso de bens ou o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade (1972, p. 290).

7.7 Finalidade e Objeto do Poder de Polícia

Tem-se como a finalidade do poder de polícia a tutela dos interesses metaindividuais, da paz social, do bem estar coletivo, da ordem pública e do cumprimento da justiça.

Já o objeto compreende ao poder de polícia administrativa, ou seja, tudo aquilo que possa afetar a coletividade, sendo passível de controle, de mitigação pelo Poder Público constituído. Desta maneira, todo bem, direito, coisa, atividade que tenha repercussões nocivas ou que atente diretamente contra o direito coletivo é objeto do poder de polícia.

7.8 Características do poder de polícia

As características do poder de polícia compreendem a: discricionariedade, a auto executoriedade e a coercibilidade

Discorreremos nos tópicos a seguir sobre cada uma delas.

7.8.1 Discricionariedade

A discricionariedade do poder de polícia é a faculdade do órgão administrativo, mediante 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.

No entanto, existem casos em que presenciamos a vinculação dos Poderes Públicos face o poder de polícia, não sendo a discricionariedade, quando por exemplo, o ato é para expedir uma licença. Não há o que decidir, isso porque 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.

7.8.2 Auto – executoriedade

É caracterizado como prerrogativa dos Poderes Públicos de agirem de forma oficioso, ou seja, pelos próprios meios, sem ter que recorrer ao Poder Judiciário, para validar o ato.

Hely Lopes Meireles, nos deixou a lição 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. (1972, p. 302)

7.8.3 Coercibilidade

A coercibilidade é uma forma de impor ao administrado condições que sejam úteis ao bem estar social, a boa ordem, a paz pública. É a força do poder de polícia que se manifesta através do poder-dever, obrigação, impondo 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 as 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.

7.8 Limites do Poder de Polícia

O Poder de Polícia não é ilimitado. Pois, se fosse estaríamos diante de um autoritarismo e a situação seria insustentável. Portanto, é necessário o uso do poder de polícia, porém dentro de padrões que este se faça cumprir, que não viole de forma alguma quaisquer direitos, direitos esses que se tende a preservar.

O ato de polícia do Estado, através da emanção do Poder de Polícia, via de regra, é ato discricionários, estando portanto sujeito ao princípio da legalidade.

Qualquer desvio da incidência da legalidade sobre o ato derivado do poder de polícia, constitui ilegalidade, abuso de poder, arbitrariedade e não é amparado legalmente.

Dessa forma, conclui-se que o limite do Poder de Polícia está no fim a que se destina. É usado de forma a garantir a aplicação do direito a todos, este deve também garantir o mesmo de forma igualitária.

É importante salientar que para a aplicação e a limitação deste poder deve a Polícia administrativa observar alguns fatores, quais sejam:

- a. **Competência:** deve ser atuado dentro de seus parâmetros legais, dentro da competência estabelecida em lei.
- b. **Forma:** os procedimentos administrativos, em sede de poder de polícia, devem seguir os ditames legais.
- c. **Fins:** deve-se restringir aos fins que se destina, sem extrapolar sua função.
- d. **Motivos:** a motivação engloba dois fatores, o primeiro consiste a motivação material, ou seja, a necessidade do poder de polícia e o segundo quanto à motivação legal, qual seja utilidade face aos ditames institucionais.
- e. **Objeto:** incide sobre o princípio jurídico da razoabilidade e o princípio específico do direito administrativo, já que a sua finalidade é garantir a boa paz social, a satisfação do interesse público e não a demonstração de força por parte do Poder público.

Alguns autores, ainda ressaltam regras a serem observadas pela polícia administrativa, haja vista não vir a eliminar ou causar qualquer violação aos direitos individuais, dentre as quais:

- a. **eficácia:** originada do princípio da eficiência, no qual é necessária a medida adequada para garantir a paz social, que é o objeto do interesse do Poder Público.
- b. **necessidade:** a medida de polícia deve ser adotada somente para se evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público.
- c. **Proporcionalidade:** existência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado.

Dessa forma, a segurança pública, aspecto da ordem pública, colocada pela Constituição de 1988, no Título V, que trata Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, Capítulo III, intitulado Da Segurança Pública, é dever do Estado, mas em contrapartida, responsabilidade de todos.

Ora, no exemplo acima, havendo a ocorrência de um movimento multitudinário, deve o Estado, ao exercitar a segurança pública, através dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal, procurar agir a fim de evitar que a multidão enfurecida deprede propriedades ou atinja pessoas. Todavia, deverá agir dentro dos limites do razoável, pois

além de não poder ser ausente, deve, num confronto entre a multidão e os agentes públicos, evitar o massacre da população, para preservar um bem maior que é a vida dos indivíduos.

Por outro lado, ainda em coerência aos ditames do *caput* do art. 144, não deve o particular ficar imune da sua parte de responsabilidade na segurança pública. Portanto, na ocorrência desse movimento que possa vir a prejudicar a sua integridade física ou sua propriedade, compete-lhe avisar a polícia. Esta será a prova necessária no curso da ação indenizatória ajuizada pelo particular em detrimento ao Estado, para haver dele os prejuízos causados pela multidão em seus bens ou em sua integridade física.

O art. 5º, inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, garantiu, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e principalmente no seu inciso IV, assegurou a liberdade de pensamento, vedado o anonimato; no seu inc. IX, resguardou a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; no inc. XVII resguardou a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; no inc. XXII garantiu o direito de propriedade. No Capítulo II – Dos Direitos Sociais, do mesmo Título, especialmente no art. 9º, assegurou o direito de greve, ressaltando respectivamente, nos seus §§ 1º e 2º que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais, bem como disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penalidades legais.

Se todos esses direitos estão assentados pela Constituição, deve-se afirmar que são plenamente exercitáveis pelos indivíduos, cabendo ao Estado, através da segurança pública, apenas coibir os abusos ou as próprias infringências pelos particulares, do contido nos incisos do art. 5º da Carta Magna.

Por conseguinte, quando ocorre um movimento desse patamar, que cause danos a particulares e estes ajuízem ação contra o Estado, se deve provar a omissão do Estado quanto ao seu dever de segurança e, também de ter o particular contribuído na sua parcela de responsabilidade quanto à segurança pública, avisando a polícia da ocorrência do Evento, pedindo-lhe providências.

No entanto, a análise da prova de cada caso concreto compete ao Poder Judiciário, o qual deve ser fiel da balança para casos de danos causados pela manifestação. A aferição da razoabilidade da ação ou omissão da polícia só poderá ser feita dentro do processo regular e sob a égide do Judiciário.

8. A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

8.1 Considerações Gerais

Sabemos que a responsabilidade Civil da Administração Pública é sempre objetiva, já que tal princípio foi consagrado em nosso ordenamento jurídico por força do art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988.

Fundada na Teoria do Risco Administrativo, visando repartir os encargos sociais públicos e assim alcançar uma efetivação da justiça, é a responsabilidade objetiva.

Deve-se atentar à questão da “Segurança Pública” inserida no contexto da Constituição Federal de 1988.

O termo “segurança” nos dá um sentimento de algo que estado de paz, de tranqüilidade, sem sofrer qualquer ameaça, podendo se confiar ou garantir pelo próprio estado em que se encontra.

Desse modo, quando falamos em “Segurança Pública”, referimos a segurança de todo um país, uma nação, de uma sociedade, de uma coletividade, das instituições que resguardam direitos, desde aqueles mais fundamentais como a vida, até os mais específicos. Aquilo que de mais valoroso o Estado representa.

O termo segurança pública diz respeito a um dever da Administração Pública, que deveria ser abordado com maior interesse, especialmente pelos poderes políticos de nosso país, tratá-lo 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, e sim de obrigação, direito de ordem supra legal, que visando à garantia de direitos, tendo vistas à necessidades, restringi-lo, por tempo ou condições limitadas.

Os direitos fundamentais só podem ser garantidos a partir do momento em que houver uma força maior que o faça, através da investidura do poder de polícia em sede da 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.

Destarte, o Estado deve ser respeitado pelos entes que o compõe demonstrando a verdadeira cidadania. Deve dispor de meios que efetivamente exerça seu papel de assegurar a segurança do indivíduo e deve o cidadão conscientizar-se na ajuda, através de sua responsabilidade solidária com o ente Público, através da solução do meio em que vive.

Portanto deve, em primeiro lugar, o cidadão reconhecer o efetivo poder de polícia desempenhado pelas instituições do Estado como uma garantia de direitos e não um meio a lhe restringir direitos em seu desfavor ou ainda, um meio de coerção moral.

Além disso, se necessita que o Estado esteja devidamente amparado para tanto, e o cidadão moralmente apto a cobrar do Estado a prestação do serviço. Ou seja, devem ambos estarem dispostos a assumirem a mútua responsabilidade, em pelo exercício da cidadania e outro pelo exercício de seus deveres (Estado).

8.2 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. Está este localizado no contexto do Título V que trata da “defesa do estado e das instituições democráticas”, no capítulo da “segurança pública”, conforme abaixo transcrito:

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 pública 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, incube a execução de atividades de defesa civil.

§6º. As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reservas 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.

Analisando-se onde está inserido o artigo, temos a defesa do Estado como um todo, fazendo-se um conjunto, subdividindo-se em defesa interna (de competência originária dos órgãos policiais) e defesa externa (de competência originária das Forças Armadas).

Sendo assim, 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”.

Interpretando-se o ‘caput’ do art. 144 da Magna Carta, concluímos que a segurança pública é um dever do Estado.

Como já dito, é dever do Estado zelar pela segurança pública, assim com ser eficiente no trato deste dever. Deve-se salientar que não é somente o art. 144 da Constituição Federal que vem tratar de segurança pública.

Através da 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.

Ressaltamos o ‘caput’ do art. 5º da Lei Maior:

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.

Todos os direitos e garantias elencados neste dispositivo devem ser jurídica e administrativamente resguardados a fim de que possamos ter uma sociedade justa, fraterna, igualitária, imperando a paz social. Deve-se ainda analisar o art. 3º, IV da Carta Maior:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

IV – promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais quer outras formas de discriminação.

Nos dias atuais a violência tem tomado conta de nossa vida, dos indivíduos que pagam impostos para terem seus direitos resguardados, tem atemorizado pessoas e bem feito com que a Administração Pública caia num descrédito, daqueles que ainda respeitam a Lei. É de suma importância, a ordem e a paz social, esta que o Estado deve zelar sob pena de obrigar-se a indenizar.

9. A SEGURANÇA PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL

9.1 Aplicabilidade da Responsabilidade Extracontratual

Em observância ao disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal, temos que violado o direito do cidadão, ou de qualquer indivíduo, pela não prestação adequada do serviço público, pelo mau funcionamento do serviço público que deveria assegurar um determinado direito e assim não o fez, deve ser indenizado pelo Estado.

9.1.1 Da Responsabilidade Extracontratual por atos comissivos

O Estado, como pessoa jurídica de Direito Público, exerce suas atividades mediante àqueles que o representa, que são, pessoas físicas que em nome do Estado exercem suas atividades.

Neste exercício de atividades, constatamos, muitas vezes, através de ações ou omissões, que a atividade administrativa originam danos a terceiros.

Ao restar-se provado a conduta lesiva, ou seja, a ação ou omissão que causou o dano, surge ao estado, através da teoria objetiva, o dever de indenizar.

Com a redação do art. 37, §6º da Constituição Federal, o legislador quis de um lado reconhecer na sociedade, a hipossuficiência das pessoas, físicas ou jurídicas, em face do Estado, e portanto, vir a protegê-las. Por outro lado, acabou por outorgar, de maneira subjetiva, maior responsabilidade e maior exigência na qualidade de prestação de serviços públicos.

Quanto aos atos que ensejem ao Estado a indenização, o menor problema situa-se quanto ao ato comissivo. Isto porque comprovado de que uma conduta positiva causou um dano, há de se obrigar o Estado a indenizar.

Desse maneira, havendo uma conduta positiva, que, possua um liame de causalidade ao resultado danoso, deve o Estado indenizar, em face ao disposto no art. 37, §6º da Magna Carta, salvo em casos das excludentes que conseguiriam se enquadrar na aplicabilidade prática em face de uma conduta comissiva.

Em virtude de nosso trabalho voltar-se, de certa forma, a área da segurança pública, onde toda a teoria aplicada é a mesma utilizada para todos os agentes públicos, eventuais dúvidas podem ser sanadas através de exemplos jurisprudenciais, de casos que na prática ocorreram em sede de segurança pública e exercício do poder de polícia. São eles:

Responsabilidade civil do Estado. Morte e lesões corporais em detentos, conseqüentemente de incêndio em cela ocupada, onde se guardavam latas de cera. Conluio impresumível. Risco administrativo e responsabilidade pela incolumidade dos presos. Art. 37, §6º, e 5º, XLIX, da CF. Indenização devida.(TJSP – 2ª C. – Ap. j. 08.09.1981 – RJTJSP 74/132).

Responde o Estado pela reparação dos danos resultantes da morte de pessoa injustamente presa e espancada pela Polícia e cujo o falecimento foi consequência de lesões sofridas (TJSP – 5ª C. – Ap. – j. 22.09.1966 – RF 220/205).

Responsabilidade Civil. Indenização por danos moral e material em razão de furto ocorrido, por duas vezes, na residência do autor, invadida por meliantes. Clama-se por um bem-estar social, a que todos temos direito e que o estado oferece de forma deficiente e precária. Direito Constitucional à paz e à segurança social, Deveres do Estado. Garantia de proteção à coletividade (TJRJ – 17ª C. Cível – ap. 21.505/2000 – Rel. Raul Celso Lins e Silva – j. 25.04.2001 – Bol. AASP 2261/2222).

Se o policial fardado, mesmo não estando em serviço, atuou na qualidade de agente do Poder Público, matando alguém, o Estado responde pela respectiva indenização (TJSP – 3ª C. – Ap. – Rel. Macedo Bittencourt – j. 16.11.1967 – RT 512/104).

Conforme constatado, podemos dizer que o tema tem grande repercussão nos meios jurídicos. Isto diante a dois fatores:

O primeiro é amparado pela a *teoria da aparência*, na qual fica o Estado incumbido a zelar que nada se caracterize como de seu serviço. Por exemplo: Um crime que fora cometido por pessoa que se utilizassem da ‘viatura policial’ e ‘farda de corporação’ e que, não encontrados, deixassem margem aos populares, se foi ou não agente público. Diante a impessoalidade este princípio ficaria o Estado o dever de indenizar.

Não devemos esquecer que, existem Leis e atos normativos que regulam, por exemplo, a utilização de artefatos utilizados pelos poderes públicos e ainda dispositivos da Lei penal, que pune àquele que se fizer de funcionário público.

A segunda questão que se propõem é sobre o exemplo dado em face ao que o art. 301 do Código de Processo Penal, qual seja:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem que seja encontrado em flagrante delito.

Em face deste artigo, podemos afirmar que o agente ou a autoridade policial são investidos constantemente do dever, da aplicação do Poder de Polícia, sob pena de

omissão. Desta feita, mesmo fora do horário de trabalho, o policial deve em face de seu dever constitucional zelar pelos preceitos a que se juramentou.

Assim sendo, a incidência da aplicabilidade do poder policial é a todo tempo, só exonerando da obrigação de estar na efetiva atividade policial, mas relativamente o obrigando.

Nesta alínea, entendemos, portanto que toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública deve ter como base a teoria da aparência aliada ao exercício constante do Poder-dever deste emanado. Dessa maneira, constitui-se uma obrigação, e consequentemente responsabiliza-se o Estado. Isto é posto em virtude da responsabilidade fundada no risco administrativo e o dever dele mesmo zelar pela ordem social.

Neste sentido nos demonstra a jurisprudência:

Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora dos 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, §6º, da CF, não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. (STF – 2º. T. – RE 160.401 – Rel. Carlos Velloso – j. 20.04.1999 – RTJ 170/631).

9.1.2 Responsabilidade Extracontratual por atos omissivos

Sobre a responsabilidade do Estado por atos omissivos, suscitam muitas divergências de sua natureza. Há alguns que defendem que a mesma seria de natureza subjetiva, fundamentada na Lei Civil comum. No entanto, outros defendem a aplicabilidade da “faute de service”, fundamentada na teoria objetiva.

Defendemos, no presente trabalho, a teoria francesa, pois reconhecemos que o Legislador Constitucional consagrou a teoria objetiva ao Estado.

Devemos nos atentar que muito se fala em culpa, porém em nenhum dispositivo da Lei Maior ou ainda de qualquer outro diploma legal, não vislumbramos a distinção entre os atos comissivos e omissivos.

Portanto, provado que o dano advém da inércia, ou ainda da má prestação do serviço público, ou seja, da omissão ou abstenção estatal, que venha a lesar terceiros surge o dever de indenizar.

Também não é toda e qualquer situação ou crime cometido contra terceiros que origina ao Estado o dever de indenizar. Desta feita, não havendo uma razoabilidade em parâmetros para consagrar a indenização, estaríamos diante de uma crise institucional aliada a uma “falência” do Estado.

Álvaro Lazzarini ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello diz que o mesmo sustenta que “A responsabilidade só irromperá se for demonstrável que a falta de um serviço decorreu não das contingências inerentes à limitação normal de um serviço de segurança, mas à incúria, ao desmazelo, à imperícia de seus agentes.” (LAZZARINI, 1967, p. 433)

Devemos ilustrar a afirmação do autor, pela jurisprudência descrita:

O fato de o estudante haver sofrido dano causado por um 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 encontram sob 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 desatendido. O STF, correntemente, determinou a responsabilidade objetiva e o dever de a administração indenizar.” (RT 733/130).

Salientamos ainda 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 no serviço ou culpa do serviço (*faute du serviço*), razão pela qual o administrado, ou seja, que o dano ocorreu pela omissão ilegal da administração pública.

Ressaltando a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva da CF 37, §6º, Hely Lopes de Meirelles sustenta a incidência da responsabilidade objetiva, independente de conduta comissiva ou omissiva 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).

O §6º, do referido dispositivo, ao se deparar com os 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.

É imprescindível se demonstrar que a omissão causadora do prejuízo ao administrado não deveria ter se verificado em razão de competir ao Estado um atuação positiva naquela situação específica, mantendo-se assim o necessário nexo de causalidade.

Importante a se notar é que se o agente estatal tivesse agido, ao invés de quedar-se inerte quando lhe era devido por força da lei, os malefícios não teriam se produzido.

Por conseguinte, demonstrado este nexos de causalidade, 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 da funcionamento adequado do serviço público (omissão na execução de suas funções).

Uma vez deixando o Estado de tomar as providências que lhe competiam em determinada situação em virtude da lei, passa a assumir a responsabilidade pela lesão que venha a ser causada aos vitimados. Com isso, responsabiliza-se objetivamente pela próprias condutas, assumindo as conseqüências pelo que fez e pelo que, devendo fazer, não fez (omitiu-se).

Utilizando-se 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 inexistente motivo lógico para se desprezar a responsabilidade objetiva deste em face de condutas omissivas de seus agentes.

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 à inúmeras lesões e abusos resultantes da inércia do Poder Público, com desprezo das garantias individuais básicas do Estado Democrático de Direito, impossibilitando o convívio estável e equilibrado em sociedade da qual o próprio Estado deveria sempre zelar.

A responsabilidade objetiva tem por escopo garantir, desse modo, aos lesados, com a falta ou má execução dos serviços estatais, um meio de defesa mais eficiente, como a única forma de conscientizar o Poder Público do cuidado que deve ter com suas omissões, vindo a atender ao princípio da isonomia ao colocar em “pé de igualdade” partes antes tão diferentes (cidadão x Estado).

A responsabilidade do Estado por atos omissivos, se trata, desta maneira, na maioria dos casos, de situações que poderiam ter sido previstas e evitadas pela a autoridade competente que se omitiu em proceder conforme os ditames legais.

Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque 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.

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilidade do Estado por atos omissivos tanto pode ser objetiva quanto subjetiva, dependendo da configuração do nexo causal na hipótese concreta a ser levada em juízo.

Nesse sentido, a responsabilidade extracontratual do Estado por ato omissivo será objetiva, desde que, no caso específico, exista um dever legal de cautela, e que diante desse dever, o Poder Público se mantenha inerte acarretando-se, conseqüentemente, lesão ou violação de direito ao administrado, configurando-se o elo causal entre a falta e o dano necessário para a responsabilização da Administração Pública.

No entanto, se não comprovar-se a obrigação do Estado em ter agido de forma preventiva ou repressiva e ainda, positiva, a fim de se evitar o prejuízo em 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.

Diante ao que foi exposto, na tentativa de visualizar essa teoria ao caso concreto, faremos um apanhado de formas mais corriqueiras de omissão pelos agentes públicos, quais sejam, os policiais.

Sabemos que o órgão responsável, no ordenamento jurídico, para efetuar o policiamento ostensivo é a polícia militar principalmente, haja vista que a Polícia Civil também tem atribuições que poderiam serem apuradas na responsabilização extracontratual pública. Vejamos algumas situações:

1. O policial que acionado por um popular, deixa de atender determinada ocorrência vindo a acarretar prejuízo para ao solicitante.

Nesta hipótese, é fácil de se identificar responsabilidade. Visto que é uma omissão, face à que o policial tomado o conhecimento de certa situação devendo agir, não o faz, causando um prejuízo para o requerente.

2. Quando, diante de movimentos multitudinários de qualquer natureza, frente a motivações várias que venham a causar o dano a alguém ou turbem o sossego alheio, o policial se mantém inerte, desidioso.

Na jurisprudência brasileira, já se tornou pacífico, a responsabilização do Estado, sem necessitar de tantas alegações. Sendo que, ocorrido a inércia ou omissão do policial em um movimento multitudinário que venha a causar prejuízos de ordem moral ou material, surge ao Estado à obrigação de indenizar.

3. Quando uma ocorrência se torna tão freqüente em razão e em relação a um horário, uma localidade e as autoridades não tomam as providências efetivas para evitá-las.

Neste caso, é de se analisar mais detalhadamente. Vejamos através de um exemplo concreto: geralmente em horários de entrada e saída de alunos.

A polícia é acionada, compareceu todas as vezes e ainda fez os devidos boletins de ocorrência. No entanto, não se chegou a nenhuma conclusão de quem seriam os autores do crime, haja vista que pode, por exemplo, isto ocorrer em uma cidade muito populosa.

Em primeira análise, poderíamos afirmar que a polícia compareceu, fez os boletins de ocorrência e procurou descobrir de quem era a autoria de tais delitos. No entanto, não é coerente afirmarmos que está cumprindo o seu dever, afinal a efetiva segurança não foi realizada.

Defendemos que surge a responsabilidade extracontratual do Estado em virtude da inércia das autoridades face à habitualidade que vêm ocorrendo as práticas delituosas. Situações não raras em grandes cidades populosas e que as autoridades se defendem alegando a inexistência da correta preparação para agirem em determinados lugares. Contatamos, nesse diapasão, uma grave questão concernente à ordem política, a ser tratada com afinco, para então ser exercida a verdadeira cidadania.

Enquanto isso ainda ocorre, não há outra saída senão pleitear junto aos órgãos judiciários a devida indenização, que se torna presente em virtude da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, exclamada e garantida pelos direitos descritos na Constituição Federal.

Conforme esse entendimento temos inúmeras jurisprudências, conforme abaixo descritas:

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 – 1ª T. – RE – Rel. Barros Barreto – j. 11.10.1951 RT 225/581).

A administração pública responde civilmente pela inércia em atender a uma situação que exigia a sua presença para evitar a ocorrência danosa (STF – 2ª T. – RE – Rel. Temístocles Cavalcanti – j. 29.05.1968 – RDA 97/177).

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 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 a tutela jurídica, isto é, a garantia da ordem (TJMG – 2.ª C. Ap. – Rel. Gonçalves da Silva – j. 24.03.1955 – RF 165/243).

Responsabilidade civil do Estado. Movimentos Multitudinários – Danos. Indenização – “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, quer se trate de ato positivo dos mesmos empregados (ações), quer porque eles tinham deixado de cumprir os deveres do cargo (omissão). O Estado não se exime da obrigação de indenizar danos causados por movimentos populares, sempre que não tiver tomado as necessárias providências para impedir ou reprimir os ataques da propriedade individual (STF – Ap. – Rel. Viveiros de Castro – j. 02/12.1922 – RF 42/68).

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).

Por sua omissão culposa em fiscalizar, a Municipalidade responde por acidente que venha ocorrer com casa construída clandestinamente, cuja construção foi embargada pelo perigo oferecido (TJSP 5.^a C. – j. 12.11.71 – RT 436/111).

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).

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).

10. DIREITO DE REGRESSO DO ESTADO CONTRA O AGENTE PÚBLICO

Entendemos por Direito de Regresso como o poder-dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa do agente.

O direito de regresso se dá através da propositura da denominada Ação Regressiva. Ação essa realizada através da Ação Civil, Ação Direta, do objetivo patrimonial que obedece ao rito ordinário prescrito no CPC, destinado a recompor o erário desequilibrado com a quantia paga à vítima, em virtude do ato lesivo.

O titular do direito de ação regressiva é sempre o Estado, a pessoa jurídica pública à qual se acha vinculado ao funcionário culpado. O sujeito passivo é o funcionário público, que agiu culposa ou dolosamente.

A diferença da ação regressiva com ação de responsabilidade intentada pelo particular, diretamente contra o Estado, é que para esta última, bastam o dano e o nexo causal, para aquela é indispensável a culpa ou dolo do funcionário, bem como a propositura da preliminar ação de responsabilidade, culminando com a condenação do Estado.

Sendo assim, temos como pressuposto indispensável, a condenação efetiva do Estado a ressarcir a vítima do prejuízo. Antes de ser apurado o *quantum* preciso da reparação, o Estado não tem elementos para acionar o funcionário. Ainda é necessário a prova da conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano.

A ação regressiva, por ser uma ação civil destinada à reparação patrimonial, nos termos do art. 122, §3º da Lei 8.122/90, transmite-se aos herdeiros e seus sucessores do servidor culpado. Ademais, pode ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função pública, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão⁵.

Devemos nos atentar que na questão de direito de regresso do Estado, até então discutida, é quase que pacífico, que não é cabível a denunciação da lide do Estado em face do agente público. Isto porque, são direitos de natureza diferentes.

⁵ Dispõe a Lei 8.122/90:

“Art. 122: A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo do erário ou a terceiros. §3º. A obrigação de reparar os danos estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite da herança recebida.”

A responsabilidade extracontratual do Estado é de natureza pública, fundamentada na teoria do risco administrativo, e portanto, responsabilidade objetiva. Enquanto a responsabilidade extracontratual do servidor, como pessoa física, se fundamenta em culpa civil, elemento natural do direito privado. E por isso, precisa-se da avaliação de culpa.

É importante salientar ainda, que o legislador ao prever a responsabilidade do Estado como objetiva, quis proporcionar maior proteção, celeridade, dispensa de maiores burocracias na satisfação daquele que foi sujeito passivo do prejuízo.

Conclui-se, em virtude do exposto, a denunciação da lide como inconcebível.

11. CONCLUSÃO

Associada à obrigação de reparar um dano sofrido por alguém, mediante à ocorrência de um prejuízo, a responsabilidade civil mostrou-se como resultado da ação pelo qual o homem expressa o seu comportamento em decorrência de seu dever.

O Estado encarregado de fazer cumprir a justiça e proibir que se fizesse a “justiça com as próprias mãos”, estabeleceu a obrigatoriedade de composição mediante uma prestação pecuniária.

Neste contexto, a essencialidade da construção do Estado Democrático de Direito configura-se na Responsabilidade Civil do Estado. Sua objetivação visa assegurar ao cidadão seus direitos, em face ao injusto dano causado pelo Poder Público e seu patrimônio.

Vale dizer que, os agentes de um governo que se diz representante da soberania popular são obrigados a prestar a seus cidadãos garantia de que se manter-se-ão dentro dos limites da legalidade no desempenho de suas funções, e de que, caso seja necessário o sacrifício de um bem particular em prol de um bem comum, aquele será prontamente ressarcido, pois atentaria contra a liberdade e igualdade entre os cidadãos que o indivíduo pudesse ser privado de uma parte de seu patrimônio sem a respectiva compensação.

Com a ânsia de atender às necessidades públicas, a Administração Pública, através de seus agentes, presta serviços, levanta obras, proíbe comportamentos, delega poderes, policia atividades, etc. sendo que destas ações ou omissões resultarem danos a bem juridicamente protegido ao usuário, surge ao Estado a obrigação de reparar tais danos.

A responsabilidade do Estado evoluiu do estágio de absoluta irresponsabilidade, passando por uma fase intermediária qual as questões eram resolvidas por instituto de direito privado, até culminar no modelo atual, como assunto de direito público em que o cidadão se acha em pé de igualdade diante dos ônus e encargos sociais.

O art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal determina a responsabilidade objetiva da administração pelos danos causados por seus agentes, no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, garantindo ao Estado o direito de regresso contra o agente causador do dano, mesmo agindo com dolo ou culpa.

Sendo assim, adota-se a teoria do risco administrativo, sem os extremos da teoria do risco integral, na qual basta a identificação do nexos causal entre a atividade do estado e o dano sofrido pelo administrado, existindo a obrigação de indenizar, sem a análise de

culpa. No entanto, o estado pode-se eximir dessa indenização se comprovar a ocorrência no evento do caso fortuito, da força maior, culpa da vítima, culpa exclusiva de terceiro, estado de necessidade ou legítima defesa.

Apesar de vigorar a responsabilidade independentemente de culpa, com a admissão de algumas excludentes, tal regra é aplicada nos atos decorrentes de um “agir” do Estado. No tocante aos atos omissivos do Estado, isto é, caracterizado pelo “não-agir” quando deveria ter agido, tem-se entendido que predomina a responsabilidade subjetiva do estado sendo imprescindível a demonstração, em sua conduta, de negligência, imprudência ou imperícia.

Portanto, se tem inúmeros casos em que o Estado pode ser responsabilizado pelos danos causados por seus agentes no exercício de sua função.

Contudo, afirma-se que a responsabilidade extracontratual do Estado, em seu exercício, é incoerente ao que o legislador pretendeu inserir na Constituição Federal brasileira.

Isso porque, os governantes ao atender o interesse da coletividade não cumprem os seus deveres de forma correta. De maneira que, responsabilizando o Estado nos termos da Constituição e ele exercendo seu direito de regresso haverá uma conscientização na importância do desempenho de seus serviços e o devido cumprimento das atividades administrativas conforme os princípios elencados no ‘caput’ do referido dispositivo legal.

Além do mais, concretiza a garantia da ordem institucional democrática e os valores existentes como a vida e a dignidade humana, no tocante ao poder de Polícia desenvolvido pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARONI, R.L. **Responsabilidade Extracontratual do Estado e Segurança Pública**. 2002. 245f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2002.

ARRUDA, Alvim. **Mandado de Segurança e Direito Público – Estudos e Pareceres**, pp.230-231.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade Civil do Estado por atos dos agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário**. – Tomo I - 1ª ed., Campinas: Editora Bookseller, 2001.

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 nº10.406, 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 .

BUCCI, Mário César. **Revista de Responsabilidade Civil**. 1º vol – 1ª ed., Campinas: Editora Mizuno, 2001.

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

_____. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2 ed., amp. Ver. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Responsabilidade Civil, doutrina e jurisprudência**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

CAMPANHOLE, Hiltom Lobo. **Constituições do Brasil – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices** – 14 ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado** – Tomo 2. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado** – Tomo 1. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1957.

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estados por seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7º vol. – 12. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

DIPIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

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

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática de Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

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

_____. **Responsabilidade Civil : doutrina e jurisprudência**. 6, Atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

LAZZARINI, Álvaro. **Consumidor de Serviços Públicos – Dever de indenizá-lo enquanto cidadão**. In RT nº 774/126. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARCONDES, Orlando Soares. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MARTIN, V M V. **Responsabilidade Civil Objetiva do Estado pelo mau funcionamento do Serviço Público**. 2001. 84f. Monografia (Bacharelado em Direito) Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente – 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 5ª ed. rev. e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OKAMOTO, L. F. **Responsabilidade Civil do Estado por Danos Patrimoniais decorrentes de Enchentes**. 2000. 69f. Monografia (Bacharelado em Direito) Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente – 2000

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

RIBEIRO, C. S. **Responsabilidade Civil do Estado pelos Atos da Administração Pública** – 2002. 114f. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2002.

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

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade Civil. Teoria e Prática das Ações**. São Paulo: Forense, 1998.

STOCCO, Rui **Tratado de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 6. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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