

MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS DANOS ÀS
VÍTIMAS DE CRIMES**

FRANCA
2001

MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS DANOS ÀS
VÍTIMAS DE CRIMES**

Tese apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social de Franca da
Universidade Estadual Paulista, para a
obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração:
Direito Obrigacional Público e Privado

Orientador:
Prof. Dr. Augusto Martinez Perez

FRANCA
2001

*À Maria Carolina e à Maria Eduarda,
presente e futuro,
razão maior de tudo.*

“É morale che la società, dalla quale i buoni cittadini erano in diritto di esigere protezione, reperi agli effetti della mancata vigilanza”.

FRANCESCO CARRARA
Programma del Corso di Diritto Criminale
Pisa, 1859.

SUMÁRIO

	Página
Resumo	
Abstract	
Résumé	
INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I: O ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA	17
1. Noções sobre o Estado	18
1. 1. Origem do Estado	18
1. 2. Justificação do Estado	21
1. 3. Conceito de Estado	26
1. 4. Elementos do Estado	28
1. 5. Finalidade do Estado	30
1. 6. Funções do Estado.....	33
2. Função Administrativa Estatal.....	37
3. Segurança Pública.....	47
3. 1. Considerações gerais	47
3. 2. Conceito de Segurança Pública	49
3. 3. Ordem Pública	53
3. 4. Polícia e Poder de Polícia	56
3. 5. A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988.....	63
CAPÍTULO II: RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	68
1. Considerações gerais.....	69
2. Responsabilidade do Estado: aspectos, categorias e natureza.....	73
3. Evolução doutrinária da responsabilidade do Estado.....	77
3. 1. Teoria da irresponsabilidade do Estado.....	79
3. 2. Teorias da responsabilidade do Estado.....	82
3. 2. 1. Teorias civilistas.....	83
3. 2. 2. Teorias publicistas.....	85
4. Fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado.....	90

5. Pressupostos e causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade do Estado...	93
6. Responsabilidade do Estado no Direito estrangeiro.....	100
7. Responsabilidade do Estado no Direito brasileiro.....	109
8. Hipóteses de incidência da responsabilidade no âmbito administrativo estatal.....	118
9. Responsabilidade do Estado pelos atos policiais.....	129
CAPÍTULO III: A VÍTIMA DE CRIME.....	136
1. Considerações gerais.....	137
2. Evolução histórica no tratamento da vítima de crime.....	138
3. O surgimento da Vitimologia.....	141
4. Conceito de vítima.....	146
5. Classificação de vítima.....	153
6. Vitimização primária e secundária.....	159
7. Interesse patrimonial da vítima de crime.....	161
8. Reparação dos danos às vítimas de crimes no Direito brasileiro.....	164
9. Reparação dos danos às vítimas de crimes no Direito estrangeiro.....	166
CAPÍTULO IV: FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELOS DANOS ÀS VÍTIMAS DE CRIMES.....	174
1. Considerações iniciais.....	175
2. A indenização como obrigação estatal.....	182
3. Pressupostos, fundamentos e natureza da responsabilidade estatal nos crimes.....	195
4. Requisitos e causas excludentes ou atenuantes da obrigação estatal nos crimes.....	203
5. Julgados.....	208
CONCLUSÕES.....	223
BIBLIOGRAFIA.....	228

RESUMO

A responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes verifica-se nas hipóteses em que incide como causa do evento lesivo, concorrentemente à conduta do agente infrator, a anormalidade do serviço público de prestação de segurança aos administrados.

Constitui a segurança direito dos indivíduos pelo qual lhes é assegurado proteção e amparo, permitindo-lhes desfrutar de seus demais direitos. Estendida ao âmbito público, pressupõe a garantia de um estado anti-delitual e de convivência social pacífica, com a preservação e a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas e dos seus patrimônios.

Conforme estabelece a Constituição Nacional, em seu art. 144, a segurança pública é um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Cabe ao Estado atuar no sentido de assegurar efetivamente este direito, no cumprimento do dever que lhe compete e, aos membros da coletividade atuar com diligência, evitando situação de risco, que comprometa a garantia e a proteção de bens e valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

O crime traz para a vítima danos de ordem física, material, moral, social e psíquica. Deve o Estado responder patrimonialmente por esses danos, concorrentemente com o infrator quando, na situação, verificar-se que, sendo possível a intervenção estatal, esta não ocorreu, ocorreu tardiamente ou de forma ineficiente. Há na hipótese a falha na proteção ao administrado, constituindo esta, concausa do evento lesivo, pelo que deve o Estado ser responsabilizado. Estabelece-se uma relação obrigacional entre o Poder Público e o administrado lesado, em razão da anormalidade do serviço que, como atividade própria da Administração Pública, deve ser realizada de forma equitativa, contínua, evolutiva e eficaz.

A responsabilidade estatal, por determinação constitucional, é objetiva (Art. 37, §6º, CF/88). Configura-se com o estabelecimento do vínculo etiológico entre o comportamento da Administração Pública e o dano a que se sujeitou o particular. O fundamento é a igualdade de todos diante dos encargos públicos. Exime-se o Estado de responder, quebrando-se o vínculo causal, quando demonstrado que o comportamento da vítima deu causa ao evento ou criou condições para que este ocorresse e, ainda, quando na situação não era possível aos órgãos estatais atuarem na proteção e garantia da segurança do ofendido.

A responsabilidade do Estado constitui-se em um instituto restaurador do Direito, que busca a tutela dos interesses dos administrados, juridicamente protegidos, recompondo o equilíbrio rompido pela inadequada atuação estatal e que encontra fundamento maior em um princípio de justiça social e nos postulados do Estado de Direito.

ABSTRACT

The State is hold responsible for damages caused to victims of crimes when the offence results from a poor public safety service provided to the community, summed up to the criminal's behavior.

Safety is understood as the individuals' right to be protected and supported by the State so that these individuals are able to enjoy their civil rights fully. In a public scale, safety is supposed to reflect an anti-criminal state, peaceful and sociable living, preserving public order and keeping people's assets and well-being unharmed.

According to the National Constitution, article 144, public safety is a duty of the state and everyone's responsibility. As its duty, it is a state obligation to assure this right to individuals, as it is to the members of the community to act with caution, avoiding situations which might put at risk the assets and values under the state protection.

Crime causes physical, material, moral, social and psychological disorders to its victims. The State must, as much as the criminal, be hold responsible for such damages when there is evidence that the State was negligent in providing proper care or did not provide care at all in a specific situation. In such hypothesis the State failed to protect the individual, i.e., the State became a contributory factor to the crime and must be hold responsible for it. A relationship of obligation between Government and Individual is then established since the service – that should be offered in a fair, continuous and efficient manner - was not properly provided for.

Under the Constitution, the responsibility held by the state is clear (article 37, paragraph 6, Federal Constitution of 1988). It is based on the causal connection established between the Public Administration behavior and the damage suffered by the individual. The principle is that everyone is equal before public authorities. The State is exempt from its obligations when it the victim's behavior was the cause or a facilitator to the offence, and when the State was not in position to act as guardian to the individual, therefore breaking the causal bond.

The responsibility the State bears must be a re-establisher of Rights caring for interests of legally protected individuals', restoring the balance ended by improper state action. Its principles are held by the State of Right.

RÉSUMÉ

La responsabilité de l'État par les dommages aux victimes de crimes est vérifiée dans les hypothèses sur lesquelles tombent comme cause de l'événement lésionnaire, concouramment à la manière d'agir de l'infracteur, l'anormalité du service public de prestation de sécurité aux administrés.

La sécurité constitue du droit des individus par lequel leur est assurée de la protection et de l'appui, leur permettant de jouir de leurs autres droits. Étendue à la sphère publique on présuppose la garantie d'un état antidélictueux et de convivialité sociale pacifique, avec la préservation et la maintenance de l'ordre public et l'intégrité des individus et de leurs patrimoines.

Selon la Constitution Nationale à l'article 144, la sécurité publique est un devoir de l'État et la responsabilité de tous. Il appartient à l'État l'obligation d'agir effectivement pour assurer ce droit, dans l'accomplissement de son devoir et, aux membres de la collectivité agir promptement, en évitant de la situation de risque, qui puisse compromettre la garantie et la protection de biens et de valeurs protégés par l'ordre juridique.

Le crime porte à sa victime des atteintes d'ordre physique, matérielle, morale, sociale et psychique. Doit l'état répondre patrimoniallement de ces atteintes-ci, concouramment à l'infracteur, quand, dans la situation, se vérifie que si c'est possible l'intervention de l'État et celle-ci n'est pas arrivée, est arrivée tardivement ou de façon inefficace. Il y a sur l'hypothèse la faute à la protection de l'administré, constituant celle-ci de la cause concourante de l'événement lésionnaire, et à cause de cela l'État doit être responsabilisé. On établit une relation d'obligation entre le Pouvoir Public et l'administré lésé, en raison de l'anormalité du service que, comme activité propre de l'Administration Publique, doit être réalisée de façon équitable, continue, évolutive et efficace.

La responsabilité de l'État, par détermination constitutionnelle, est objective (Art. 37, §6^e, CF/88). Celle-ci arrive avec l'établissement du lien étiologique entre le comportement de l'Administration Publique et l'atteinte à qui s'est soumis le citoyen. Le fondement est l'égalité de tous devant les charges publiques.

On exempté l'État de répondre, en rompant le lien causal, quand on démontre que le comportement de la victime a donné de la cause à l'événement ou a créé des conditions pour que celui-ci arrive et, encore, quand dans la situation il n'était pas possible aux organes de l'État agir pour protéger et garantir la sécurité de l'offensé.

La responsabilité de l'État se constitue une institution restauratrice du Droit que cherche la tutelle des intérêts des administrés, juridiquement protégés, en recomposant l'équilibre rompu par l'inadéquation de l'État et qui trouve du fondement majeur dans le postulat de l'État de Droit.

INTRODUÇÃO

O tema *Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes* integra a categoria ampla do instituto da responsabilidade pública, informada por princípios de Direito Público e que consiste na imputação ao ente estatal da obrigação de responder pelos danos causados aos administrados, em razão de suas atividades. Constitui-se em instituto restaurador do Direito, destinado a recompor o equilíbrio rompido com a ocorrência de prejuízos anormais e especiais, fundamentado pelos postulados de equidade e justiça social.

Como desdobramento da categoria geral, a responsabilidade do Estado em relação aos crimes verifica-se nas hipóteses em que incide como causa do evento lesivo, concorrentemente com a conduta do infrator, a anormalidade do serviço público de prestação de segurança aos administrados.

Esta modalidade de responsabilidade não tem recebido o devido acolhimento jurídico, sendo pouco referida pelos doutrinadores e, em geral, rejeitada pelos tribunais, prevalecendo, na matéria, concepções que não se adequam à condição de Estado de Direito, vigente na atualidade. Dada a sua importância no contexto social, necessário se faz o seu tratamento com bases jurídicas mais adequadas, aliadas às garantias definidas da vítima de crime como sujeito de direitos e do reconhecimento do ente público estatal como sujeito responsável, que cria o direito e a ele se submete.

O crime e os altos índices de criminalidade têm-se constituído em um dos problemas sociais mais preocupantes dos nossos dias, requerendo a atenção das autoridades públicas e das disciplinas científicas, na busca de soluções que levem ao seu controle e minimizem os seus efeitos. O Estado, nesse processo, não pode ser isentado de sua responsabilidade.

Constitui a segurança, um direito dos indivíduos, pelo qual lhes é assegurado proteção e amparo, permitindo-lhes desfrutar de seus demais direitos. Estendida ao âmbito público, pressupõe a garantia de um estado anti-delitual e de convivência social pacífica, com a preservação e a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas e dos seus patrimônios.

Segundo estabelece a Constituição Nacional, em seu art. 144, a segurança pública é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”. Constitui-se, assim, a segurança

pública em tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, consolidado na Carta Magna, voltado para a superação das desigualdades sociais e regionais e instauração de um regime democrático que realize a justiça social.

O crime afeta diretamente a incolumidade e o patrimônio das pessoas e coloca em risco a ordem pública e a paz social. A sua prevenção e repressão constituem função do Estado, que tem, por expressa disposição constitucional, o dever de preservar e restabelecer a convivência social pacífica, proporcionando a todas condições de vida harmônica em sociedade, assegurando os direitos e a defesa de interesses legítimos.

Para dar efetividade ao texto constitucional, deve o Estado, através de seus órgãos e agentes, exercer uma atividade de vigilância, prevenindo e reprimindo condutas delituosas, além da formulação de políticas criminais que permitam o tratamento adequado do crime, do criminoso e da vítima.

Embora o crime seja inerente à própria vida em sociedade, a sua ocorrência, além de limites toleráveis, revela, na maioria dos casos, a inoperância do Estado, a deficiência de políticas sociais, econômicas e criminais e o descaso no tratamento de questão extremamente relevante para a sociedade, negligenciada com a adoção de medidas que, concretamente, pouco contribuem para a solução do grave problema da violência social e que transforma a todos em vítimas potenciais.

O alto índice de criminalidade, marco da realidade atual, extrapola os limites aceitáveis, próprios do regular funcionamento de toda a ordem social. Há muito, o crime excedeu a sua condição de elemento integrador e inovador da sociedade, função destacada na concepção sociológica do delito da Teoria Criminológica da Anomia de Durkheim, constituindo-se, na atualidade, fator de isolamento e risco de desestruturação da sociedade institucionalizada.

A busca de solução para esse grave problema tem-se limitado, na maioria das vezes, à promulgação de leis que criam tipos penais novos, agravam penas e restringem as garantias e benefícios processuais dos acusados e condenados, medidas absolutamente divorciadas dos caminhos apontados pelas Ciências Criminais.

Falha o Estado na sua função de proporcionar segurança aos administrados e à sociedade em geral, omitindo-se ou agindo inadequadamente. Descuida da tutela dos direitos dos cidadãos, que pagam impostos e têm limitada a sua liberdade e os seus demais direitos em benefício da coletividade.

Agindo dessa forma, tem ele responsabilidade. Deve, em consequência, responder pelos danos decorrentes da não prestação da adequada tutela a que se propõe, razão mesma da sua existência.

A concepção do Estado responsável predomina, hoje, na maioria dos sistemas jurídicos, tendo atingido, no ordenamento nacional, a condição de garantia constitucional, com o estabelecimento da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos, respondendo pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro (Art. 37, par. 6º, CF).

Embora assente a responsabilização estatal no âmbito da Administração Pública, independente da condição do prejudicado, a vítima de crime permanece desatendida pelo sistema, não recebendo o devido tratamento e a adequada proteção legal. Inúmeras são as dificuldades para o exercício da pretensão de ressarcimento dos danos sofridos com a conduta delituosa e com a incúria do Estado.

O interesse da vítima concreta do delito sucumbe ante o interesse público, centrado na busca da restauração da ordem pública com a aplicação da lei penal.

Vigora no sistema penal a concepção clássica de delito, como a violação da lei do Estado, desconsiderando-se que a atividade criminosa afeta tanto o interesse público, quanto o privado.

Além deste aspecto, há que se destacar ainda, que através dos anos, as Ciências Penais e as Políticas Criminais vêm centrando os seus esforços no estudo do delinqüente e na busca de um sistema que preserve seus direitos e a sua dignidade, criando modelos alternativos de pena e desenvolvendo fórmulas para a sua recuperação e reinserção na sociedade.

A vítima de crime, ao contrário, tem sido negligenciada pelos especialistas na matéria e abandonada à sua própria sorte, compelida a sujeitar-se às consequências danosas dos delitos, suportando seus efeitos físicos, morais, psíquicos, econômicos e sociais, além da insensibilidade do sistema legal e da indiferença da comunidade e do Poder Público.

No sistema penal, tem sido a vítima relegada a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual, sem outro papel senão o de mero declarante, em um processo judicial que visa a apuração da responsabilidade penal do infrator para a sua punição, recompondo o interesse público lesado com a infração penal.

Esta neutralização, conforme apontam os especialistas, resulta da própria origem do processo legal moderno que objetiva a solução institucionalizada dos conflitos, despersonalizando a rivalidade entre as partes e convertendo a vítima real e concreta do drama criminal em mera abstração.

Definida, juridicamente, como sendo o sujeito passivo principal ou secundário da infração penal e que se submete, em virtude desta, a um dano, a vítima de crime é um sujeito dotado concretamente de direitos.

O reconhecimento desta condição deu-se com o aparecimento, após a II Guerra Mundial, da Vitimologia, ciência interdisciplinar que tem por objeto o estudo da vitimização, seus controles, suas conseqüências e seus remédios e que propiciou, nos últimos anos, um processo de revisão do papel da vítima, no fenômeno delitivo.

O redescobrimto da vítima de crime, inserido no movimento internacional de direitos humanos do pós-guerra, iniciou uma nova fase para esse sujeito de direitos, verificando-se no Direito Penal a tendência manifesta da adoção de medidas de proteção aos seus interesses, voltadas para a reparação dos danos, alicerçadas na concepção de que os conflitos devem ser resolvidos pelas partes neles envolvidas, integrando a vítima ao sistema penal com o acolhimento de suas pretensões. Têm sido adotados, para infrações de menor potencial ofensivo, modelos informais de composição e conciliação, restringindo-se o papel do Estado, até então, sujeito lesado principal, priorizando o interesse particular na solução do conflito de interesses, instaurado com a prática da infração penal. Há tendência, ainda, na adoção da reparação dos danos às vítimas como modalidade de pena.

Efetiva-se o reconhecimento de que o crime lesa, tanto o interesse público, quanto o interesse privado e o restabelecimento da ordem jurídica só concretiza com a ampla tutela de ambos os interesses: o da sociedade, com a aplicação da sanção penal e o do particular prejudicado, com o atendimento das expectativas geradas pelos prejuízos a que se submeteu.

Se a concepção da dupla lesão provocada pelo crime, ofendendo interesses diversos, é relativamente recente na história da humanidade, a reparação dos danos às vítimas de crimes, ao contrário, está presente desde época remota, aparecendo em antigas legislações, como o Código de Hamurabi (1930 a.C.) e a Lei das XII Tábuas. Surgiu como forma de restringir a vingança privada, representando um substitutivo para a sanção penal.

A preocupação com a vítima, constante nos primórdios da humanidade, foi abandonada por um longo período de tempo, ressurgindo recentemente em movimentos que buscam a sua revalorização e propõem a instituição de sistemas legais que prevejam mecanismos asseguratórios de sua efetiva reparação. Alternou-se o *status* da vítima, ao longo da história, do protagonismo para a neutralização e, atualmente, para o seu redescobrimto.

Com o seu redescobrimto, muito se tem feito na busca de sua efetiva proteção. Tenta-se, hoje, reverter uma situação de quase completo abandono, dando à vítima a condição adequada de figurar no complexo do crime como um sujeito de direitos. Alerta-se para a

insuficiência de um direito penal voltado tão somente para a repressão dos delitos, desinteressado das necessidades que afetam às vítimas, apontando a carência de mecanismos dirigidos ao asseguramento da satisfação dos interesses dos sujeitos passivos dos crimes, os quais, em sua grande maioria, devido à falta de condições econômicas daqueles, juridicamente declarados responsáveis pelos delitos, não experimentam nenhuma mudança na sua situação, quando não resultam prejudicados pela própria intervenção penal.

Deve-se observar que, embora a adequada assistência à vítima requeira um amplo atendimento, abarcando os múltiplos efeitos do crime, para o tratamento do tema proposto, é de interesse apenas o aspecto material: o ressarcimento dos danos patrimoniais e morais decorrentes da conduta delituosa.

Refere-se essa assistência à compensação dos prejuízos sofridos e ao atendimento das necessidades econômicas da vítima, derivadas do crime. Há, neste âmbito, medidas assistenciais e medidas obrigacionais. Reconhece-se o direito social das vítimas e de seus dependentes carentes de serem assistidos pelo Estado, como um direito subjetivo fundamental, concretizado em prestações positivas, devidas às pessoas ou classes de pessoas menos favorecidas, mais fracas ou vulneráveis.

Quanto às medidas obrigacionais, cabe ao sistema jurídico reconhecer e assegurar o direito à compensação dos danos sofridos pelo ofendido com o crime, garantindo o integral ressarcimento dos prejuízos materiais e morais decorrentes do crime. Neste aspecto, é importante ressaltar que a grande maioria dos ordenamentos jurídicos prevê a reparação dos danos, a cargo do infrator, como efeito secundário da pena ou reconhecida em ação própria, independente da ação penal ou vinculada a ela.

O grave problema da lesão aos direitos do indivíduo, provocada pelo o delito, não se soluciona, contudo, com a previsão legal da obrigação do infrator de reparar os danos, já que, na maioria dos casos, o seu autor é insolvente ou desconhecido e, mesmo quando identificado, a vítima encontra sérios obstáculos para o exercício da sua justa pretensão nas vias judiciais.

A matéria requer, assim, a sua reavaliação, com a redefinição da relação jurídica obrigacional que se forma quando da ocorrência do delito, como imperativo de justiça social.

O crime impõe ao Estado, além do dever de assistir às vítimas necessitadas e aos seus dependentes carentes, a obrigação de responder pelos prejuízos a que se submeteram, nas situações em que se evidenciar a omissão ou ineficiência do serviço público.

O Estado, pessoa jurídica pública, com funções definidas e finalidades próprias, possui direitos e sujeita-se a obrigações. No exercício de suas atividades, voltadas para o

atendimento das necessidades do indivíduo e da coletividade, visando o bem comum, submete-se às normas legais vigentes e tem responsabilidade, devendo responder pelas conseqüências de sua atuação, recompondo os agravos patrimoniais e morais provenientes de sua ação ou omissão lesiva.

Com o objetivo de estabelecer os fundamentos para o reconhecimento efetivo dessa obrigação estatal, o presente trabalho analisará, inicialmente, o Estado, ente jurídico público, verificando sua origem, justificção, elementos, finalidade e funções, para o tratamento, em particular, da sua função administrativa, enfocando especialmente a atividade de polícia e a segurança pública.

Ainda como pressupostos do tema central deste trabalho, desenvolvido no último capítulo, proceder-se-á à análise do instituto da responsabilidade jurídica estatal, suas teorias e fundamentos que a informam, além da análise da vítima de crime, abordando sua concepção na atualidade, sua condição de sujeito de direitos, a evolução no seu tratamento ao longo da história, o seu papel no processo penal e os modelos de tutela de seus interesses.

A matéria será tratada sob os aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial, enfocando o direito comparado, com especial atenção ao direito brasileiro, prisma fundamental deste trabalho, que visa a análise da atuação do Estado na proteção das vítimas de crime, sob o aspecto da indenização dos danos sofridos.

O tema é de grande relevância jurídica e social, constituindo a tutela dos interesses desses sujeitos de direitos, imperativo de uma sociedade justa e solidária, exigência dos postulados do Estado Social e Democrático de Direito.

CAPÍTULO I

O ESTADO E A SEGURANÇA PÚBLICA

1. Noções sobre o Estado

O desenvolvimento do tema proposto requer a análise de alguns aspectos do ente público *Estado*, visto ser ele, na discussão a ser realizada, o sujeito principal da relação jurídica que se pretende estabelecer quando há a ocorrência da infração penal.

Sem a pretensão de esgotamento da matéria, necessário se faz esta abordagem, analisando a origem do Estado, sua justificação, conceito, elementos, fim e funções, para se chegar à questão da atividade administrativa estatal e, em especial, da segurança pública, estabelecendo as bases para o desenvolvimento da tese que se pretende defender.

1. 1. Origem do Estado

O Estado, tal qual se apresenta contemporaneamente, ente dotado de personalidade jurídica, com elementos definidos na sua constituição e caracterizado como prestador de serviços, voltado para a manutenção dos direitos individuais e do desenvolvimento do interesse comum, constitui estágio atual da organização político-jurídica da sociedade, em um processo de evolução que vem se desenvolvendo desde a origem remota da humanidade.

A própria denominação *Estado*, com o sentido que lhe é atribuído em nossos dias, é relativamente nova. Os gregos utilizaram-se da expressão *polis* e os romanos empregaram as palavras *civitas* e *respublicae*.

Alguns autores, atribuem a origem da palavra *Estado* à expressão latina *status*, com o seu significado de *estar firme*. Embora tal expressão tenha por base a idéia de *situação* ou *condição*, conforme Fernando Facury Scaff, é possível visualizar-se aí, a origem do termo, já que os romanos utilizavam-se da expressão *status reipublicae* para significar a coisa pública, os negócios do Estado e, em razão do desuso da segunda expressão pelos medievais, o termo *status* passou a designar unicamente o Estado¹.

¹ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 1.

Dalmo de Abreu Dallari, partindo da consideração de que a expressão *Estado* deriva do latim *status*, destaca que o seu uso, com o significado de situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, deu-se pela primeira vez na obra *O Príncipe*, de Maquiavel, datada de 1513. Foi, portanto, a partir do século XVI que se deu o aparecimento da expressão *Estado*, indicando uma sociedade política, dotada de certas características bem definidas.

A maioria dos autores, contudo, considera que a sociedade que hoje denomina-se *Estado* é, em essência, igual à que existiu anteriormente a esse marco temporal, ainda que com nomes diversos e atribuem esta designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram regras de convivência para os seus membros².

Em relação à origem do Estado, Dalmo de Abreu Dallari, com propriedade, afirma ser necessário para o seu estudo, a análise de duas questões: a época do seu aparecimento e os motivos determinantes do seu surgimento³.

A questão inicial, relativa à época do aparecimento do Estado, tema ligado à origem da denominação dada a ele, embora sejam muitas as teorias explicativas existentes, é possível sintetizá-las em três posições fundamentais.

A primeira delas considera que o Estado sempre existiu, assim como a sociedade, surgindo ambos concomitantemente, de tal forma que seria inconcebível a existência de uma sociedade sem Estado. Neste sentido, as posições de Eduard Meyer e Wilhelm Koppers, que entendem o Estado como “o princípio organizador e unificador de toda a organização da humanidade”⁴.

Para a segunda corrente, de grande aceitação entre os especialistas na matéria, o Estado é fruto da sociedade, surgindo em diferentes épocas e em diferentes lugares, de acordo com as condições concretas de cada um. Por razões diversas, mas essencialmente em função de conflitos de interesses dentro do grupo social, o chefe primitivo, que dispunha de prestígio e desempenhava um papel de liderança, transformou-se em chefe político, em caráter permanente e com autoridade para manter a ordem interna e fixar diretrizes. O Estado seria, assim, resultante da evolução natural da sociedade, constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p.45.

³ Ibidem.

⁴ Ibidem, p. 46.

sociais, marcado por traços como a necessidade de domínio ou poder, próprio da personalidade humana⁵, ou subordinado a causas econômicas e culturais⁶.

A terceira corrente só admite a existência do Estado quando este passa a apresentar determinadas características, as quais despontam na transição do Feudalismo e do Absolutismo para o denominado Estado Moderno. Karl Schmidt, partidário desta tese, considera a soberania como traço distintivo, que marca a origem estatal, o que teria ocorrido no século XVII e, Balladore Pallieri, advogando o mesmo entendimento, aponta com precisão o ano de 1648, como marco para o surgimento do Estado, ano em que foram assinados os tratados territoriais de Munster e Onsbruck, denominados *Paz de Westfália*⁷.

Quanto aos motivos determinantes do surgimento do Estado, deve-se considerar, em razão das divergências doutrinárias, a sua formação originária e derivada. A primeira, refere-se ao aparecimento inicial do Estado como forma de organização social, entendendo o Estado a partir de agrupamentos humanos originários, de formação natural ou contratual, pela vontade dos homens. O Estado teria surgido da evolução da família (origem familiar ou patriarcal), ou da sujeição do grupo social mais fraco ao mais forte, numa relação de dominação, ou, ainda, por motivos econômicos, para um melhor aproveitamento dos recursos do grupo, ou, finalmente, como consequência do desenvolvimento interno da sociedade que, pelo grau de complexidade alcançado, passaram a ter necessidade absoluta do Estado.

Pela forma derivada, os Estados novos teriam se formado a partir de outros preexistentes, pelo fracionamento, com o desmembramento de um Estado já existente, ou pela união, ocorrendo a integração de um Estado a outro⁸.

⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. p.119-20.

⁶ CARVALHO JUNIOR, Clóvis de. *As origens do Estado*. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 1988. Tese (Livre Docência), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 1988. p. 38.

⁷ DALLARI, op. cit., p. 46-47, nota 2.

⁸ DALLARI, op. cit., p. 50, nota 2.

1. 2. Justificação do Estado

A análise dos motivos determinantes ou das causas justificadoras da origem do Estado tem relevância para o tema desse trabalho, tendo em vista que o elemento *segurança*, a ser focado como um dos aspectos que fundamentam a tese a ser defendida, aparece sempre, explícita ou implicitamente, nas teorias formuladas pelos especialistas na matéria.

A doutrina da justificação do Estado é exposta, com grande acuidade, pelo mestre germânico Jellinek, em sua obra *Teoria Geral do Estado*, destacando que o problema da justificação do Estado não consiste em esclarecer sua origem histórica, mas em questionar os motivos racionais em favor da sua existência⁹.

Neste sentido, analisando as várias teorias que buscam definir a origem do Estado, afirma este tratadista que as concepções teológica-religiosas da sua origem, atribuindo a ele um poder advindo de Deus, não apresentam nenhum valor de caráter político. Podem elas apenas explicar as causas remotas do poder, servindo as doutrinas do direito divino como justificativa para o poder real, como fundamento para combatê-lo ou limitá-lo.

A teoria da força, que tem por essência a concepção do Estado como o domínio dos fortes sobre os mais fracos, relação fundada numa tendência da natureza, determina a submissão do indivíduo ao poder estatal por ser um poder natural, do qual não é possível evadir-se. Para Jellinek, esta teoria desconsidera que o poder de dominação é, predominantemente, de natureza psicológica e não física, faltando a ela motivos éticos, justificadores da existência do Estado. Considerando o Estado originário de atos de violência, a teoria da força não o justifica, não o fundamenta, mas sim o destrói, preparando caminho para a revolução permanente.

As teorias que fundamentam a origem do Estado em um princípio de ordem jurídica, que o precede e lhe é superior e do qual ele deriva, compõem-se, segundo Jellinek, das teorias patriarcal, patrimonial e contratual, sendo esta última a mais importante pela influência exercida na construção do Estado moderno. Todas estas teorias, contudo, apresentam o grave erro da adoção de uma falsa concepção do Direito, partindo sempre de um direito que existe sem organização social.

⁹ JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1973. p. 137.

As doutrinas da origem familiar - teoria patriarcal, considerando que o Estado procede da família, significando uma ampliação dela, não têm apoio científico. A teoria patrimonial, inspirada no regime feudal, fundamenta a formação do Estado na proteção da propriedade e considera que o reconhecimento do Estado advem do poder da propriedade. Sujeita-se, contudo, a críticas severas, por estabelecer uma ordem de propriedade pré-estatista, sem o esclarecimento de onde procede o direito do proprietário que cria a ordem jurídica e, ainda, a existência de uma ordem jurídica na qual o elemento territorial aparece como fundamental no Estado, colocando o homem em um plano secundário¹⁰.

As teorias contratualistas, por sua vez, considerando o contrato como o fundamento jurídico do Estado, são divorciadas da realidade histórica. Têm, contudo, grande importância por fornecer um esquema lógico de interpretação do Estado, fundamentando a limitação do poder (Locke, Montesquieu, Kant) e o princípio democrático (Rousseau), bases para os princípios constitucionais dos Estados modernos¹¹.

Dentre aqueles que buscaram a origem estatal na ação consensual dos homens, Thomas Hobbes, personificador do Estado todo-poderoso na sua obra *Leviatã*, afirma ser o Estado resultante de um pacto voluntário de seus súditos, pelo qual concederam ao governo a totalidade de seus direitos, submetendo-se a ele em benefício da paz social. Na busca da autopreservação, vencendo o estado natural de ferocidade, no qual havia guerra de todos contra todos, os homens teriam se associado, instituindo, por ato voluntário, um poder capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das agressões recíprocas, garantindo-lhes a segurança necessária para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, pudessem alimentar-se e viver satisfeitos. Para Hobbes, o Estado constitui-se em meio para assegurar a continuidade do gênero humano, tendo como lei suprema o bem do povo¹².

John Locke, grande influenciador do pensamento ocidental, cujas teses serviram de base para as democracias liberais, em sua obra *Dois Tratados sobre o Governo Civil* defende a idéia de que a sociedade política foi criada pelo homem através de um contrato, celebrado não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres. Considera que o homem, vivendo no estado natural em perfeita liberdade e

¹⁰ JELLINEK, op. cit., p.149, nota 9.

¹¹ Ibidem, p.149-161.

¹² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 105.

igualdade, estaria exposto a inconvenientes, principalmente em razão da sua inclinação no sentido de beneficiar-se a si próprio ou a seus amigos, ameaçando, em consequência, o gozo da propriedade e a conservação da liberdade. O pacto social, implicando no abandono do estado natural, evitaria a concretização dessas ameaças. Não criaria ele, contudo, nenhum direito novo que viesse a ser acrescentado aos direitos naturais. Seria apenas um acordo entre indivíduos, reunidos para empregar a sua força coletiva na execução das leis naturais, renunciando a executá-las individualmente. O objetivo do pacto seria a preservação da vida, da liberdade e da propriedade, bem como a repressão à violação desses direitos naturais. Opondo-se às idéias de Hobbes, Locke acredita que não há, no pacto, a renúncia pelos homens de seus direitos naturais em favor do poder dos governantes¹³.

Jean-Jacques Rousseau, marco revolucionário dentro da história da cultura, principal figura da teoria contratualista, afirma ser o Estado produto de convenção, resultante da vontade da maioria dos indivíduos. Para ele não há governo de direito divino. O governo é instituído para a promoção do bem comum e não pode ser tolerado se é injusto, podendo o povo rescindir o contrato quando não fossem atendidos os anseios populares e o governo deixasse de ser expressão da vontade geral.

Em sua obra *O Contrato Social*, Rousseau assevera que o homem, em seu estado de natureza, deu-se conta da sua existência e cuidando de sua conservação passou a conviver em grupo. Nestes, embora propiciassem o seu desenvolvimento, havia conflitos e vinganças violentas. Buscando proteção da sua pessoa e de seus bens, os homens uniram-se com os demais, em um pacto fictício, criando o Estado para tutelá-los. A legitimação deste pacto advem da condição de que a entrega à Pátria de cada cidadão, o garante contra toda dependência pessoal.

Na sua luta de afirmação da liberdade como direito inalienável e exigência essencial da própria natureza espiritual do homem, já que todos, segundo ele, nascem livres, Rousseau procurou encontrar uma forma de associação na qual cada um unindo-se a todos obedecesse, porém, apenas a si mesmo, permanecendo livre como antes de estabelecer o contrato, uma forma de associação que respeitasse essa mesma liberdade que lhe dá origem¹⁴.

¹³ MARTINS, Carlos E., MONTEIRO, J. P. Locke, vida e obra. In: *Os pensadores - Locke*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 16-17.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 19-24.

Dentre as doutrinas que pretenderam estabelecer justificação para o Estado, conforme destaca Pedro Vidal Neto, a de maior aceitação é a da formação natural. “O Estado surge num certo momento da evolução social, quando as sociedades adquirem maior complexidade e torna-se necessário instituí-lo”¹⁵. Embora não haja, em relação às teorias da formação natural ou espontânea do Estado, coincidência quanto à causa, tem-se em comum a afirmação de que o Estado formou-se naturalmente e não por ato voluntário. Nestas doutrinas, refletem-se as idéias de Platão e Aristóteles. Ambos os pensadores desenvolveram suas teorias sem referência à formação consensual do Estado, entendendo-o como uma criação da natureza.

O filósofo Platão, em sua obra *A República*, afirma ser a cidade-estado uma decorrência das necessidades humanas, por não serem os homens auto-suficientes. O poder tem uma função social e a organização da cidade apoia-se numa divisão racional do trabalho, buscando atender às necessidades dos homens. O Estado teria se formado para o aproveitamento dos benefícios da divisão do trabalho entre as diferentes classes de pessoas, cumprindo todas as suas próprias funções, consistentes na produção, defesa e administração interna, visando a felicidade a ser alcançada por todos, indistintamente¹⁶.

Observa-se, contudo, que há autores que defendem o entendimento de que a formulação justificadora da origem estatal de Platão tem em seu cerne a motivação econômica, incluindo sua teoria dentre aquelas não-contratuais, de natureza patrimonial ou econômica¹⁷.

Aristóteles, discípulo de Platão, considerado o maior dentre todos os filósofos, descrevendo o homem como um animal naturalmente político, destinado a viver em sociedade, atribui a origem do Estado a uma criação da natureza, resultado da associação de aldeias, constituídas por famílias, como forma de suprir as necessidades diárias dos homens. Essa comunidade nasce para assegurar o viver e, formada, é capaz de assegurar o viver bem. Sua finalidade é a busca da felicidade humana, possibilitando a completa realização de todas as capacidades do homem¹⁸.

Nas diferentes concepções da formação natural do Estado, admite-se, contudo, não ter havido uniformidade histórica, interferindo nesse processo diferentes fatores,

¹⁵ VIDAL NETO, Pedro. *O Estado e os direitos sociais*. São Paulo: Faculdade de Direito, 1978. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1978. p. 60-61.

¹⁶ Platão, vida e obra. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 23.

¹⁷ DALLARI, op.cit., p. 48-49, nota 2.

¹⁸ ARISTÓTELES. Política. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. In: *Os pensadores*. Aristóteles. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 145-146.

isolada ou concomitantemente. Conforme destaca Dalmo de Abreu Dallari, ao fator inicial deve-se, ainda, adicionar novos fatores que interferem na vida social, dentre eles a própria liberdade humana e os determinismos sociais, de tal forma que a situação inicial é, inevitavelmente, modificada¹⁹.

Ainda na linha das teorias da origem natural ou espontânea do Estado, há que se falar na doutrina formulada por Engels e pelo marxismo, inseridas na teoria patrimonial, fundamentando a criação do Estado na proteção da propriedade, por motivos econômicos. Para Engels, o Estado é um produto da sociedade, ao atingir determinado grau de desenvolvimento. Decorrência da evolução natural da sociedade, aliada à vontade de domínio ou de poder, inerente à personalidade humana, o Estado tem por finalidade a consagração da propriedade privada, a proteção das riquezas adquiridas e da forma de sua acumulação²⁰.

Engels²¹ e as doutrinas marxista, ao contrário das outras formulações apresentadas, pretendem a condenação do Estado, considerando-o como uma instituição que perpetua a divisão da sociedade em classes, o direito da classe possuidora explorar a não-possuidora, e o domínio da primeira sobre a segunda. Negando justificção para sua existência, postulam sua extinção, tendo em vista sua não existência nos primeiros tempos da sociedade humana e sua criação dirigir-se à satisfação de apenas uma pequena minoria.

A despeito dessas teorias terem significativa importância para a evolução do Estado, enfatizando a relevância dos interesses coletivos em detrimento do interesse do capital, o Estado se justifica, sendo necessário para a realização de determinados fins. Neste sentido, afirma Jellinek que o “Estado, nas formas concretas de sua existência histórica não será justificado senão pelas finalidades cumpridas”, reclamando a doutrina da justificção do Estado, o complemento da doutrina dos fins do Estado²².

Como entidade criada pelo homem para dirigir a vida da coletividade, o Estado tem seu gérmen na idéia de restrição disciplinadora do comportamento humano em benefício do interesse geral. Uma restrição à liberdade integral que o homem possuía na sua origem, em favor de um comando coordenador para a coletividade, como forma de obter uma coexistência pacífica em comunidade, como meio de se obter melhores

¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 69.

²⁰ ENGELS, op.cit., p. 102 e 160, nota 5.

²¹ DALLARI, op.cit., p. 49, nota 2.

²² JELLINEK, op.cit., p. 170, nota 9.

condições de sobrevivência, como garantia de proteção e segurança dos seus administrados.

Justifica-se a existência do Estado para a satisfação da necessidade de segurança que os indivíduos têm, condição superior para que eles possam desenvolver-se integralmente, propiciando, em conseqüência, o progresso da sociedade.

1. 3. Conceito de Estado

Dada a heterogeneidade do Estado, produto de realidades de natureza distintas, apresenta ele grande dificuldade na sua conceituação. Como fenômeno complexo, pode ser considerado sob diferentes pontos de vista.

Afirma Dalmo de Abreu Dallari²³ que a complexidade e a variedade de formas do ente estatal determinam a existência de uma multiplicidade de conceitos. Desenvolvidos segundo o elemento considerado primordial pelo observador, numa perspectiva que envolve sempre um *quantum* de subjetividade, verifica-se, ainda, a impossibilidade de um conceito que satisfaça a todas as correntes doutrinárias.

Nesta grande variedade de conceitos, observa o autor a existência de duas orientações fundamentais: ou a ênfase recai sobre a noção de força ou sobre sua natureza jurídica, tomando-se como ponto de partida a noção de ordem.

Na primeira, cujos conceitos são considerados políticos, o Estado é visto, essencialmente, como força que se põe a si própria e que, por suas próprias virtudes, busca a disciplina jurídica. Duguit adota esta orientação conceituando Estado como uma força material irresistível, limitada e regulada atualmente pelo direito.

Para a segunda, enfocando a noção jurídica de Estado, orientação surgida na Alemanha, no século XIX, este é conceituado como pessoa jurídica, estando o seu funcionamento subordinado às regras jurídicas. Neste sentido, os conceitos de Hans Kelsen, que considera o Estado como ordem coativa normativa da conduta humana²⁴, e

²³ DALLARI, op.cit., p. 101-104, nota 2.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 191.

de Jellinek, de que “o Estado é uma corporação formada por um povo, dotada de um poder de mando originário e assentada em um determinado território”²⁵.

Dallari conclui a sua análise, apresentando um conceito de Estado com base nos seus elementos, enfatizando o componente jurídico, sem afastar, contudo, os fatores não-jurídicos. Segundo ele, o Estado é a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”²⁶.

Celso Ribeiro Bastos, visando a conceituação do Estado, observa que este ente público é, ao mesmo tempo, fato social e fenômeno normativo, podendo ser estudado pela Sociologia e pelo Direito.

Sob o primeiro aspecto, o Estado é enfocado como agrupamento humano que se organiza sobre determinado território, destacando os elementos população e território. Em relação ao segundo, a ênfase recai sobre a organização normativa do Estado ou mesmo sobre a força ou poder que impõe a obrigatoriedade desse direito, destacando os “pré-requisitos ou as condições que tornam possível o funcionamento de uma ordem juridicamente soberana na qual residirá a essência derradeira do Estado”²⁷.

Considerando a origem do Estado, a evolução por que passou e os elementos que o integram, Celso Ribeiro Bastos conclui que: “o Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente”²⁸.

Para Pinto Ferreira, o conceito de Estado deve ser determinado na sua expressão ideal e histórica a fim de se ter uma noção aproximada da sua essência ideológica. Segundo ele, o Estado é “ordem normativa-coativa da conduta humana, dotado de uma autonomia constitucional ampla ou restrita”²⁹.

Qualquer que seja o conceito adotado, há que se considerar que as concepções que identificam o Estado com apenas um de seus elementos não se coadunam com a realidade. Na sua definição, devem ser considerados todos os seus componentes, assim como seus diferentes aspectos.

²⁵ JELLINEK, op.cit., p. 135, nota 9.

²⁶ DALLARI, op.cit., p. 104, nota 2.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6-7.

²⁸ BASTOS, op. cit. p. 10, nota 27.

²⁹ FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria geral do Estado*. 3.ed. (revista, ampliada e atualizada). São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1. p. 165.

A ênfase recai geralmente no elemento *poder*, como pode-se observar nos conceitos apresentados. Embora o poder constitua o centro de gravidade do Estado, este não é, exclusivamente, poder. Deve-se considerar, ainda, que este poder não se identifica com a simples força material, podendo-se dizer que é a força qualificada pelo Direito. Ele se legitima na medida em que se conforma ao Direito. Deve ele ser exercido segundo o Direito, para a realização de um ideal de justiça.

1. 4. Elementos do Estado

Constituído de forma originária, partindo de agrupamentos humanos ainda não integrados a outras sociedades, ou de forma derivada, a partir de outros Estados preexistentes, quer pelo fracionamento, quer pela união, o Estado evoluiu, desde o Estado Antigo, fundamentalmente teocrático, até atingir o estágio atual de Estado Moderno, uma sociedade política e juridicamente organizada, com unidade territorial, dotada de poder soberano e formado por pessoas que se integram em função de um fim comum a ser atingido.

Contraopondo-se aos demais tipos de Estados, como o Antigo e o Medieval, o Estado Moderno é caracterizado, fundamentalmente, pelos conceitos de soberania, povo e território. São estes os elementos entendidos como essenciais ao Estado. Há doutrinadores, como Groppali, que acrescentam a estes elementos a finalidade, como razão e justificativa do Estado³⁰.

Dentre os elementos tidos por essenciais, povo e território são os elementos materiais porque ocupam lugar no espaço: ser humano e base física.

O terceiro elemento, a soberania, é formal, porque depende das formas ou leis do pensamento. Característica fundamental do Estado, base da idéia de Estado Moderno, a soberania tem conteúdo polêmico, tendo o seu conceito firmado-se no século XVI.

Em todas as teorias formuladas a seu respeito, a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder. É referida por alguns estudiosos como um poder do Estado e entendida por outros como qualidade do poder do Estado.

³⁰ DALLARI, op.cit., p. 63, nota 2.

Definida pela primeira vez por Jean Bodin³¹, em sua obra *Les six livres de la République*, a soberania era considerada como um poder absoluto e perpétuo, sem limitação e sem tempo certo de duração, características às quais foram acrescidas, posteriormente, a inalienabilidade, a indivisibilidade e a imprescritibilidade. Concebida em termos políticos, expressava a plena eficácia do Poder, como poder incontestável de querer coercitivo e de fixar competências.

Na atualidade, distanciando-se da sua origem histórica, é entendida como um poder limitado pela ordem jurídica, um poder que está disciplinado juridicamente quanto a sua aquisição, exercício e perda, que sujeita-se a restrição no uso arbitrário da força.

Em sua concepção jurídica, soberania é o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, ou seja, sobre a eficácia do Direito³².

Numa formulação mais abrangente, integrando os conceitos social, jurídico e político do poder, Miguel Reale conceitua soberania como “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”³³.

Verifica-se que, no Estado Moderno, a evolução da ordem jurídica levou a uma restrição, cada vez mais acentuada, da margem de atuação livre e incondicionada do poder estatal. Há, nos Estados, limitações constitucionais ao exercício do poder e os Estados Constitucionais só podem atuar nos limites das competências que lhes são conferidas pela Lei Maior.

Afirma Celso Ribeiro Bastos que a soberania constitui-se na atualidade como qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal e, neste sentido, mantém-se soberana, “porque embora exercida com limitações não foi igualada por nenhuma ordem de direito interna, nem superada por nenhuma outra externa”³⁴.

³¹ BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. 1583. Apud. DALLARI, op.cit., p. 67, nota 2.

³² DALLARI, op.cit., p. 70, nota 2.

³³ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 2.ed. São Paulo: Martins, 1960. p. 127.

³⁴ BASTOS, op.cit., p. 27, nota 27.

1. 5. Finalidade do Estado

Entendida por alguns teóricos, dentre eles Alexandre Groppali, como sendo um dos elementos essenciais do Estado Moderno, a finalidade do Estado tem fundamental importância no âmbito das atividades estatais, condicionando as funções a serem desempenhadas por ele, os direitos, os deveres e os limites da autoridade.

A teleologia estatal constituiu-se no centro de interesses da Teoria do Estado durante um longo período, principalmente na primeira metade do século XIX, quando se considerava que o conhecimento do Estado dependia da compreensão que se tivesse de seus fins. Alguns doutrinadores conferem a ela grande destaque, dentre eles o mestre germânico Jellinek, considerando-a como complemento necessário da doutrina da justificação do Estado.

Há aqueles, contudo, que entendem ser a doutrina dos fins do Estado destituída de significado, fugindo ao conteúdo normativista da sua teoria geral. Dentre eles Kelsen, para quem o Estado, como personificação da ordem jurídica, é meio para a realização de todos os fins sociais possíveis³⁵.

Outros autores, ainda, consideram o Estado como um fim em si mesmo, como a própria finalidade do homem, autorizando moralmente o Estado a servir-se do homem como instrumento da própria grandeza nacional³⁶.

Em seu trabalho monográfico intitulado *O Estado é meio e não fim*, Ataliba Nogueira analisa as teorias favoráveis e contrárias à teleologia estatal, concluindo que o Estado “não é o fim do homem; sua missão é ajudar o homem a conseguir o seu fim. É meio, visa à ordem externa para a prosperidade comum dos homens”³⁷.

Esta concepção, do Estado como um instrumento do progresso humano e não um fim em si mesmo, tem sido dominante no âmbito da filosofia política e social.

Para Dalmo de Abreu Dallari o conhecimento das finalidades é imprescindível para que se tenha uma idéia completa do Estado, havendo estreita relação entre os fins e as funções estatais. Ele sintetiza as várias teorias que buscam definir os fins do Estado, estabelecidos em inúmeras classificações, tais como fins objetivos ou subjetivos, fins expansivos, limitados ou relativos e, ainda, fins exclusivos ou concorrentes, concluindo

³⁵ KELSEN, op.cit., p. 191 e seguintes, nota 24.

³⁶ FERREIRA, op.cit., p. 197, nota 29.

³⁷ NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 155.

que todas as sociedades políticas têm um fim geral, “constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares”.

Este fim geral é o bem comum, conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana, tal como foi definido pelo Papa João XXIII, na Encíclica *Pacem in Terris*. Esse é o objetivo da sociedade humana.

Cada Estado tem a sua finalidade, qualificada pela busca do bem comum, definido em função das peculiaridades de seu povo, situado em seu território, fato que determina uma concepção de bem comum para cada Estado, em função das particularidades de cada povo³⁸.

Embora a concepção de bem comum, reportando-se às finalidades próprias da vida social de cada povo, implique na existência de conceitos variáveis no tempo e no espaço, conforme adverte Georges Burdeau, não há impedimento para a formulação de um conceito universal, abordando elementos permanentes e estáveis, de ordem formal, que figuram ao lado de elementos materiais, interpretações dos primeiros e que têm caráter contingente e variável.

Os elementos formais do Estado são a ordem e a justiça. A ordem, decorrente da necessidade social de estabelecer medidas e limites ao comportamento dos indivíduos, e a justiça, consistente na atribuição a cada um do que é seu, têm conteúdo e interpretação variáveis no tempo e no espaço, segundo as circunstâncias, em relação a cada povo e de acordo com a cosmovisão dominante³⁹.

Darcy Azambuja é contrário à idéia da variabilidade do fim do Estado, afirmando ser ela decorrente da confusão feita pelos doutrinadores entre os conceitos de fim e de competência. Segundo ele, o fim do Estado, que é o bem público, é invariável, mudando incessantemente as atividades que exerce para atingir a sua finalidade. Estas atividades constituem a sua competência. O bem público compreende, em síntese, dois elementos: segurança e progresso, havendo uniformidade nos meios para realizar a ordem interna e externa, ou seja, a manutenção dos serviços de justiça e polícia, de forças armadas, diplomacia, dentre outros⁴⁰.

A maioria dos autores, contudo, admite a multiplicidade de variações na interpretação do bem comum, decorrente da necessidade de adequá-lo às finalidades da

³⁸ DALLARI, op. cit., p. 90-95, nota 2.

³⁹ BOURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. v.1, p. 59. Apud. VIDAL NETO, op.cit., p. 81, nota 16.

⁴⁰ AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 4.ed. Porto Alegre: Globo, 1982. p.114 e seguintes.

vida social, com caráter contingente e variável. A concretização do bem comum em cada caso particular poderá variar, conforme a cultura, as instituições, os recursos e as necessidades de cada povo.

A variação temporal e espacial na interpretação do bem comum dá-se em razão da relação que se estabelece entre os valores individuais e coletivos e da forma como estes valores são tutelados pelo Estado, sendo o critério diferenciador a maior ou menor atividade social do Estado.

Fundamentalmente, as atividades do Estado, para a consecução das finalidades que devem ser alcançadas, podem ser separadas em jurídica e social. A atividade jurídica, essencial ao Estado e indeclinável, é dirigida à tutela do Direito e abrange a declaração do Direito, a distribuição de justiça, a manutenção da ordem interna e a defesa contra agressões externas. A atividade social compreende todos os demais campos de atuação do Estado, visando assegurar aos cidadãos bem-estar, cultura e progresso. Incide especialmente na ordem econômica, na educação e na saúde pública. Sua extensão dependerá das finalidades que forem conferidas ao Estado.

O bem comum ou o bem público, como preferem alguns autores em razão da amplitude da primeira expressão, a par das diferentes interpretações que pode sofrer, apresenta algumas idéias fundamentais, tais como direito, ordem, segurança, justiça, liberdade individual e dignidade humana. Essas idéias ou elementos, ou integram a concepção de bem comum, ou estão imediata e solidariamente ligadas a esse conceito. A finalidade do Estado e também do Direito consiste em assegurar que pela justiça, pela ordem e pela segurança, sejam criadas as condições que permitam aos membros da sociedade alcançar o seu bem, o bem de todos, o bem público ou comum.

Sem se confundir com o bem de cada indivíduo isolado, ou com a soma ou o resultado dos bens individuais, pois cada um pode ter interesses ilimitados e conflitantes em relação aos outros, ou ainda, com o bem de uma entidade abstrata, o bem comum deve ser entendido como o bem de todos e o bem de cada um. Tem por sujeito o público, o povo inteiro, conjunto de indivíduos reunidos no Estado, sem a exclusão de ninguém, ou a particularização de quem quer que seja. Constitui meio para que os indivíduos possam realizar o seu fim, conjunto de condições materiais e morais que possibilitam o seu integral desenvolvimento.

Dessas condições, entendidas como elementos formais do bem comum, faz parte a segurança dos indivíduos e da própria sociedade, objeto de interesse maior para o desenvolvimento do tema proposto. Constitui-se em elemento permanente dos fins do

Estado, definidor da noção de bem comum, figurando ao lado da ordem e da liberdade como *valor meio fundamental*, em linguagem utilizada por Miguel Reale⁴¹, estando subordinado à Justiça que, com o sentido de ordem social justa e como *valor fim do Direito*, vale para que todos os valores possam ter validade.

1. 6. Funções do Estado

Visando a promoção do bem comum ou do bem público, o Estado tem funções, exercendo atividades sobre um conjunto de assuntos, serviços ou objetos, de forma ampla ou restrita, mantendo a ordem interna, assegurando a defesa contra perigos externos, realizando vários serviços para o bem-estar e o progresso da coletividade.

Segundo Cretella Júnior, deve-se entender por funções as diferentes atividades que o organismo estatal exerce para atingir os fins a que se propõe o Estado⁴².

Tradicionalmente, as funções do Estado têm sido tripartidas em executiva, legislativa e judiciária. Essas funções, ao longo do processo de evolução e organização do ente público estatal, sujeitou-se às variações de concepções, às ampliações e restrições, centralizadas na pessoa única do governante ou distribuídas por diferentes órgãos da composição estatal.

Em sua fase inicial, o poder do Estado achava-se concentrado em uma pessoa única, quer física, singular ou coletiva, e toda a atividade era exercida por esse órgão único e supremo. Nas sociedades primitivas, ao chefe cabia a manutenção da ordem interna, o julgamento dos dissídios, a imposição de penalidades, o comando dos guerreiros e, geralmente, o desempenho das funções religiosas. Toda a atividade de interesse do grupo, relativa ao que hoje se denomina direito, moral, religião, administração, serviços públicos, governo, dentre outras, era exercida por um órgão único, pessoa individual ou coletiva.

Esse modelo de concentração do poder e da atividade pública em um só órgão, não teve, contudo, mesmo nas sociedades primitivas, duração prolongada. A complexidade adquirida pelos grupos, com o aumento da população e do território, conforme destaca Darcy Azambuja, obrigou a delegação de certas atribuições à pessoas

⁴¹ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1. p. 254.

⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 81.

da confiança do chefe ou príncipe, impossibilitado de atender pessoalmente a tudo. “Ainda que a autoridade permanecesse em princípio concentrada nele, o seu exercício tinha de ser dividido entre várias pessoas. É a lei natural da especialização das funções e da divisão do trabalho nas sociedades complexas e relativamente adiantadas”⁴³.

Conforme aponta o autor citado, “a especialização das funções ou divisão dos poderes no Estado é a consequência natural do desenvolvimento social, da complexidade crescente da atividade do poder público, do progresso material e moral dos povos”⁴⁴.

A teoria das funções do Estado, mais comumente tratada como teoria da separação de poderes ou da divisão de poderes, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, como meio eficaz e necessário para se evitar a formação de governos absolutos. Seu acolhimento e consagração deu-se numa época em que se buscavam instrumentos para o enfraquecimento do Estado, restringindo a sua interferência na vida social apenas como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos⁴⁵. À concepção inicial, foi acrescida, com o passar dos tempos, a idéia de aumento da eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados, como uma conquista de técnica de governo.

Segundo Pinto Ferreira, o princípio da separação de poderes pode ser definido como “o sistema que consiste em confiar cada tarefa governamental a um órgão diferente”, órgãos que são o legislativo, o executivo e o judiciário, possuindo cada um deles uma especialização funcional e uma relativa independência orgânica⁴⁶.

A teoria da separação de poderes tem sua origem remota em Aristóteles que identificou a existência de três funções principais em todo o Estado, referindo-se a uma função consultiva que se pronunciava acerca da guerra e da paz e acerca das leis, uma função judiciária e um magistrado incumbido dos assuntos restantes da administração.

Depois do filósofo grego, a doutrina da divisão dos poderes permaneceu por longo período esquecida, sendo retomada aos poucos pelos filósofos do Estado. No Século XVII, com John Locke, foi sistematizada pela primeira vez. Inspirado na Constituição inglesa, esse filósofo afirmou em suas obras ser necessário que as funções do Estado fossem exercidas por órgãos diferentes, não sendo adequado, dada a fragilidade humana e a tentação ao abuso do poder, que as mesmas pessoas que faziam

⁴³ AZAMBUJA, op.cit., p. 174-175, nota 40.

⁴⁴ Ibidem, p. 177.

⁴⁵ DALLARI, op. cit., p. 189, nota 2.

⁴⁶ FERREIRA, op.cit., p. 733, nota 29.

as leis, as executassem. Ele identificou a existência de quatro funções fundamentais: legislativa, executiva, federativa e discricionária, a serem exercidas por dois órgãos do Poder.

Construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado em função dos grandes conflitos político-sociais, foi, contudo, com Montesquieu que, no Século XVIII, a teoria da tripartição dos poderes ganhou contornos definidos, projetando-se como dogma constitucional e incorporando-se ao Estado Constitucionalista Moderno. Com ele, além da tese da necessidade da distinção de poderes estatais, já prevista por outros filósofos, definiu-se a atribuição de funções e finalidades específicas a cada um dos ramos do grande sistema do organismo estatal.

O jurista e filósofo francês, em sua obra *O Espírito das Leis*, prevê a divisão do exercício do poder ou funções do Estado e a correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica da atividade estatal. Retomando as constatações aristotélicas, afirma a existência de três funções fundamentais em todo Estado: a legislativa, a executiva e a judiciária, funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Inovou, contudo, ao agregar à concepção anterior, o postulado da necessidade da correspondência entre cada uma dessas funções e um órgão próprio que, de forma autônoma e independente, levá-la-ia a efeito. Assim, a cada uma das funções passou a corresponder um Poder distinto: à função legislativa, o Poder Legislativo, à função judiciária, o Poder Judiciário e à função executiva, o Poder Executivo.

A essência da doutrina da separação de poderes de Montesquieu consiste no estabelecimento de um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle a presidir o relacionamento entre aqueles três órgãos supremos do Estado, operando uma limitação ao poder estatal, em benefício da liberdade dos cidadãos contra o arbítrio governamental. Cada órgão desempenharia função distinta, de forma harmônica e, ao mesmo tempo, a atividade de cada qual atuaria como contenção da atividade de outro órgão do Poder, sem paralisarem-se uns aos outros. Criou-se, assim, um sistema de freios e contrapesos, possibilitando o equilíbrio entre esses órgãos, pretendendo abolir, com isso, o arbítrio e a prepotência.

A teoria desenvolvida por Montesquieu foi adotada pela Revolução Francesa e proclamada enfaticamente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem. Sofreu, contudo, alteração com a proposta de uma divisão absoluta de funções, sem controle recíproco, o que na prática constitucional revelou-se inviável, já que dentro do Estado

não se admite haver três órgãos que se ignoram reciprocamente e absolutamente bastante a si mesmos.

Sua primeira objetivação positiva deu-se na Constituição Americana, de 17 de setembro de 1787, a primeira carta política nacional a admiti-la, universalizando-se para o constitucionalismo moderno.

A evolução da teoria da separação dos poderes deu-se no sentido da afirmação da idéia de que nenhum dos Poderes é em si mesmo soberano, havendo sempre a possibilidade de controle recíproco, exercido entre si pelos poderes e de controle realizado por órgãos da sociedade, e ainda, da gradativa perda da pureza de cada uma das funções do Estado, de tal forma que cada Poder exerce a função que lhe é peculiar, sem o caráter absoluto de exclusividade, desempenhando também funções que lhe são atípicas, próprias de outros poderes, para melhor se desincumbir de sua missão, de forma excepcional ou em caráter subsidiário.

A diferenciação do Poder Público em Legislativo, Executivo e Judiciário não esgota as funções de legislar, julgar e executar. A legislação não permanece afeta tão só ao Poder Legislativo. A administração cabe ao Executivo apenas quando encarada em sentido estrito, refugindo à sua esfera característica quando vista *latu sensu*. A função judicante em sentido amplo ultrapassa a concepção do Poder Judiciário, havendo controvérsias que encontram solução fora de seu âmbito próprio.

Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, tratada por alguns autores como *divisão de poderes*, deve-se observar que o Poder do Estado é uno e indivisível. A existência de vários órgãos encarregados das atividades estatais, exercendo o poder soberano do Estado, não quebra essa unidade, não permitindo um afastamento da vontade política central, informadora de toda organização estatal. Neste sentido, afirma Altamira Gigena que, na atualidade, a doutrina opõe-se à divisão de poder, já que o poder do Estado é um só e o que se divide são as suas funções. O que ocorre, na realidade, é a distribuição de funções entre os órgãos estatais, que exercem uma parte do poder geral do Estado⁴⁷.

Dalmo de Abreu Dallari discorre sobre a relação existente entre as idéias de poder e de função do Estado, afirmando que essa diferenciação tem importância na medida em que está relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. Quando se pretende a desconcentração do poder, atribuindo o seu exercício a vários

⁴⁷ ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973. p. 39/41.

órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, buscando eliminar o risco de um governo ditatorial. De outro lado, quando se pretende a divisão das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o de maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições⁴⁸.

O grande mérito da teoria das funções do Estado, ou da teoria da separação dos poderes consistiu na captação de três momentos sempre presentes no funcionamento de qualquer ordem jurídica: da feitura das leis, da sua concretização e da recomposição da ordem jurídica lesada. Qualquer que seja o grau de complexidade da atividade a ser desempenhada pelo Estado Moderno, é possível distinguir-se essas três modalidades ou espécies de funções.

Ao Poder Legislativo cabe o estabelecimento das normas gerais que regulam a vida social. O Poder Judiciário decide os conflitos de apreciação do direito, mediante as sentenças e decisões da Justiça, tendo função de fixar o direito incerto ou questionável, bem como os interesses e situações jurídicas. O Poder Executivo tem o papel básico de efetivação do interesse comum e proteção coercitiva da ordem jurídica; provê à tutela da ordem jurídica e à realização do bem-estar social⁴⁹.

Essas funções, legislativa, judiciária e executiva, constituem funções vitais do Estado Moderno e referem-se à totalidade dos diferentes atos que podem emanar da atividade estatal.

Os Poderes ou órgãos aos quais correspondem têm, na maioria dos Estados, uma estruturação e regulamentação constitucional e compõem, em seu conjunto, o Poder estatal, uno na sua essência e natureza conceitual.

A divisão dos mesmos, concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, figura ao lado da submissão ao império da lei e da garantia aos direitos individuais, como postulado fundamental do Estado de Direito.

2. Função administrativa estatal

Na estrutura funcional do Estado, o Poder Executivo é o órgão encarregado precipuamente da função executiva ou administrativa. Sua denominação é alvo de

⁴⁸ DALLARI, op.cit., p. 189-190, nota 2.

⁴⁹ FERREIRA, op.cit., p. 740, nota 29.

críticas tendo em vista ser ele um órgão cujas atribuições, inúmeras e complexas, não se restringem apenas à execução das leis, caráter este vinculado a sua origem. Trata-se do Poder que efetivamente governa, administrando e cuidando dos problemas políticos e sociais, e que tem no seu órgão supremo o representante máximo do Estado.

Considerando a formulação de harmonia e equilíbrio existente entre os Poderes que compõem o Poder geral do Estado, preocupam-se os doutrinadores em afirmar a não superioridade do Poder Executivo em relação aos demais Poderes, verificando-se mesmo, em muitos casos, a dependência de seus atos à aprovação e confirmação daqueles.

A importância da atividade realizada por ele, contudo, é destacada por tratadistas como Jellinek, que considera ser a administração a mais abrangente das funções estatais, necessitando sempre ser exercida, de tal forma que sem ela o Estado não poderia existir. Segundo ele, pode-se conceber um Estado despótico sem leis e sem juizes; porém sem administração seria a anarquia. Competem a ela a preparação das leis e o apoio à atividade do juiz, assegurando a execução das decisões judiciais.

Esclarece o doutrinador que a administração, historicamente, mostra-se como função fundamental, pois a legislação, em princípio, estava unida a ela, separando-se somente mais tarde. A atividade jurisdicional, por sua vez, limitada no começo a uma ação insignificante, alcançou um campo mais amplo de atividade com o processo de evolução do Estado. Afirma, por fim, que se pode designar como administração toda atividade do Estado que resta, uma vez separada a legislativa e a jurisdicional e que esta possibilidade de limitação negativa reflete a significação que tem esta atividade para o Estado, já que somente ela é suscetível de ser explicada pela mera oposição às demais atividades e ordens do Estado⁵⁰.

A atividade de execução da lei, deu à função executiva, contudo, por muito tempo, o caráter de subordinação à função legislativa e de identidade com a jurisdicional, preocupando-se os administrativistas em fixar a sua independência e auto-suficiência em relação às outras funções, fundamentadas no amplo rol de atividades multiformes que exerce e que propiciam serviços, bens e utilidades, dificilmente inseríveis na idéia restrita de execução da lei. Embora se oriente pelo princípio da legalidade, a administração não se limita à atuação da lei, como a jurisdição, não agindo em substituição às partes envolvidas no conflito, quando decide controvérsias, em seu

⁵⁰ JELLINEK, op.cit., p. 463, nota 9.

próprio âmbito. Suas decisões não apresentam o caráter de imutabilidade da coisa julgada, podendo ser revistos os seus atos por outros atos administrativos ou por atos jurisdicionais.

Buscando identificar e caracterizar as funções estatais e os seus respectivos órgãos executores, considera Miguel Marienhoff que, “o conteúdo de cada uma dessas funções essenciais (legislação, execução e justiça) varia com relação à lei e com relação ao tempo. O órgão legislativo dita ou cria a lei, a altera e a suspende segundo sua vontade e conforme a Constituição; o executivo cuida que a lei se cumpra e se observe; o órgão judiciário a interpreta e aplica, quando se suscitam controvérsias ou conflitos relativos ao que foi feito ou omitido sob seu império. De maneira que o legislativo se ocupa principalmente do futuro, o executivo do presente, enquanto que o judiciário é retrospectivo, atuando sobre o passado. Deduz-se disto que a atividade da Administração é contínua, permanente, enquanto que a atividade legislativa e a judiciária não revestem esse caráter, já que aparecem como intermitentes ou descontínuas”⁵¹.

No amplo universo das funções estatais, a função legislativa é aquela por meio da qual o Estado constitui o seu ordenamento jurídico e produz os atos destinados a inová-lo. Atividade de deliberação, compreende, segundo Edmir Netto de Araújo, “o estabelecimento de regras gerais e impessoais às quais todos deverão obedecer”⁵². Caracteriza-se pela produção de atos apenas subordinados à Constituição.

A função judiciária ou jurisdicional, por sua vez, atua nos casos concretos de violação de uma lei ou naqueles em que se pretenda tenha havido tal violação, objetivando a aplicação da norma jurídica a uma hipótese de conflito, mediante processo regular. Caracteriza-se pela aplicação contenciosa da lei e pela imutabilidade da decisão que produz, resultante esta, do caráter de coisa julgada de que se reveste este ato decisório, quando esgotados os recursos cabíveis.

A função executiva ou administrativa, objeto de interesse no tratamento do tema proposto, apresenta uma latente dificuldade na sua conceituação. Constitui-se, em lição de Celso Ribeiro Bastos, na “prática pelo Estado, como parte interessada de uma relação jurídica, de atos infralegais, destinados a atuar praticamente as finalidades descritas na

⁵¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970. v.1, p. 38-40.

⁵² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 19.

lei”⁵³. É a função encarregada de promover a satisfação constante das necessidades coletivas, com a prestação de bens e serviços e a realização de prescrições restritivas.

Para a doutrina clássica, a função executiva resumia-se à defesa externa e à manutenção da ordem interna, assumindo o controle da Administração e assegurando o funcionamento dos serviços indispensáveis, direta ou indiretamente, executando a lei concretamente. Entretanto, com a mudança da filosofia de atuação do Estado, transformado de *État Gendarme* em *Welfare State*, houve um alargamento e diversificação da função executiva, ampliando-se consideravelmente as atividades a serem realizadas por este órgão.

Darcy Azambuja alerta não ser tarefa fácil enumerar as atribuições do Poder Executivo no Estado Moderno, tantas e tão complexas são elas. Este autor cita Artaza, que afirma ser “um critério seguido em todas as Constituições, que ao Poder Executivo compete, em primeiro lugar, representar a totalidade do Estado e em harmonia com essa idéia o Chefe do Poder Executivo é o Chefe do Estado. O Poder Executivo é encarregado também de dar um impulso central, uma alta direção a todos os assuntos nacionais. Tem o direito de iniciativa perante as Câmaras, inspeciona os Tribunais de Justiça, dirige os diversos ramos da Administração e associa-se aos atos religiosos, econômicos, científicos e artísticos, mesmo organizados por entidades privadas, desde que alcancem alguma importância nacional. O Poder Executivo vela pela ordem pública no interior e pela segurança do Estado no exterior, promulga e publica as leis e, em muitos países, as sanciona também, trata da execução das mesmas e edita regulamentos oportunos. Preenche os cargos públicos, concede honrarias, tem o direito de graça e administra a justiça em matéria administrativa”⁵⁴.

Segundo Darcy Azambuja, cabe ao Executivo governar. Considera, contudo, que governar, na atualidade, não é só administrar. Inclui atribuições de natureza política e social⁵⁵.

No Estado atual, ampliou-se, significativamente, o número de suas atribuições, decorrentes da sua própria evolução, com a acentuada intervenção do Estado no domínio econômico, com a socialização dos serviços públicos e com a necessidade da planificação da ação governamental.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 169.

⁵⁴ AZAMBUJA, op. cit., p. 190-191, nota 40.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 191.

Ao Poder Executivo competem, assim, a administração e o governo, atividades que ora se confundem, ora se distinguem, havendo uma grande dificuldade na separação entre elas. Em geral, embora haja uma diversidade de critérios distintivos, adotam-se os sistemas formal ou subjetivista e o material ou objetivista, para o estabelecimento dos traços característicos de uma e outro.

Em relação ao sistema formal, com base nos órgãos que desempenham as funções públicas, governo será toda a atividade exercida pelos representantes ou órgãos de representação, que exprimem a vontade da nação, não se sujeitando ao controle de nenhuma vontade superior; administração, por sua vez, será exercida pelos agentes, que não têm o caráter de representação, sujeitando-se à autoridade e controle dos órgãos aos quais se vinculam.

No sistema material, apoiado nas funções desempenhadas pelos órgãos públicos e partindo da distinção entre as funções públicas de estabelecimento e conservação da ordem jurídica e de prestação de serviços públicos, considera-se governo toda a atividade relativa à criação da norma, de asseguramento de uma situação de direito e de decisão de conflito de interesses, enquanto que administração seria a realização de obras gerais de caráter coletivo, conjunto de atividades pelas quais o Estado atende aos interesses gerais, satisfazendo às necessidades coletivas.

Embora se originem ambas as atividades, governo e administração, de órgãos administrativos, e a distinção entre elas não possa ser feita de modo nítido e preciso, os atos nos quais essas atividades se concretizam têm um conteúdo e uma eficácia diversos. Assim, conforme ensina Groppali, enquanto a atividade administrativa, mediante atos concretos, realiza o disígnio de satisfazer o bem-estar dos cidadãos, a atividade de governo, por sua vez, tem por fim a direção geral do Estado, considerado em sua unidade. De outro lado, se contra os atos administrativos existe recurso ou ação, seja no âmbito da Administração ou na jurisdição ordinária, quando esses atos lesam interesses legítimos ou direitos subjetivos, ao contrário, não se permite nenhum gravame contra os atos emanados do Governo, no exercício do poder político⁵⁶.

Esta afirmação de que os atos exclusivamente políticos não se sujeitam ao controle do Judiciário, embora comum, merece reparos. É necessário observar-se que, na sistemática constitucional atual, dado o modelo de garantias vigente, há instrumentos pelos quais se pode levar os referidos atos à apreciação do Judiciário, caso eles afetem

⁵⁶ GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

direitos subjetivos ou individuais e interesses difusos. No Brasil, há a ação popular e ação civil pública para a tutela desses interesses.

Sob um ponto de vista particular, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o “Poder Executivo compreende o governo, que é sua cabeça, e a administração, que consiste em seu tronco e membros”. Para ele, governo “é o órgão ou conjunto de órgãos, a que pertence a representação do todo e a tomada das decisões fundamentais, no que é de sua competência”. Administração, por sua vez, é o conjunto de órgãos que, propriamente, acompanham a execução das leis e decisões em geral, ou que a preparam, ou, ainda, que as executam por si, compreendendo tanto o serviço civil ou burocracia, como as Forças Armadas, que é o seu braço militarizado⁵⁷.

Segundo Odete Medauar, diz-se que o governo tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, com vistas até o seu futuro, enquanto administração significa realizar tarefas cotidianas e simples. Diz-se, também, que o governo é dotado de função, primordialmente política, fixando diretrizes da vida associada, cabendo à Administração a tarefa de cumprimento de tais diretrizes, que aparece, nesta linha, como dependente do governo ou submetida às diretrizes do mesmo.

Alerta a administrativista que, em geral, mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e administração em razão do aumento, na época contemporânea, da importância da atividade administrativa na dinâmica do Estado, participando os seus servidores de atividades que seriam típicas de governo e, ainda, da coexistência, no vértice do Poder Executivo, de funções governamentais e funções administrativas, como é o caso do Brasil⁵⁸.

A atividade de governo, exercida pelos representantes do Poder, é política e discricionária, direção suprema dos negócios públicos, exercida com independência, preponderantemente pelo Poder Executivo. A administração, por sua vez, é atividade voltada para a satisfação das necessidades coletivas, de forma direta, contínua e permanente, sujeita ao ordenamento jurídico vigente, atuando de forma hierarquizada e com responsabilidade técnica e legal. É a atividade encarregada de pôr em prática as opções políticas do governo.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19 ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 193.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.47-48.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apresenta duas versões para a origem do vocábulo *administração*. Num primeiro entendimento, deriva de *ad* (preposição) mais *ministro, as, are* (verbo), que significa servir, executar. Para o outro, vem de *ad manus trahere*, que traz a idéia de direção ou gestão. Em ambas as hipóteses há o sentido de subordinação e hierarquia. Contudo, conforme, demonstra o citado administrativista, o vocábulo *administrar* compreende, além da idéia de prestação de serviço, a execução, bem como direção, governo, exercício de vontade com o objetivo de obter um resultado útil, significando ainda, em sentido vulgar, traçar programa de ação e executá-lo⁵⁹.

Em razão da amplitude de seu significado, não é raro ver nela incluída a função administrativa propriamente dita, além da função de governo, referindo-se os autores à administração em sentido próprio ou estrito e em sentido amplo, como sinônimo de função executiva.

A administração pública, vista em seu sentido próprio, objeto de estudo do Direito Administrativo, é conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como “o conjunto de atividades preponderantemente executórias, praticadas por pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias, gerindo recursos total ou parcialmente públicos, na prossecução dos interesses legalmente cometidos ao Estado”⁶⁰.

Conforme lição de Odete Medauar, a Administração Pública pode ser considerada sob o ângulo funcional e sob o ângulo organizacional. No primeiro aspecto, significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população. Sob o ângulo organizacional, Administração Pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como coadjuvante das instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo. Predomina, nesse aspecto, a visão de uma estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização de tais atividades⁶¹.

A Administração organiza-se, normalmente por lei, e excepcionalmente por decretos e normas inferiores. Formada por um complexo de órgãos personalizados,

⁵⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1, p. 33-34.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11.ed.revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 81.

⁶¹ MEDAUAR, op.cit., p. 44-45, nota 58.

conduzidos por um corpo de agentes, desempenha um grande número de atividades que são complementares entre si, sujeitas a contínua orientação e coordenação.

Estas atividades têm adquirido uma extensão cada vez maior, principalmente a partir da aparição do Estado Social, de tal forma que hoje, poucos fenômenos da sociedade estão a margem de sua intervenção.

A doutrina tem buscado estabelecer, como forma de facilitar a sua compreensão, a classificação ou tipologia das atividades administrativas públicas. É clássica a elaborada pelo administrativista italiano Orlando, em 1900, que distingue, na Administração, a atividade jurídica e a atividade social. Conforme citação de Odete Medauar, a primeira destina-se a assegurar o direito entre as pessoas e harmonizar os vários direitos dos indivíduos entre si e com o interesse público. Com caráter de autoridade, inclui a organização da Administração, a polícia, a desapropriação e a tutela dos indivíduos ante os atos da Administração. A atividade social, com predomínio do caráter de prestação de serviços úteis ao atendimento de necessidades dos indivíduos, visa aos fins de bem-estar e progresso social, destacando-se, as atuações, nos setores de saúde, agricultura e educação⁶².

A maioria dos doutrinadores, contudo, indica a classificação formulada pelo espanhol Jordana de Pozas⁶³, que apresenta três modalidades de atividades da Administração Pública: fomento, serviço público e polícia administrativa. Alguns autores acrescentam a intervenção como quarta modalidade, preferindo outros, entendê-la como espécie de fomento.

O fomento consiste na atuação administrativa destinada a promover, incentivar ou proteger as atividades que atendam às necessidades coletivas, atividades estas, próprias da iniciativa privada, mas que têm caráter de utilidade pública. Inclui atividades como auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos sob condições especiais, favores fiscais e desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, visando o desenvolvimento econômico e o progresso social. Caracteriza-se pela ausência de coação e a não criação de serviços públicos.

A intervenção, vista como modalidade independente ou inserida na atividade de fomento, compreende, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a regulamentação e

⁶² MEDAUAR, p. 44-45, nota 58.

⁶³ POZAS, Jordana. *Revista de estudios politicos*. n.48, 1949, p.41 e ss. Apud MEDAUAR, op. cit., p. 111, nota 59.

fiscalização da atividade de natureza privada, bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico, o que se dá normalmente por meio de empresas estatais”. Adverte a autora que, nesse caso, o Estado opera segundo normas do direito privado, caracterizando-se como atividade tipicamente privada, exercida em regime de monopólio ou de competição com o particular. Embora sujeita a inúmeras derrogações impostas constitucionalmente, a intervenção na ordem econômica, não constitui função administrativa, não sendo assumida pelo Estado como atividade pública⁶⁴.

Serviço público é toda atividade desenvolvida pela Administração Pública, sob regime, predominantemente, público, sujeita a normas e controles estatais, visando à satisfação das necessidades coletivas, incluindo não só as necessidades essenciais, mas também aquelas secundárias da comunidade, quando assim consideradas por lei e nas condições impostas por ela. É atividade de prestação, realizada diretamente ou mediante terceiros, pela Administração à comunidade, reconhecendo sua essencialidade ou necessidade para a subsistência do grupo social e do próprio Estado, ou, ainda, sua conveniência para os membros da coletividade.

Marcelo Caetano, considerando serviço público como espécie de serviço administrativo, categoria ampla, define-o como sendo aquele “cujo objeto consiste em facultar a quantos deles careçam os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida”. Explica, o administrativista português, que a necessidade sentida, individualmente, tem caráter coletivo quando cada um a sente por ser membro da coletividade. Não basta, pois que seja geral, é preciso que seja uma conseqüência da vida coletiva, como os transportes ou as comunicações rápidas e coletivas⁶⁵.

A qualificação de uma atividade como serviço público decorre da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel, escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei ou na tradição. No Brasil, a Constituição Federal elenca como serviço público, em seu art. 21: o postal e o correio aéreo nacional; o telefônico, telegráfico, de transmissão de dados e de telecomunicações; de energia elétrica e aproveitamento energético; o de radiodifusão sonora, de sons e imagens; navegação aérea, aeroespacial, transporte ferroviário e aquaviário, transporte rodoviário, serviços de postos marítimos, fluviais e lacustres; estatística, geografia, geologia e

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 53.

⁶⁵ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 2.ed. refundida. Coimbra: Coimbra, 1947. p. 103.

cartografia de âmbito nacional; e, serviços nucleares. Tradicionalmente, existe o chamado “núcleo pacífico dos serviços públicos”, formado por: água, esgoto, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio e telefone.

Hely Lopes Meirelles classifica os serviços públicos, tendo por base a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários, apontando como suas espécies: serviços públicos e serviços de utilidade pública; serviços próprios e impróprios do Estado; serviços administrativos e industriais; serviços *uti universi* e *uti singuli*. Ao tratar das modalidades de serviços públicos, aqueles prestados pela Administração diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, e dos serviços *uti universi* ou gerais, prestados pela Administração sem ter usuário determinado, para atender à coletividade no seu todo, aponta como hipótese de incidência, dentre outras, a polícia. Indica, ainda, a segurança, como hipótese de serviços próprios do Estado, relacionados intimamente com as atribuições do Poder Público⁶⁶.

Esta indicação merece destaque pela referência à polícia e à segurança, objetos de interesse no tratamento do tema proposto. Ambas as atividades podem constituir-se em espécies de serviços públicos, apresentando natureza prestacional, quando voltadas ao atendimento da necessidade de proteção dos membros da coletividade, em situações como a de ameaça ou violência, próprias das infrações penais, que colocam em risco a ordem pública e a subsistência da própria sociedade.

Na tipologia usual, contudo, a atividade de polícia apresenta-se, também, como modalidade autônoma de atividade administrativa, distinguindo-se, assim, do serviço público, caracterizada pelo uso de prescrições restritivas. É a atividade encarregada da manutenção da ordem pública em sentido amplo, mediante a limitação das atividades privadas. Compreende toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo⁶⁷. A Administração, agindo como titular do poder de polícia, limita e condiciona o exercício das liberdades e da propriedade visando assegurar a convivência social pacífica e harmoniosa.

Atividade própria do Poder Executivo, é exercida por meio das forças policiais. Constitui a mais antiga forma de atuação administrativa das organizações políticas,

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 273-274.

⁶⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 52, nota 64.

visando harmonizar o exercício das liberdades e dos direitos individuais tendo em vista os superiores interesses da sociedade. Vinculada em sua origem à concepção de satisfação dos interesses públicos, perdeu, com o tempo, o seu significado originário, identificando-se com as idéias de manutenção da ordem e da segurança pública.

A Administração Pública para a realização das atividades que lhe são próprias, seja de fomento, de prestação de serviço público ou de polícia, possui poderes, conferidos pelo ordenamento e exercidos condicionados a um fim, que é o interesse público. Manifesta-se por meio de atos administrativos, que produzem efeitos jurídicos, especialmente no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade. Seus agentes têm prerrogativas, deveres, ônus e sujeições, submetendo-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ao gerir bens, interesses e serviços devem atuar de conformidade com a lei e a moralidade, visando sempre o bem comum, o interesse público. A atividade realizada deve ser impessoal, dirigida a todos os administrados, e contínua, sem paralisações ou interrupções. No exercício das suas atribuições, atua o agente público como se fosse o próprio Estado, originando a responsabilidade estatal do seu comportamento lesivo aos administrados, seja ele comissivo ou omissivo, material ou jurídico.

3. Segurança Pública

3. 1. Considerações gerais

Objetivando o tratamento da responsabilidade estatal frente às vítimas de crimes, necessário se faz a análise da segurança pública, no que concerne ao seu caráter de atividade estatal, integrante de função própria do Estado, voltada para a concretização de seu fim, propiciando condições aos administrados de uma coexistência pacífica em comunidade, protegidos de ameaças ou restrições arbitrárias à sua vida, à sua liberdade, ao seu patrimônio e a outros direitos essenciais.

No estudo feito nos itens iniciais deste trabalho, a segurança dos indivíduos e de seu grupo mereceu destaque pela fundamental importância que tem na gênese do

Estado, sendo indicada pelos tratadistas como uma de suas causas originárias, ou, ainda, como uma das causas justificadoras de sua existência. Em razão de sua fragilidade e limitação e, da necessidade de proteção da sua pessoa, de seu grupo e de seus bens, o homem abriu mão da liberdade que tinha, passando a viver coletivamente, sujeitando-se às condições para que houvesse harmonia e paz na comunidade.

A segurança dos cidadãos, aliada ao progresso, ou, ainda, à ordem pública e à justiça, foram apontados no estudo feito como elementos essenciais do bem comum ou bem público, fim maior do Estado, justificador e orientador de todas as funções a serem exercidas por ele, condicionador dos direitos, deveres e limites das autoridades públicas.

A segurança das pessoas e de seus bens é base necessária das condições universais, fator absolutamente indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana, para a conservação e aperfeiçoamento da vida social. Constitui-se em direito fundamental dos indivíduos, elencado nas cartas constitucionais como inerente à natureza da pessoa humana, ao lado da vida, da liberdade e da propriedade, devendo o Estado promovê-los para a concretização do seu ideário de desenvolvimento pleno das faculdades individuais e sociais.

Dela cuida a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, ao assegurar, no seu art. 3º, que “todo indivíduo tem direito à segurança de sua pessoa”, e no seu art. 7º, que “todos têm o direito de serem protegidos”. Também a Convenção Européia da Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, trata da segurança ao declarar, em seu art. 5º, que “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança”. E, ainda, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, inclui o direito à segurança pessoal, em seu art. 7º, no elenco de direitos e garantias fundamentais do homem.

O Estado, visando atingir ao seu fim, exerce as funções que lhe são próprias, realizando atividades no sentido de atender as necessidades públicas, bem como atividades que refletem o modo como o Poder Político coloca-se em ação, em harmonia com as regras que condicionam e conformam a atuação estatal. Funções e atividades pressupõem a existência de um elemento finalístico, prestando-se à concretização e a servir de meio para que o Estado atinja o seu fim, o bem comum ou o bem público.

Dentre as destacadas funções do Estado - legislativa, executiva e jurisdicional-, a função executiva, conforme análise realizada, é integrada pela atividade administrativa, atividade essencialmente concreta e efetiva na persecução das finalidades estatais

imediatas, encarregada da segurança pública e do atendimento das necessidades físicas, econômicas, morais e intelectuais da população, tendo sempre por objeto um interesse particularmente circunscrito e determinado⁶⁸.

A segurança pública é, assim, tarefa própria da função administrativa estatal, desenvolvida numa esfera subordinada àquela do Poder Político, envolvendo matéria de interesse geral ou de utilidade pública. Constitui atividade jurídica, desenvolvida pelo Estado para a tutela do Direito.

Visando à manutenção da ordem interna do país, a segurança pública é atividade típica do Estado, realizada para assegurar aos cidadãos a possibilidade de uma vida tranqüila, prevenindo e reprimindo os delitos. A insegurança, estado caracterizado pela ausência de segurança, é causa de retardo no desenvolvimento social, de retrogradação e de perecimento da coletividade.

3.2. Conceito de Segurança Pública

No nosso léxico, *segurança* significa o estado ou qualidade do que é seguro. Por sua vez, *seguro* é o que está livre de risco, protegido, acautelado, garantido⁶⁹. Pode-se afirmar, portanto, que *segurança* é o estado do que está garantido ou, ainda, é a própria garantia. Equivale a proteção ou amparo e pressupõe existência de perigo físico ou de outras formas de perigo que perturbam a sociedade e da garantia contra ele.

Além dessa acepção de *garantia*, segurança engloba também as idéias de *estado* e de *função*. Na acepção de *estado*, a segurança confunde-se com ordem, sendo tradicionalmente empregada com o significado de garantia da ordem. Quanto à *função*, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a colocação é, parcialmente, adequada à de garantia, devendo considerar-se, contudo, que embora uma garantia se expresse por uma função, ela necessita, também, de uma estrutura que a suporte⁷⁰.

⁶⁸ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 359.

⁶⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1282.

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988. p. 149.

A idéia de segurança emana dos fatos e sobre eles, por sua vez, exerce influência. Está presente em toda parte, sendo amplo o seu campo de influência nos comportamentos humanos e na forma de convivência entre as pessoas.

Como necessidade básica do homem e dos grupos sociais, a segurança é um termo e um tema multidisciplinar, podendo ser enfocada pela filosofia, pela religião, pelas ciências naturais, pelas ciências sociais, pela doutrina política e até pela técnica de sua realização⁷¹.

Está presente no Direito e pelo Direito é disciplinada, sob os padrões reclamados pelos fatos sociais. Como fenômeno social, a segurança vincula-se ao complexo dos fatos que se sucedem nas comunidades humanas, sendo o Direito uma das evidências da segurança nas relações interindividuais ou interestatais. O exercício de um direito reflete a mais purificada das formas de segurança.

No âmbito jurídico, *segurança* apresenta o mesmo sentido geral, significando garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em diferentes campos. Acrescida do qualificativo *pública*, implica na manutenção da ordem interna que, em lição de José Afonso da Silva, constitui situação pacífica de convivência social, isenta de ameaça de violência⁷².

Segundo o citado constitucionalista, “a segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses”. Conclui José Afonso da Silva que, “na sua dinâmica”, segurança pública “é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas”⁷³.

Segurança pública é, portanto, um estado em que o indivíduo não receia ameaça ou lesão dos seus direitos, relativos a sua pessoa e aos seus bens. É um estado em que o indivíduo se sente ou se julga ao abrigo de perigo, ou a situação daquele que se considera garantido contra o arbítrio.

Sendo um dos fins do Estado a Justiça, todo cidadão tem direito a segurança, pela proteção social aos seus direitos individuais, constituindo, assim, uma manifestação ou mesmo um dos fundamentos da existência do Estado de Direito.

⁷¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 150, nota 70.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 657.

⁷³ *Ibidem*, p. 658.

Em análise de J. Motta Maia, “segurança pública significa a possibilidade de o cidadão ser defendido dos perigos e ameaças do excesso ou arbítrio do poder do Estado, como também dos perigos que podem resultar da ausência de uma administração racional e responsável para tornar efetiva a função do Estado”⁷⁴.

De Plácido e Silva, por sua vez, entende segurança pública como “o afastamento por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo o mal, que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade, ou dos direitos de propriedade do cidadão. A Segurança Pública, assim, limita as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a”⁷⁵.

Para Mário Pessoa, a segurança pública é o estado anti-delitual, que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei de contravenções. As ações que promovem a segurança pública são ações policiais repressivas ou preventivas típicas. As mais comuns são as que reprimem os crimes contra a vida e a propriedade. Todavia, considera o autor que a segurança pode resultar da simples ausência, mesmo temporária, dos delitos e, assim, o próprio conceito de segurança pública não prescinde daqueles ilícitos, presentes ou prováveis, como fatores antes de essência psicológica do que material. Conclui que a segurança pública ideal seria aquela em que os ilícitos houvessem desaparecido, afirmando por fim, que a segurança pública é flutuante ou estável, resultado dos numerosos fatores que podem afetá-la⁷⁶.

Afirma, ainda, Mário Pessoa que a segurança reúne em torno de si um processo interminável de adaptação de meios para eliminar tudo que possa destruí-la, parcial ou totalmente. Segundo ele, a segurança existe quando, basicamente, se evidencia que o essencial, num determinado setor da atividade humana, está funcionando, concreta e regularmente, sem perturbações sensíveis. Nessa ordem de considerações, a disfunção grave, uma vez positivada, será causa de insegurança, resultando a ameaça à segurança, da possibilidade ou da iminência daquela disfunção.

Assim, a segurança será, em termos genéricos, a certeza de que tudo trabalha, coordenadamente, na atividade humana considerada, com plena capacidade para

⁷⁴ MAIA, J. Motta. *Enciclopédia saraiva do direito*. Coordenação de Limonge França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71 p. 301.

⁷⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. IV. p. 188.

⁷⁶ PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. P. 7-20.

enfrentar, com êxito, disfunções, a exemplo das carências, vulnerabilidades e adversões presentes ou potenciais⁷⁷.

Expressão de conteúdo amplo, na qual sobressai a obrigação do Estado de criar condições propícias ao pleno desenvolvimento dos cidadãos proporcionando garantias pessoais e de existência em sociedade, a segurança pública inclui-se no complexo de medidas estatais tendentes ao fim comum do bem-estar do homem, caracterizando-se por medidas que refletem os deveres da Administração Pública para com os cidadãos, exigindo uma constante atividade de vigilância.

Qualificando-se como uma situação de afastamento de perigo, atuam os órgãos públicos, encarregados da sua garantia, através das forças policiais realizando ações de defesa pública, atividade concreta que deflagra as potencialidades da segurança, estabelecendo-se entre defesa e segurança, uma relação de causa e efeito.

Nessa atuação, visa-se a preservação de valores fundamentais da sociedade civilizada, como a vida, a incolumidade das pessoas, o exercício de direitos e liberdades e o funcionamento das instituições. Busca-se preservar a convivência pacífica e harmoniosa, excluindo-se a violência das relações sociais. Atua-se contra o perigo - o antivalor, originário de manifestações antagônicas, com ou sem uso de força, que coloca em risco a ordem pública e a situação de preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O Estado, detentor do monopólio do uso da força nas sociedades organizadas, é o autor, o garantidor da segurança pública, atuando sob o império da Constituição e das leis, que definem quais os valores a serem protegidos e qual a abrangência e o limite da sua ação. Garante-se a segurança pública e, por conseqüência, a ordem pública através da atuação da Polícia, utilizando-se preventiva e repressivamente todos os meios do Poder Executivo, em ações diretas e imediatas e, ainda, pela atividade do Poder Judiciário, em ações penais contra as pessoas dos responsáveis pelos atos delituosos⁷⁸.

⁷⁷ PESSOA, op. cit., p. 11, nota 76.

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito administrativo da segurança pública. In: *Segurança e ordem pública*. p. 109-146. p. 125-128.

3. 3. Ordem pública

A análise da segurança pública pressupõe, necessariamente, a referência à ordem pública, tendo em vista a estreita relação existente entre ambas as concepções.

É clássica, embora tenha causado a seu tempo grande confusão conceitual e terminológica, a afirmação de Louis Rolland de que a segurança pública é um aspecto da ordem pública, ao lado de outros dois elementos seus constitutivos que são a tranqüilidade ou a boa ordem e a salubridade pública⁷⁹.

Segundo Álvaro Lazzarini, segurança pública é mais do que aspecto da ordem pública, constituindo-se em elemento seu, como parte essencial de algo composto, sendo a noção de ordem pública muito mais ampla e envolvente que a de segurança pública⁸⁰.

Esse entendimento é contestado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que considera que a correta relação entre ordem pública e segurança pública não é a do todo para a parte, nem de continente para conteúdo, mas de efeito para causa. Conforme este autor, “se as garantias proporcionadas pela segurança pública são eficientes e satisfatórias, tem-se mantida a ordem pública. Se as garantias proporcionadas pela segurança pública são deficientes ou insatisfatórias, tem-se abalada. Se as garantias proporcionadas pela segurança pública são insuficientes, está sacrificada a ordem pública. É, pois, como se vê, uma relação causal”⁸¹.

Com este sentido, Moreira Neto define segurança pública como “garantia da ordem pública”, concluindo que “segurança pública é o conjunto de processos políticos e jurídicos, destinados a garantir a ordem pública na convivência de homens em sociedade”⁸².

Para ele, a segurança pública constitui-se em atividade-meio, que tem por finalidade a ordem pública, sendo esta o seu objeto. Enquanto a ordem consiste numa idéia estática, correspondente a uma situação, a segurança equivale a uma idéia

⁷⁹ ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 9.ed. Paris: Daloz, 1947. p.399. Apud. MOREIRA NETO, op. cit., p. 143-144, nota 70.

⁸⁰ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.76.

⁸¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 152, nota 70.

⁸² MOREIRA NETO, op. cit., p. 152, nota 70.

dinâmica, é uma atividade, que existe como função de garantia da ordem. A segurança existe para evitar o comprometimento da ordem⁸³.

A noção de ordem pública é antiga, havendo referência a ela já no Direito Romano. Ao longo do tempo, sofreu modificações, influenciada por fatores de ordem política e jurídica, apresentando-se na atualidade, um conceito marcadamente jurídico, que transcende ao texto legal, superando a antiga idéia de ser ela, conjunto de normas.

Em doutrina de Paul Bernard, assenta-se em dois elementos universalmente reconhecidos que são: a ausência de perturbação e a disposição harmoniosa das relações sociais. A estes, devem ser acrescidos os elementos metajurídicos: a moral e os costumes. São as fontes extrajurídicas da ordem pública, referidas pelo citado autor francês, o qual afirma que a noção de ordem pública está no limite do legal e do moral, concluindo que esta não se impõe, senão na medida em que o meio social postule este imperativo⁸⁴.

Marcel Waline é partidário deste entendimento, afirmando que: “A noção de ordem pública é extremamente vaga e ampla. Não se trata apenas de manutenção normal da ordem na rua, mas também de manter uma certa ordem moral”. Para ele, sem moral não há ordem pública. Isto é invariável; o que varia, são os padrões morais no tempo e no espaço, mas sempre haverá uma moral⁸⁵.

De outro lado, a ordem pública é um estado, uma situação fática a ser mantida ou recuperada, que resulta da observância da ordem jurídica, aspecto visível de sua realização, como uma idéia que tem um direcionamento prático, ligada à harmoniosa convivência das pessoas, com a paz social, com a exclusão da violência e da intimidação e com o trabalho permanente dos agentes de segurança pública na guarda desses valores. Nestes termos, afirma Moreira Neto que, “a Ordem Pública é a concretização em tempo e lugar determinados, dos valores convivenciais postulados pela Ordem Jurídica. Assim, a Ordem Jurídica pode e deve balizar o emprego dos meios do Poder de Polícia, mas é a necessidade de manter a Ordem Pública que deve indicar as medidas de seu emprego dentro desses limites, em termos de oportunidade, conveniência e conteúdo. São, portanto, conceitos complementares”⁸⁶.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A segurança pública na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 109, p. 137-148, jan./mar. 1991. p. 139.

⁸⁴ BERNARD, Paul. *La notion d'ordre public en droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962. p. 12 e 25/ 257-258. Apud. MOREIRA NETO, op. cit., p. 129/132, nota 78.

⁸⁵ WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9.ed. Paris: Précis Dalloz, 1963. p. 642.

⁸⁶ MOREIRA NETO, op. cit., p. 134, nota 78.

Com essas considerações e visando o seu sentido prático, Moreira Neto conceitua ordem pública como “situação de convivência pacífica e harmoniosa da população, fundada nos princípios éticos vigentes na sociedade”⁸⁷.

Para Hely Lopes Meirelles, ordem pública é a “situação de tranqüilidade e normalidade que o Estado assegura, ou deve assegurar, às instituições e a todos os membros da sociedade, consoante as normas jurídicas legalmente estabelecidas”⁸⁸. É situação fática de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos individuais, para a coexistência pacífica na comunidade. Visa garantir o exercício dos direitos individuais, manter a estabilidade das instituições e assegurar o regular funcionamento dos serviços públicos, como também impedir os danos sociais, conceituados por Marcelo Caetano como “os prejuízos causados à vida em sociedade ou que ponha em causa a convivência de todos os seus membros”⁸⁹.

O administrativista pátrio citado destaca o caráter de variabilidade, no tempo e no espaço, do conceito de ordem pública, vinculado, contudo, “à noção de interesse público e de proteção à segurança, à propriedade, à saúde pública, aos bons costumes, ao bem-estar coletivo e individual, assim como à estabilidade das instituições em geral”. A proteção a esses bens, afirma o referido autor, “é, modernamente, confiada à polícia de manutenção da ordem pública, no nosso País exercida, precipuamente, pela Polícia Militar estadual”⁹⁰.

Álvaro Lazzarini refere-se também à variação temporal e espacial da noção de ordem pública, indicando ser este caráter determinante de sua incerteza e, em conseqüência, limitada nacionalmente. O autor cita Salvat, o qual afirma resultar a noção de ordem pública “de um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A noção obedece a um critério contingente, histórico e nacional”⁹¹.

Afirmam os doutrinadores que na noção de ordem pública deve estar inserido um mínimo de condições essenciais à vida social conveniente. Seu fundamento é dado em razão da segurança dos bens e das pessoas, da salubridade e da tranqüilidade,

⁸⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p. 138, nota 78.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. In: *Segurança e ordem pública*. p. 147-157. p. 156

⁸⁹ CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 342-343.

⁹⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 157, nota 88.

⁹¹ LAZZARINI, op. cit., p. 52, nota 80.

trinômio referido por Louis Rolland. Deve revestir-se, ainda, de aspectos econômicos, como as ações contra os monopólios, o açambarcamento e a carestia, e, ainda, de aspectos estéticos, como a proteção de lugares e de monumentos.

Como situação qualificada pela ausência de agitações e desordens, a ordem pública é geralmente entendida como limite ao exercício de direitos, assumindo particular importância em relação aos direitos de liberdade assegurados constitucionalmente.

Conforme já dito, o garantidor da segurança pública e, em consequência, da ordem pública é o Estado, que atua através dos agentes policiais, agentes da Administração Pública, preventiva e repressivamente, buscando a manutenção e restauração da ordem pública, realizando atividade própria da Polícia.

3. 4. Polícia e Poder de Polícia

Às situações de ameaça ou de lesão aos direitos dos administrados contrapõe-se o Estado através de uma força organizada que protege o indivíduo e a sociedade, buscando livrá-los de toda *vis inquietativa*. Esta força organizada é a Polícia, órgão estatal encarregado de atuar nas relações sobre as quais se funda a convivência das pessoas na sociedade e em todas as espécies de atos que perturbam ou ameaçam esta ordem.

A Polícia garante o Estado e os demais entes públicos, a coletividade e os indivíduos; tutela os interesses ideais e os bens materiais. Para os indivíduos, protege a vida, a saúde, a integridade, a liberdade, a honra, o patrimônio e, em geral, todos os direitos e interesses que na sociedade são considerados como dignos de respeito e que pertencem aos homens, não apenas como particulares, mas também como parte da referida coletividade ou ente público, garantindo ao mesmo tempo, a própria existência do Estado⁹².

O sentido de órgão verificado para esse instituto não se conforma à sua noção clássica de função ou atribuição do Estado, que lhe acompanha desde a sua origem e o identifica com o poder de polícia.

⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. v. 5. p. 16.

Deriva o vocábulo *polícia* do latim *politia*, que por sua vez procede do grego *politeia*, trazendo originalmente o sentido de organização política e de administração da cidade e do Estado.

Instituto de origem remota, a polícia passou, ao longo da história, por um processo de evolução, no qual as atribuições que lhe eram conferidas, alteraram-se, significativamente. Nesse processo, jamais perdeu, contudo, o seu caráter de entidade política, com função de preservação da ordem e da segurança públicas.

Durante a Idade Média, época provável do seu aparecimento, abrange todas as atividades da Administração, dirigidas tanto à prevenção de desordens na sociedade, como à prestação de serviços públicos voltados para o bem-estar físico, econômico e intelectual da população. No Estado de polícia, confunde-se, na atividade policial, a autoridade prepotente, sem limitações e sem lei, caracterizando-se pelo total desconhecimento da pessoa humana e inexistência de direitos. Visava à preservação do poder, evitando que o senhor ou rei fosse perturbado pelos súditos. Nessa fase, acentua-se a coação, própria da atividade de polícia.

No Estado liberal, marcado pela valorização do homem, no sentido de ser o mesmo, detentor de direitos naturais, reduz-se a atividade estatal, restringindo-se o objeto da atuação policial à segurança, à salubridade e à moralidade públicas, ficando o poder coativo do Estado reduzido a apenas esses objetivos. O Estado intervinha somente quando a boa ordem da comunidade encontrava-se em perigo, limitada a polícia a assegurar os direitos adquiridos.

Com o advento do Estado intervencionista, superada a fase inicial do Estado de Direito, o Poder Público passou a ter uma participação mais ativa na vida dos indivíduos, ampliando o campo de incidência das atividades de polícia. Concentra, na atualidade, além das atividades destacadas, aquelas relativas a setores das relações entre particulares, antes fora do alcance do Estado, abrangendo a ordem econômica e social. Inclui, ainda, a possibilidade da imposição aos administrados de obrigações de fazer, superando o modelo de polícia tradicional, limitado à imposição de obrigação de não fazer, adequando o exercício dos direitos individuais ao bem-estar geral⁹³.

Considera Cretella Júnior que são elementos necessários e integrantes do conceito de polícia: o *Estado*, por ser detentor único do poder de polícia; a *tranquilidade pública*, como condição indispensável para que a sociedade alcance o

⁹³ DI PIETRO, op. cit., p. 87-88, nota 64.

progresso; e as *restrições jurídicas à liberdade*, por serem necessárias para que a ação abusiva de um, não cause embaraços à ação da outra. A partir destes elementos, define polícia como: “conjunto de poderes coercitivos exercidos pelo Estado sobre as atividades do cidadão mediante restrições legais impostas a essas atividades, quando abusivas, a fim de assegurar-se a ordem pública”. Adverte este autor que, além da noção apresentada, o termo polícia encerra em si outras acepções, podendo significar o conjunto de atos de execução dos regulamentos e das leis⁹⁴.

Com esse sentido, Guido Zanobini conceitua polícia como a atividade da Administração Pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa e independente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares no interesse superior da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelas disposições penais⁹⁵.

Caracteriza-se a polícia como atividade típica da Administração Pública, compondo o rol de atividades administrativas essenciais do Estado que tem por finalidade satisfazer as necessidades de interesse geral. Em lição de Jean Rivero, por meio do serviço público, a autoridade pública toma, diretamente a seu cargo, a satisfação de uma necessidade de interesse geral, assegurando, quer à coletividade, quer aos particulares, individualmente, as prestações ou vantagens correspondentes. A polícia administrativa, por sua vez, é encarregada de impor a disciplina indispensável para que a livre iniciativa dos particulares não comprometa a ordem, condição de toda a vida social⁹⁶.

Atua a Polícia com poder, o *poder de polícia*, que possibilita o seu agir *in concreto*, colocando em atividade todo o aparelhamento de que dispõe, limitando coercitivamente o exercício da atividade individual, em prol do benefício da coletividade, assecuratório da estabilidade social.

Poder de polícia é, em essência, segundo afirmação de Odete Medauar, “a atividade da Administração Pública que impõe limites a direitos e liberdades”⁹⁷. Diogenes Gasparini, por sua vez, conceitua poder de polícia como a atribuição de que “dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da

⁹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 299, p. 9-21, jul./set. 1987. p. 10.

⁹⁵ ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6.ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1952. v. 5. p. 17.

⁹⁶ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 473.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 199, p. 89-96, jan./mar. 1995. p. 89.

propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social”⁹⁸.

A vida social importa, necessariamente, na regulamentação das condutas individuais para que a liberdade de cada qual se harmonize com a dos demais, adequando-a, ainda, ao interesse público de preservação e manutenção da convivência pacífica em sociedade. Implica, portanto, em medidas e limites ao comportamento dos indivíduos, estabelecendo uma ordem social. Os direitos conferidos aos administrados pelo ordenamento jurídico, relacionados com o uso, gozo e disposição da propriedade e com o exercício da liberdade, sofrem, no seu exercício, restrições e limites. Deve ser ele compatível com o bem-estar social ou com o próprio interesse público, não podendo constituir-se em obstáculo à realização dos objetivos do Estado e da sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com fundamento em Renato Alessi, adverte que as limitações administrativas não incidem sobre os direitos de liberdade e de propriedade, uma vez que estas integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Os condicionamentos ou restrições se dão em relação à liberdade e à propriedade⁹⁹.

Esses condicionamentos são alcançados pela *atribuição de polícia administrativa*, ou, como comumente designado, *poder de polícia*, expressão do monopólio da força que detém o Estado.

A atribuição de polícia administrativa é realizada pela Polícia, força organizada que protege a sociedade, formada por um segmento diferenciado de servidores, que devem ser capazes de manter, eficientemente, a ordem pública. A Polícia encerra em suas atribuições as atividades coercitivas da Administração Pública, legitimada no uso da força, atribuições essas que, fundadas no poder de polícia, são exclusivas da função administrativa e indelegáveis aos particulares.

Conforme destaca Odete Medauar, na atual configuração da Administração Pública, dividida entre uma face autoridade e uma face prestadora de serviços, o poder de polícia se situa precipuamente na face autoridade. Atua por meio de *prescrições*, diferente da atuação de serviço público, que opera por meio de *prestações*, abrangendo,

⁹⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 98.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 482.

também, o controle da observância das prescrições e a imposição de sanções em caso de desatendimento¹⁰⁰.

A atividade da Polícia, contudo, não se restringe, apenas, em impor limitações às atividades dos particulares por meio de prescrições. Realiza, também, serviço público, prestando atendimento direto à comunidade e aos seus membros, desempenhando atividades essenciais e necessárias para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, colocando o administrado em condição de usuário dessa prestação. É o que se verifica, fundamentalmente, na hipótese de iminente infração penal, na qual o administrado é detentor do direito à proteção a ser promovida pela força policial, cabendo à Administração Pública, através da Polícia administrativa, atuar preventivamente, como dever constitucional, evitando a situação de perigo para a vida, a integridade física, a liberdade ou ao direito de propriedade do indivíduo, condição de manutenção da ordem pública no Estado.

A atividade desempenhada pela Polícia que visa prevenir os danos sociais, dirige-se, imediatamente, à coletividade, refletindo sobre os seus membros, tornando-os destinatários de prestações e restrições em relação à sua potencialidade de atuação. Apresenta, portanto, natureza híbrida: de um lado atua por meio de prescrições; de outro oferece prestações. **Em relação aos destinatários da atuação preventiva, dever da Administração, configura-se a atividade como serviço público, atividade de prestação justificada pela sua evidente necessidade para a subsistência da coletividade e proteção dos indivíduos.** Em relação aos destinatários da atuação prescritiva, a atividade da Polícia caracteriza-se como uma restrição das suas potencialidades, limitando coativamente os seus comportamentos e atividades, para adequá-los ao interesse da coletividade.

Na relação que se estabelece entre serviço público e atividade de polícia, considere-se, ainda, que figura o poder de polícia como instrumento para a realização dos serviços públicos. Assegura a Administração Pública a prestação dos mesmos mediante o poder de coação, própria da Polícia, que defende a sua boa ordem.

Pela atividade que realiza, a Polícia tem sido, por influência dos franceses, tradicionalmente subdividida em dois ramos principais: a Polícia administrativa ou preventiva e a Polícia repressiva ou judiciária. Cada uma delas intervém em momento determinado, tendo os seus respectivos raios de atuação. A Polícia administrativa exerce

¹⁰⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 95, nota 97.

atividade essencialmente preventiva, embora, em determinadas situações atue repressivamente, dirigida ao impedimento ou paralisação de atuações anti-sociais, prevenindo a prática de infrações penais. Incide sobre bens, direitos ou atividades dos indivíduos, adotando providências para a manutenção da ordem pública e garantia dos direitos fundamentais. Age antes dos acontecimentos, buscando evitar que as perturbações se verifiquem. É regida por normas de Direito Administrativo.

A Polícia judiciária, por sua vez, é notadamente repressiva, podendo ter também caráter preventivo, atuando após a ocorrência da infração penal. Auxilia o Judiciário na repressão dos delitos, realizando investigação e fornecendo elementos relativos à autoria e materialidade do fato criminoso, para que possa ser proposta a ação penal em juízo. Incide sobre a pessoa e seu exercício é privativo de órgão policial determinado. Rege-se por normas de Direito Processual Penal.

Fala-se, ainda, em uma terceira espécie de Polícia, a mista, que seria aquela que realiza, sucessiva ou simultaneamente, de forma cumulativa, as funções preventiva e repressiva.

Conforme observação de Cretella Júnior, há autores que preferem dividir a Polícia em duas classes: Polícia de segurança e Polícia administrativa. A primeira, é aquela que visa a defesa imediata dos direitos dos indivíduos e do Estado. Seu objetivo é tríplice: ordem, segurança e tranqüilidade. Administrativa é a polícia que tutela a boa ordem da coisa administrativa, constituindo o serviço público o seu objeto primordial. Divide-se, por sua vez, em tantos ramos quantos sejam os da Administração¹⁰¹.

A Polícia administrativa, com função preventiva, exerce a sua atividade fundada no poder de polícia, exteriorizando-se através de atos de polícia, que como atos administrativos têm requisitos de validade e existência. Requerem, assim, que se originem de órgão competente, conforme definição em lei, devendo ser praticados pelos integrantes das forças policiais, que compõem os quadros da Administração Pública. Sua finalidade é a realização do bem comum, com a preservação da ordem pública e a integridade física e patrimonial do administrado. Deve ser observada a forma que lhes é própria e lícito o seu objeto.

Os atos de polícia, próprios da Administração Pública, possuem como atributos a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade. São impostos imperativa e coercitivamente aos seus destinatários, decididos e realizados sem a

¹⁰¹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 11, nota 94.

intervenção do Poder Judiciário, não necessitando de prévia autorização deste Poder para sua concretização jurídico-material. No exercício de sua atividade, os agentes policiais encontram-se legitimados para o emprego da força, quando esta for necessária para a preservação ou o restabelecimento da ordem pública. A coação administrativa torna-se, contudo, ilegítima, quando é aplicada de forma arbitrária, abusiva e desproporcional, desrespeitando os direitos dos administrados, assegurados constitucionalmente.

A Polícia administrativa, atuando por meio das limitações administrativas ou prestando serviço público, busca evitar o dano social e o dano individual. Visa o interesse coletivo, com o ajustamento do exercício da liberdade e da propriedade ao bem comum, além da proteção aos direitos essenciais dos administrados, fundamento maior da existência do Estado de Direito. Com o propósito de evitar uma consequência anti-social, veda-se comportamentos, restringe-se a livre atividade dos particulares, policia-se a conduta exorbitante de cada um dos componentes do grupo. Restringe-se a liberdade individual com o fim de assegurar a própria liberdade e os outros direitos essenciais do indivíduo.

Por meio do poder de polícia, o Estado busca manter o equilíbrio entre os direitos dos indivíduos e os da sociedade, para que seja possível a própria existência social. É o poder de polícia que legitima a ação e a própria existência da Polícia.

Diz-se que o poder de polícia é discricionário. Deve, contudo, sujeitar-se às balizas estabelecidas na lei. Reconhece o Direito a possibilidade do agente policial aferir e valorar a atividade policiada, segundo critério de conveniência, oportunidade e justiça, inclusive quanto à sanção de polícia a ser imposta. Não se exige que as medidas de polícia tenham predeterminação legal, estando compreendidas dentro de uma liberdade de agir, limitada apenas pelos direitos e garantias assegurados, expressamente, pela legislação.

Sujeita-se, assim, no seu exercício, à limites que estão assentados nos direitos dos cidadãos, nas prerrogativas individuais e nas liberdades públicas, previstas em dispositivos constitucionais e nas leis. A barreira ao arbítrio das autoridades é o império da lei. Submete-se a Polícia na sua atuação ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional. É informada, ainda, pelo princípio do *favor libertatis* ou *pro libertate*, que a obriga a resolver em favor da liberdade, em caso de dúvida sobre a possibilidade da medida restritiva ou da sua extensão.

Os agentes policiais têm o dever de agir, obrigados por lei a atuarem na preservação e restabelecimento da ordem pública e na proteção dos indivíduos. Têm o dever, ainda, de atuarem em conformidade com o estabelecido pelo sistema normativo. **A omissão no exercício do dever funcional ou o seu exercício inadequado, além do abuso ou da arbitrariedade, pelo uso indiscriminado da força, constituem ilícitos, pelos quais o Estado deve responder quando causarem danos aos administrados.**

Conforme afirmação de Álvaro Lazzarini, “o poder de polícia, legitimando, como legítima, a atividade policial, a ação de polícia importa na presente e premente necessidade básica da população de sentir-se com segurança e bem-estar, para que o homem possa processar as suas atividades do modo mais perfeito possível. Seguro, o homem pode trabalhar melhor, implicando a ordem no progresso do Estado, tudo como exigência do bem comum”¹⁰².

3. 5. A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988

Na Constituição Federal em vigor no Brasil, o legislador constituinte estabeleceu, no *caput* do seu art. 5º, a **segurança**, como um dos direitos individuais fundamentais, juntamente com a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade, assegurando a sua inviolabilidade.

No capítulo referente à segurança pública, inserido no título que trata da defesa do Estado e das instituições democráticas, determinou-se, em seu art. 144, que: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I- polícia federal; II- polícia rodoviária federal; III- polícia ferroviária federal; polícias civis; V- polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

Em seus parágrafos fixa a atribuição dos órgãos referidos, além de outros aspectos relativos ao disciplinamento da matéria.

Tratou a Carta Magna de 1988, com clareza e objetividade, do sistema nacional de segurança pública, definindo de forma mais precisa as atribuições e os órgãos policiais, bem como a articulação entre eles.

¹⁰² LAZZARINI, Álvaro. Do Poder de Polícia. *Justitia*. São Paulo, v. 133, p. 45-52, jan./mar. 1986. p. 52.

Ao elencar a segurança como espécie de direito fundamental individual, elevou-a à condição de valor tutelado constitucionalmente, estabelecendo, para o seu detentor, prerrogativas que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igualitária, um estado de proteção, de amparo que se exterioriza na garantia de poder exercer e gozar todos os seus demais direitos. Deve, portanto, além de ser formalmente reconhecida, concreta e materialmente efetivada. A inviolabilidade assegurada impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder.

O fato da segurança ter sido considerada constitucionalmente como um direito, não impede que ela seja entendida como um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo *segurança*.

A segurança pública, tratada pelo constituinte de 1988, no art. 144, da Constituição Federal, visa estabelecer um estado anti-delitual, uma situação de segurança, de preservação ou restabelecimento da convivência social pacífica, permitindo a todos desfrutarem de seus direitos. Uma situação de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, conforme, taxativamente, estabeleceu o legislador.

Valorizou-se com isso, o principal aspecto da ordem pública, qual seja a segurança pública, preservando a adequada relação entre elas, considerando que a segurança pública deve ser exercida em função da ordem pública, seja como seu elemento, seja como sua causa.

O dever de promovê-la é do Estado, poder-dever que não se consubstancia apenas na preservação contingencial da ordem pública contra manifestações ou desordens, mas também, da preservação permanente das corretas atitudes da população diante dos valores da ordem, como condição existencial da sociedade e de seu desenvolvimento¹⁰³, e que tem como pressuposto mínimo a dignidade da pessoa humana.

Prescreveu o legislador constituinte que a segurança pública, além de ser um dever do Estado, é também responsabilidade de todos, de todas as pessoas individualmente consideradas e da própria sociedade. Em um Estado democrático, é responsabilidade de todos ser o Estado da forma como é. A segurança, como um de seus pressupostos, deve ser discutida e assumida como responsabilidade permanente de todos, Estado e população.

¹⁰³ MOREIRA NETO, op. cit., p. 138, nota 83.

Isto, contudo, não implica em que todos sejam competentes, ou que possam executar atividade de polícia, pois estas são reservadas aos órgãos federais e estaduais, textualmente elencados, na Lei Maior, no seu art. 144.

Essa norma está de acordo com o art. 5º da Carta, que garante, entre outros, o direito à segurança, perante o qual todos têm responsabilidades. A sociedade, embora tenha transferido ao Estado o monopólio da coerção, tem, ainda assim, o dever de colaborar ou, pelo menos, de não dificultar a prestação estável de segurança pública. Particularmente, cabe a cada um dos membros da coletividade atuar com diligência, evitando situação de risco, que comprometa a garantia e a proteção de bens e valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

A segurança pública, como atividade voltada para a garantia da ordem pública, deve ser legítima, moral e conforme as prescrições normativas, sujeitando-se aos mesmos condicionamentos da ordem pública, que é a sua finalidade. Seu exercício dá-se mediante a realização de atribuições próprias, por órgãos com competência definida.

As atribuições relativas à segurança pública, bem como os órgãos encarregados da sua prestação, estão referidos nos parágrafos e incisos do art. 144, da Carta Constitucional. Estes órgãos foram instituídos em *numerus clausus*, numa enumeração taxativa que impede a instituição de órgão policial incumbido da segurança pública por qualquer esfera de governo estatal, fora do que a Lei Magna estabelece.

Cada um dos seis órgãos policiais referidos na Constituição, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Cíveis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, tem atribuição definida no texto constitucional.

Não há entre esses órgãos policiais de segurança uma relação de hierarquia ou de supremacia de um em relação ao outro. Atuam os seus agentes investidos de autoridade, nos estreitos limites de sua área de ação, constitucionalmente estabelecida, exercendo o poder de polícia, atuando preventiva e repressivamente.

A Polícia Federal é órgão permanente, estruturado em carreira, desempenhando funções investigatórias e administrativas, elencadas na Constituição Federal, no § 1º, do art 144, e na legislação federal. Destina-se, fundamentalmente, a apurar infrações penais da competência da Justiça Federal; a prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho; a exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras; e exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

As Polícias Rodoviária e Ferroviária Federais, também órgãos permanentes, integrantes da polícia administrativa, destinam-se ao patrulhamento ostensivo e à manutenção da segurança das rodovias e ferrovias federais, nos termos da lei (art. 144, §§ 2º e 3º, CF).

À Polícia Civil, nos termos da Constituição Federal, incumbe a função de polícia judiciária (art. 144, § 4º), atividade notadamente repressiva, que se desenvolve após a prática do ilícito penal, envolvendo atividades de investigação para a apuração das infrações penais (exceto as militares) e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer elementos necessários ao Ministério Público para a instauração da ação penal. Nessa função, atua como auxiliar do Poder Judiciário, realizando repressão indireta e mediata, a nível individual. Tem ela, também, função de polícia administrativa, assegurando a ordem pública, buscando impedir ou impedindo a prática de crimes, com uma atuação preventiva.

A Polícia Militar, privativa das corporações militares, denominada comumente de Força Pública, tem como atribuição constitucional o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º, CF). As expressões utilizadas pelo legislador não se referem, na verdade, a formas de atuação distintas, estando uma contida na outra, já que a polícia ostensiva se destina, fundamentalmente, à preservação da ordem pública, pela ação dissuasória da presença do agente policial fardado. A sua atuação não se restringe apenas à preservação da ordem pública, mas também ao seu restabelecimento. Realiza, de fato, a prevenção e repressão imediata, atuando a nível coletivo e individual, buscando assegurar a situação de tranqüilidade e paz social, adotando medidas necessárias para se evitar situações de perigo ou de dano para as pessoas.

A repressão exercida por este órgão policial não constitui infringência ao dispositivo constitucional, já que quem tem a incumbência de preservar a ordem pública, tem o dever de restaurá-la, quando de sua violação¹⁰⁴. Essa atuação, contudo, deve ser imediata, transferindo-se a ocorrência relativa à infração penal, após as providências iniciais necessárias, à esfera de atribuição da Polícia Civil.

Os Corpos de Bombeiros Militares tem por função a execução de atividades de defesa civil, exercendo atividade voltada para a ordem pública, relativa à tranqüilidade e a salubridade públicas, que tem reflexos na segurança pública.

¹⁰⁴ LAZZARINI, Álvaro. Da segurança pública na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 104, p. 233-236, out./dez. 1989. p. 235.

Dos órgãos elencados constitucionalmente, tem particular interesse para o tema desenvolvido, nesse trabalho, a Polícia Militar, sendo aquele que realiza a função de polícia administrativa, polícia de manutenção da ordem pública, que atua preventivamente, com o objetivo de impedir atos individuais ou coletivos que atentem contra a segurança interna, as atividades lícitas, os bens públicos ou particulares, a saúde e o bem-estar da população e a vida dos cidadãos, mantendo a situação de garantia e normalidade que o Estado assegura, ou deve assegurar, a todos os membros da sociedade, possibilitando a coexistência pacífica entre eles.

Tem este órgão por função primordial a manutenção da ordem pública em policiamento ostensivo, com elementos fardados, que pela sua presença, como força de dissuasão, previne e reprime movimentos perturbadores da tranquilidade pública. Seus agentes exercem o poder de polícia, poder instrumental do Estado que visa a promoção e a garantia da ordem pública e a preservação de outros valores essenciais à convivência social, como o são a salubridade, o decoro e a estética, contra o exercício abusivo das liberdades e direitos individuais e do poder pelos próprios órgãos públicos.

A segurança pública, prevista na Constituição Federal de 1988 como um dos deveres do Estado, impõe a este ente público a obrigação de agir, garantindo a convivência harmônica e pacífica em sociedade, resguardando os direitos dos administrados, protegendo-os das condutas abusivas de seus agentes e da ameaça, violência ou agressão de outras pessoas. Com essa finalidade deve realizar as atividades que lhe são próprias e que, tendo o caráter público, conformam-se às regras gerais impostas a toda atividade administrativa do Poder Público. Devem ter funcionamento equitativo, contínuo, evolutivo e eficaz.

Deixando de exercê-las ou exercendo-as em desacordo com os seus princípios diretores, as conseqüências daí advindas devem ser imputadas ao ente estatal, pessoa jurídica a que se vinculam os órgãos e agentes públicos, responsável direta pela ação ou omissão de seus agentes.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

1.Considerações Gerais

A responsabilidade do Estado constitui um dos temas de maior relevância do Direito Público, envolvendo a relação jurídica entre Estado e administrados, como forma de assegurar os direitos fundamentais positivados no Ordenamento Jurídico e a manifestação de cidadania.

Apresenta este instituto duplo caráter, constituindo-se, ao mesmo tempo, em instrumento garantidor dos direitos dos indivíduos e limitador ou controlador da atuação estatal. Segundo Jean Rivero, é peça fundamental do Estado Liberal que reflete uma certa forma de civilização¹.

Ainda que sua relevância seja manifesta, o seu tratamento pela doutrina, legislação e jurisprudência está longe de esgotar todas as complexas questões que a matéria apresenta. Muito há, ainda, por se fazer, o que justifica que os estudiosos do Direito Administrativo empreendam os seus esforços no sentido de definir, esclarecer e sistematizar a matéria.

A evolução por que passou o instituto da responsabilidade do Estado, ao longo da história, é significativa, tendo superado a fase da completa irresponsabilidade, para o reconhecimento, quase total, da responsabilização desse ente público, em nossos dias.

Surpreende a vitalidade desse instituto, já que, para chegar ao momento atual, teve que superar uma situação inicial absolutamente adversa, informada pela concepção da origem divina do poder estatal, que impunha a infalibilidade do rei e a não responsabilização do Poder Público.

Durante esse período de evolução, o Estado adquiriu um crescente poder, tornando cada vez maior a sua ingerência na vida das pessoas, submetendo-as ao seu controle, em suas relações individuais e sociais.

A par disto, a evolução do próprio Estado e da sociedade determinou o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, evoluindo os ordenamentos jurídicos dos povos no sentido do seu asseguramento. Desenvolveu-se, por parte dos indivíduos, uma maior conscientização dos seus direitos, deveres e obrigações de todos, surgindo, em conseqüência, a necessidade de uma proteção jurídica mais eficaz.

¹ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 305.

A evolução da concepção de responsabilidade jurídica resulta, assim, da própria evolução social.

Segundo Yussef Said Cahali, responsabilidade do Estado é “a obrigação legal que lhe é imposta de ressarcir os danos causados por suas atividades a terceiros”².

É a obrigação imposta ao Estado de responder pelos danos causados, pelos seus agentes, às pessoas físicas ou jurídicas, no exercício das atividades que lhe são próprias.

Responsabilidade é obrigação, é dever de responder. Em seu sentido técnico-jurídico, o termo *responsabilidade* deriva de seu conceito etimológico do latim *respondere* - responder, ser obrigado a responder, responsabilizar-se.

Para Guido Zanobini, responsabilidade é expressão que indica a situação de todo aquele, a quem, por qualquer título, incumbem as conseqüências de um fato danoso³.

Toda manifestação da atividade humana, ensina Aguiar Dias, traz em si o problema da responsabilidade. Não se constitui em fenômeno exclusivo da vida jurídica. Trata-se de aspecto da realidade social, vinculando-se a todos os campos da atuação social.

Todo ato humano, na sua transcendência da pessoa do agente para o meio ambiente, traz ínsito a questão da responsabilidade, situação daquele que é convocado a responder pela transformação que causou, no ambiente que o cerca, alcançando a sua ação, além do mundo físico, o social, o moral, o religioso, o político, o econômico e o jurídico. Em todos eles há normas que limitam a ação humana e, quando transpostas, desencadeiam a aplicação de sanções, seja de ordem material, seja moral ou espiritual.

Em afirmação de Cretella Júnior, a responsabilidade jurídica é a própria responsabilidade *in genere*, transposta para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão do agente, privado ou público, que tendo contrariado norma jurídica objetiva, obriga-o a responder com sua pessoa ou bens⁴.

Correntemente em Direito, responsabilidade significa, *latu sensu*, uma obrigação. Em acepção particular, indica uma obrigação decorrente de ato ilícito.

Na sua origem, a responsabilidade era conseqüente apenas da violação de uma regra de Direito escrito. Com o aperfeiçoamento do Direito, adotou-se, além da ilicitude do ato, a culpa, em sentido estrito, considerando responsável também aquele que agisse com imprudência, negligência ou imperícia.

² CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 1.

³ ZANOBINI, Guido. *Corso do diritto amministrativo*. 6.ed. Milano: Dott A. Giuffré, 1952. v. 1, p. 269.

⁴ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 8, p.13.

Nesse processo de aperfeiçoamento, a responsabilidade civil cria contornos próprios, perdendo o seu caráter originário de instrumento de vingança, tornando-se um instrumento técnico, destinado a recompor o equilíbrio rompido pelo dano causado a alguém.

Tem como elemento configurador a ocorrência de um prejuízo que afeta o equilíbrio social. É o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano, a causa geradora da responsabilidade⁵.

Pressupõe, assim, a existência do agente, pessoa que com sua ação ou omissão causa um prejuízo a outrem; a pessoa que sofre o prejuízo; o prejuízo; e a sanção, consistente na obrigação de reparar os danos para a recomposição do equilíbrio violado.

Como já se observou em estudo anterior⁶, a responsabilidade, como instituto jurídico, teve, em princípio, uma formulação *in abstracto*, sem vinculação com as espécies desdobráveis dos dois ramos em que se bifurca a Ciência do Direito, comum, portanto, ao Direito Público e ao Direito Privado, aderente à pessoa física de direito privado e à pessoa jurídica de direito público ou privado.

Com a evolução por que passou este instituto, deu-se o reconhecimento da capacidade, não só das pessoas físicas ou naturais, mas também das pessoas jurídicas, de praticarem atos ilícitos e, em consequência, tornarem-se responsáveis. O reconhecimento da responsabilidade em relação ao Estado verificou-se posteriormente, como resultado das novas concepções deste instituto e também do surgimento da concepção jurídico-liberal do próprio Estado.

Com isso, separou-se a responsabilidade jurídica em duas categorias: a de Direito Privado, própria do Direito Civil e a de Direito Público, pertinente ao Direito Administrativo.

Instituto bastante antigo, já consolidado, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado tem suas raízes no Direito Romano e se fundamenta na ilicitude do ato e na culpa do agente causador do dano, admitindo em casos excepcionais a responsabilidade por risco.

A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público tem pouco mais de uma centena de anos e é informada por princípios publicísticos, exorbitantes e derogatórios do Direito Comum. Surgiu com o Direito Administrativo, como criação

⁵ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 51.

⁶ FREITAS, Marisa H. D'Arbo Alves. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 1993, 234p. Tese (mestrado em Direito), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, 1993. p. 33-35.

jurisprudencial, por obra do Tribunal de Conflitos francês, a partir da famosa decisão do caso Blanco, de 1873.

Dentre as pessoas jurídicas de direito público, a mais destacada delas, o Estado, tem reconhecida a sua capacidade para o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações: um sujeito de direitos, com personalidade autônoma, capaz de querer por si e não apenas produto de uma ficção jurídica, como propunham Duguit e os partidários de sua escola.

Da capacidade para figurar como sujeito das relações jurídicas, decorre a sua responsabilidade, obrigação de responder pelos danos causado por sua ação ou abstenção lesiva.

Da mesma forma que no Direito Privado, a responsabilidade do Estado traduz-se na obrigação de reparar os danos ocasionados a terceiros e se esgota com a satisfação da prestação pecuniária correspondente. Tem, contudo, uma amplitude maior que a da obrigação reparatória das relações privadas, em razão dos princípios que regem a atuação estatal, e que acaba por colocar este ente jurídico em posição de devedor sempre que houver dano e nexos causal entre este e a atividade desenvolvida por agente seu.

Enquanto no âmbito privado, a responsabilidade fundamenta-se na obrigação de obediência às leis e aos deveres impostos pelo ordenamento jurídico, no que concerne ao Estado e aos entes públicos, embora não sejam desconsiderados tais fundamentos, a responsabilidade assenta-se em um princípio mais substancial de justiça distributiva, que busca evitar que qualquer dano injustificado, não seja repartido equitativamente por todos os administrados⁷.

Constitui-se em um instrumento de justiça social, indo, contudo, além de meio técnico-jurídico de composição patrimonial do conflito de interesses entre o ofendido e o ofensor, configurando uma forma de autolimitação jurídica do poder do Estado, conseqüente da progressiva juridicização da atividade estatal, corolário do Estado de Direito contemporâneo.

⁷ ZANOBINI, op. cit., p. 269-270, nota 3.

2. Responsabilidade do Estado: aspectos, categorias e natureza

A responsabilidade do Estado, como obrigação deste ente público de responder pelos danos causados aos administrados, em razão de comportamento de agente seu, incide sobre todas as funções que lhe são próprias e que são realizadas visando o bem comum ou o interesse público.

No Estado Constitucional Moderno, em que se reconhece a unidade do Poder estatal, a divisão das funções obedece a uma necessidade de organização eficiente, para o desempenho de suas atribuições ou de desconcentração do poder, para uma maior proteção da liberdade dos indivíduos. Não há, em princípio, com essa divisão e especialização das funções estatais, a isenção de responsabilidade de nenhum dos poderes constituídos, no desenvolvimento das atividades que lhes são próprias. A rigor, toda atividade estatal traz em si a questão da responsabilidade. Responde o Estado da mesma forma e sob os mesmos fundamentos, tanto em relação aos atos do Executivo, quanto do Legislativo e do Judiciário, quando estes atos ocasionarem prejuízo aos administrados.

Observa-se, contudo, que mesmo figurando, na atualidade, incontestável a responsabilidade estatal frente ao particular, por ser um dos princípios do Direito Público e garantia do Estado de Direito, o seu reconhecimento sem maiores reservas só ocorre em relação aos comportamentos provenientes da Administração Pública. No que se refere às outras funções estatais, a judiciária e a legislativa, a matéria é, ainda, muito incipiente, afirmando os doutrinadores a incidência da responsabilidade somente em casos excepcionais.

Em razão disso, e considerando ainda que de todas as funções estatais a que mais suscetível se acha de ocasionar danos ao patrimônio de terceiros é a administrativa, o enfoque dado à matéria, no âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial, tem sido centrado nesta atividade, desenvolvendo-se a teoria da responsabilidade estatal quase que exclusivamente em relação a ela.

Independente de ser a atividade lesiva própria do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, vale a observação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, de que a responsabilidade é sempre do Estado, pessoa jurídica com capacidade, titular de direitos e obrigações, ou, ainda, das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no

exercício de parcela de atribuições estatais, sendo incorreto falar-se em responsabilidade da Administração, já que esta não tem personalidade jurídica⁸.

A atividade lesiva da Administração Pública poderá decorrer do descumprimento de um contrato ou da infração das obrigações gerais que todos têm de respeitar, referentes ao patrimônio e à incolumidade alheios. Nestes termos, a responsabilidade poderá ser contratual ou extracontratual. A primeira, originária do desrespeito às cláusulas contratuais, implica na obrigação de indenizar como substitutivo da prestação prevista no contrato. A segunda, decorre da violação do dever jurídico de dar, fazer ou deixar de fazer algo que, não satisfeito, gera a lesão e impõe ao Estado a obrigação de ressarcir os prejuízos causados.

A responsabilidade extracontratual, objeto central de interesse nesse estudo, também chamada aquiliana ou fora do contrato, pode decorrer de atos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, comportamento comissivo ou omissivo do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro e que este dano se origine de comportamento de agente público.

Sendo o Estado pessoa jurídica de direito público, entidade abstrata criada pelo homem para dirigir a vida da coletividade, prescindindo do atributo físico, manifesta sua vontade e atua através de órgãos, instituídos para o desempenho das atribuições estatais. Centros de competências, estes órgãos atuam por meio de agentes que, em razão da atividade que exercem, recebem o qualificativo de *públicos*.

Segundo Celso A. Bandeira de Mello, são agentes públicos todos aqueles que prestam serviços ao Poder Público (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias) ou realizam atividades da alçada deste⁹. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com fundamento no ordenamento constitucional vigente em nosso país, define agente público como “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”¹⁰.

Estes agentes, na medida que se apresentam revestidos dessas qualidades, atuam em nome do Estado, e se, no exercício das atividades que lhe competem, vierem a causar danos aos administrados, o Estado será o responsável direto. Responde o Estado como atuação sua, pela ação ou inação de seus agentes, de qualquer nível de escalão, quando desempenhem um mister público. Responde, ainda, subsidiariamente, em

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 355.

⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p.3.

¹⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 305, nota 8.

relação aos atos praticados pelos auxiliares estatais, pessoas jurídicas de direito público e privado, que desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação¹¹.

Esta concepção decorre da teoria organicista do ente público, desenvolvida na Alemanha, por Otto Gierke, amplamente aceita na doutrina atual, e que fundamenta a relação do Estado com os seus agentes. Nesta teoria há a fusão da pessoa jurídica e o seu agente, pessoa física, considerados como uma unidade, sendo o órgão parte integrante do Estado.

Pela concepção organicista do ente público, a atividade do agente ou funcionário, configura-se como atividade da própria pessoa jurídica a que se vincula, sendo atribuíveis a ela todas as conseqüências dessa atividade. A relação entre o Estado e os atos de seus agentes é uma relação orgânica, de imputação direta.

A responsabilidade extracontratual do Estado é, assim, via de regra, direta, perante o lesado. O Estado deve reparar os prejuízos diretamente à vítima, amigavelmente, no próprio âmbito administrativo, ou em ação indenizatória, proposta perante o juízo competente.

Há casos, porém, nos quais se fala em responsabilidade indireta do Estado, como na culpa *in vigilando*, em que o Poder Público é chamado a exercer vigilância sobre pessoas confiadas a seu cuidado e não tenha procedido com as diligências necessárias, ou quando os danos são produzidos por pessoas ligadas por uma relação direta com a administração, mas sem serem revestidas da qualidade de órgãos¹².

Manifestando-se o Estado através de seus agentes, na sua responsabilidade está impressa a responsabilidade dos mesmos, constituindo esta, o substrato da responsabilidade estatal.

O agente público, todavia, não se exime de sua responsabilidade, pelo fato de sua atuação ser imputada ao Estado. Poderá ele responder, no âmbito civil, solidariamente com o Estado ou, em ação regressiva, proposta contra ele pelo Estado, em razão da indenização devida aos administrados, derivada da sua atividade lesiva. Sujeita-se, ainda, o agente público, pela sua atuação, às outras formas de responsabilização admitidas no Direito. Poderá ele responder disciplinarmente, se a sua ação ou omissão infringiu normas disciplinares, relativas ao exercício de cargo ou

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 581-582.

¹² CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 19, nota 4.

função pública e, também, penalmente, se a sua atuação for qualificada como infração penal, tipificada no ordenamento jurídico penal.

Em relação ao Estado, incide somente a responsabilidade de natureza patrimonial, já que a sanção a que se sujeita, em razão dos danos provocados com a atuação de seus agentes, é essencialmente de cunho pecuniário, visando o restabelecimento da situação patrimonial do lesado.

Este aspecto é determinante do qualificativo *civil*, adotado para a responsabilidade do Estado, pela doutrina tradicional. Na grande maioria dos casos, os autores referem-se a esta modalidade de responsabilidade como *responsabilidade civil do Estado*. Há aqueles, contudo, que criticam esta expressão por constituir um pleonismo, considerando que a pessoa jurídica só é passível de responder patrimonialmente pelos comportamentos de seus agentes, caráter exclusivo da responsabilidade civil.

Conforme colocação feita em estudo anterior sobre a questão, adota-se como designação da matéria, apenas *responsabilidade do Estado*, dispensando o qualificativo *civil*, entendendo que a sua utilização pode predispor à associação deste instituto obrigacional com aquele do Direito Civil, regido por princípios privatísticos, diversos daqueles que regem a responsabilidade estatal, podendo conduzir à formulação de conceitos inexatos¹³.

Acrescente-se, ainda, que é contestável a afirmação de que a responsabilidade do Estado é qualificada como civil pois, como pessoa jurídica, este ente público só seria passível de responder civilmente pela sua atuação. Na atualidade, é aceita pela doutrina e legislação universais a concepção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, concepção esta, adotada por nossa Constituição em vigor, que no seu art. 225, § 3º, estabelece a sujeição do infrator, pessoa física ou jurídica, à sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos, em relação às atividades e condutas lesivas ao meio ambiente.

A responsabilidade do Estado de caráter extracontratual, objeto de interesse desse trabalho, é, assim, uma responsabilidade pública, regida por princípios próprios do Direito Público, de natureza patrimonial, com sua incidência restrita à compensação dos danos causados aos administrados pelos órgãos do Poder Público, através de uma prestação pecuniária.

¹³ FREITAS, op. cit., p. 38-39, nota 6.

No âmbito da obrigação patrimonial é possível falar-se em restituição, ressarcimento, reparação e indenização, como formas de prestação conseqüentes da responsabilização do sujeito de direitos. A restituição, como conseqüência mais simples do ato lesivo, consiste na devolução de um bem, pelo ofensor ao ofendido. O ressarcimento é o pagamento do dano material ocasionado, em toda a sua extensão, incluindo o prejuízo emergente e o lucro cessante. A reparação é devida quando o dano for moral, não tendo, portanto, caráter material. A indenização, por sua vez, é cabível, no âmbito do Direito Público, quando o prejuízo sofrido pelo administrado originar-se de ato lícito dos agentes públicos.

Embora tecnicamente esta seja a terminologia adequada, não há, em geral, entre os doutrinadores a preocupação com a distinção apresentada, utilizando-se indistintamente todos os termos, a exceção de restituição, com o mesmo significado.

Deve-se observar, porém, que o problema da responsabilidade do Estado não se confunde com as hipóteses de indenização a cargo do Poder Público, quando há sacrifício de certos interesses privados, autorizado pela ordem jurídica, como na desapropriação, ocorrendo, neste caso, a conversão de direitos na sua correspondente expressão patrimonial. Neste sentido, a doutrina formulada por Renato Alessi¹⁴, seguida, dentre outros, por Garrido Falla¹⁵, o qual considera haver responsabilidade estatal apenas nos casos de atos ilícitos que compreendam a violação de direito; nas hipóteses de atos lícitos, em que há o sacrifício ou mera lesão a um direito, previsto e autorizado pelo ordenamento jurídico, será cabível a indenização.

3. Evolução doutrinária da responsabilidade do Estado

No âmbito do Direito Público, a teoria da responsabilidade do Estado é aquela que se submeteu ao mais marcante e significativo desenvolvimento, originando-se de uma situação extremamente desfavorável de irresponsabilidade total, vigente à época dos governos absolutos, cujo poder do príncipe foi herdado pela soberania nacional, permanecendo a imunidade do poder estatal nos governos que se sucederam, a tal ponto

¹⁴ ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Dott A. Giuffré, 1939, p. 155 e ss.

¹⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. 2. p.245-246.

que, ainda no final do século XIX, afirmava Laferrière que o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação.

A doutrina da responsabilidade do Estado evoluiu, assim, da concepção da irresponsabilidade para a da responsabilidade desse ente jurídico, fundando-se inicialmente na culpa, fase civilística ou da culpa civil comum, e depois para a fase publicística, da responsabilidade sem culpa.

São apontadas como causas dessa evolução: o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que o faz sujeito de direitos e obrigações; a teoria organicista do ente público, estabelecendo uma relação de imputação entre o Estado, pessoa jurídica, e as atividades desenvolvidas pelos seus órgãos; a evolução do Estado de Direito e a adoção do Princípio da Legalidade, que submete o Estado ao império da lei, que ele próprio cria¹⁶.

O reconhecimento da obrigação estatal de responder pelos danos derivados da atuação de seus órgãos resultou de construção doutrinária, marcada por uma lenta e acidentada elaboração jurisprudencial e pela ausência de um movimento legislativo consciente.

O seu desenvolvimento se fez por etapas, indicando Rafael Bielsa três momentos distintos nesse processo. No primeiro, o prejudicado não tinha nenhuma ação, nem contra o Poder Público, nem contra o causador do dano, devendo ele próprio suportar o prejuízo decorrente da atividade estatal. Numa fase intermediária, o prejudicado por um ato lesivo, arbitrário ou ilegal de funcionário público, poderia exercer direito de ação contra este, para reclamar a indenização correspondente; se o próprio Estado indenizasse, caberia ação de regresso contra o agente causador do ato lesivo, havendo, em alguns sistemas, a possibilidade da responsabilização conjunta ou solidária de ambos. Na última etapa, o prejudicado por um ato do Poder Público passa a ter o direito de ação direta contra o Estado para a obtenção da indenização, sendo o ato próprio do serviço público, ou quando, por outro motivo, houvesse obrigação legal¹⁷.

Inúmeras teorias foram formuladas para fundamentar a responsabilidade estatal, havendo uma dificuldade muito grande na sistematização e classificação das mesmas, tendo em vista os diferentes prismas adotados por elas. Inexiste, conforme observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentro de um mesmo direito, uniformidade de regime

¹⁶ FREITAS, op. cit., p. 45, nota 6.

¹⁷ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1957. v. 5. p. 6-8.

jurídico que abranja todas as hipóteses. Há, ainda, uma grande diversidade na terminologia adotada pelos autores, aumentando a dificuldade na colocação da matéria¹⁸.

O esquema a ser utilizado no tratamento dessas teorias compreende a separação das fases da irresponsabilidade e da responsabilidade, adotando-se em relação a esta última, a divisão entre as teorias civilistas e as publicistas.

3.1. Teoria da Irresponsabilidade do Estado

O não reconhecimento da obrigação estatal de responder pelos danos causados por suas atividades aos administrados vigorou por um longo período da história, impondo-se aos prejudicados o encargo de suportarem, eles próprios, os prejuízos sofridos nessas condições.

A princípio, o Estado não era concebido como uma individualidade, uma unidade política, não se cogitando, portanto, da possibilidade de sua responsabilização.

Nos Estados absolutistas, primeira forma de organização política estatal, a irresponsabilidade do Estado era a regra. O príncipe, detentor do poder divino, era o detentor legítimo do poder, exercendo-o ao seu arbítrio, na ordem temporal e espiritual, concepção que se estendeu até a fase absolutista do Estado Moderno.

Nesses Estados, o soberano dispunha de autoridade incontestável perante o súdito, tendo assegurada a sua infalibilidade, registrada na regra de que o rei não pode errar - *the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal faire*, infalibilidade que se estendia aos seus representantes. Respondia por seus atos apenas perante a divindade, da qual emanava o seu poder.

Ainda no século XIX, a irresponsabilidade do Estado aparece como corolário da soberania e, embora significando uma solução muito rigorosa para o particular, era aceita, já que o Estado liberal, com suas atividades estreitamente limitadas, tinha poucas oportunidades de causar danos aos administrados¹⁹. Os direitos e garantias individuais de liberdade e propriedade assegurados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e nas constituições que a sucederam, não tiveram ao seu alcance meios eficazes

¹⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 356, nota 8.

¹⁹ RIVERO, op. cit., p. 307, nota 1.

de fazerem-se valer pelos seus titulares, quando a lesão fosse causada pelo próprio Estado.

O fundamento da teoria da irresponsabilidade estatal, também chamada de feudal, regalista ou regaliana, segundo Frezzini, assenta-se em três postulados básicos, que são: 1. a soberania do Estado, que sendo irreduzível, proíbe ou nega a sua igualdade ao súdito, de tal forma que a admissão da responsabilidade do soberano implicaria numa *contradição nos termos da equação*, uma situação de desrespeito à soberania; 2. o Estado soberano representando o direito organizado, não pode se constituir em violador desse mesmo direito; 3. os atos contrários à lei, praticados pelos funcionários não poderiam ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente a eles, já que praticados, não em representação do ente público, mas *nomine proprio*²⁰.

Ao longo da história, o rigor da irresponsabilidade do Estado foi, contudo, atenuado pela previsão em leis especiais da obrigação de indenizar em casos específicos, como o citado por Jean Rivero, da lei francesa de 28 de Pluvioso do ano VIII, que permitia a reparação dos danos causados pelas obras públicas. Observa, ainda, esse administrativista que a irresponsabilidade não abrangia nem os danos imputáveis à gestão do domínio privado, nem os causados pelas atividades locais, não soberanas²¹.

Garrido Falla destaca que é, precisamente, durante a denominada etapa do Estado-polícia, quando aparece o reconhecimento de certas espécies de indenizações devidas aos particulares como consequência do exercício do poder, com a construção pelos juristas da época, da Teoria do Fisco. Citando Otto Mayer, o autor espanhol explica que o Fisco representa um dos lados do Estado, que foi reconhecido e configurado como *pessoa moral*, muito antes que se concedesse tal qualidade ao Estado. A doutrina do Fisco conseguiu aquilo que, por outra forma, seria despropositado a sua época: levar o Estado aos Tribunais. Na base da doutrina estava a consideração de que muitas atuações do poder não se diferenciavam daquelas realizadas por um particular, quando compra, vende ou se obriga. Não se limitou, contudo, a essa condição somente. O mérito está em ter encontrado fórmulas jurídicas para aquelas situações em que o Estado exercia o seu poder de mando, tendo o seu mandato repercussão pecuniária, como na expropriação. Preconizou o administrativista alemão que quando o Estado impõe coativamente ao súdito um sacrifício especial, o Fisco, em razão de uma

²⁰ FREZZINI. Responsabilità amministrativa. *Digesto italiano*. n.13. Apud CAHALI, op. cit., p. 10, nota 2.

²¹ RIVERO, op.cit., p. 307, nota 1.

regra geral de Direito, converte-se em devedor de uma justa indenização, podendo ser colocado perante um Tribunal de Justiça²².

Além de leis e hipóteses especiais que admitiam a responsabilização do Estado, havia, ainda, a possibilidade de acionar o agente público, quando o ato lesivo pudesse ser, diretamente, atribuído a ele.

A responsabilização do funcionário público sofria, contudo, fortes restrições. Exigia-se, além da culpa grave ou do dolo, a prévia autorização do Estado para a propositura da ação em juízo, salvo se a falta fosse absolutamente pessoal.

Esse sistema, chamado de *garantia administrativa do funcionário*, foi adotado pela Constituição francesa de 1791, em seu art. 75, visando o afastamento de ações abusivas contra esses agentes. Pelas dificuldades que impunha na concessão das autorizações prévias, esse sistema sofreu forte oposição, tendo sido, o referido artigo, revogado pelo Decreto de 18 de setembro de 1870, do governo provisório francês, que assumiu o poder, com a queda de Napoleão III.

No Brasil, o princípio da responsabilidade dos agentes públicos, em lugar da responsabilidade do Estado, foi consagrado na Constituição de 1824, no item 29 do art. 179, prevendo, ainda a Lei Maior, no seu art. 99, a isenção do Imperador, que não se submetia a qualquer responsabilidade.

A teoria da irresponsabilidade do Estado, embora sujeitando-se à rigorosas críticas pelo tratamento injusto que impunha aos administrados, encontrou defensores, mesmo fora do absolutismo, como os alemães Richeimann e Bluntschli e os italianos Mantellini, Saredo e Gabba.

Zanobini sintetiza os diferentes argumentos utilizados por esses doutrinadores, afirmando que “ora se fala no caráter ético e jurídico do Estado, que o excluiria pelo fato do mesmo nunca poder cometer atos ilícitos, ora, na função que lhe é inerente de criar o direito, o que seria incompatível com qualquer atividade contrária ao direito e a legalidade; ora no caráter publicístico da personalidade do Estado, que impediria sua sujeição a um princípio do direito privado, como a responsabilidade por dano”²³.

Conforme observado anteriormente, verifica-se, contudo, uma completa inadequação das concepções que fundamentaram esse estado de irresponsabilidade, com os conceitos admitidos na atualidade sobre a natureza jurídica do Estado e com os princípios de Direito Público.

²² GARRIDO FALLA, op. cit., p. 243-244, nota 15.

²³ ZANOBINI, op. cit., p. 271, nota 3.

A teoria da ficção legal do Estado foi superada pela sua concepção de ente jurídico, dotado de personalidade, sujeito de direitos e obrigações, com capacidade e vontade autônomas, passível, portanto, de responder pelos atos de seus agentes.

A soberania, que na sua fórmula originária tinha um caráter absoluto, sofre hoje restrições jurídicas, impondo ao Estado sua submissão às condições objetivas do Direito e da legalidade, tanto na ordem interna, quanto externa, constituindo o chamado Estado de Direito, juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis²⁴.

Severamente combatida por constituir evidente injustiça e negação do próprio direito, a teoria da irresponsabilidade do Estado acabou por ser abandonada, podendo-se afirmar, como o faz Celso Antonio Bandeira de Mello, que “todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos”²⁵.

Citam os doutrinadores que os últimos países a repudiarem-na foram os Estados Unidos e a Inglaterra, por meio, respectivamente, do *Federal Tort Claims Act*, de 1946, e do *Crown Proceedings Act*, de 1947. Nestes países, mesmo ao tempo em que vigorava a irresponsabilidade do Poder Público, admitia-se a responsabilidade do agente público, sendo que, na Inglaterra, os *servants of the crown* poderiam ser responsabilizados através de uma *petition of rights*, e nos Estados Unidos, para a responsabilização dos funcionários, havia um processo especial perante a *Court of Claims*.

Alguns países conservam, ainda, nas suas legislações, resquícios da irresponsabilidade estatal, como ocorre com a do Peru, do México (Código Civil, art.1928) e a da Espanha (Código Civil, arts. 1902 e 1903), que adotam a responsabilidade direta do funcionário e só subsidiariamente a do Estado.

O crescente reconhecimento dos direitos dos indivíduos e as garantias do Estado Constitucional de Direito, submetendo o ente estatal ao Direito, impõe, todavia, a superação e o abandono definitivo da concepção de Estado irresponsável.

3. 2. Teorias da Responsabilidade do Estado

²⁴ FREITAS, op. cit., p. 51, nota 6.

²⁵ MELLO, op. cit., p. 568, nota 11.

3. 2. 1. Teorias Civilistas

A responsabilidade do Estado passou a ser admitida a partir do século XIX, por influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao indivíduo, buscando-se nas teorias civilistas o fundamento para esta obrigação pública.

Observa de Jean Rivero que a amplitude dos danos imputáveis à Administração, crescente com o desenvolvimento da sua ação e o poder dos seus meios, tornava a reparação uma necessidade social. Sobretudo, a extensão da responsabilidade nas relações privadas, ligada à generalização dos seguros, não permitia manter no setor administrativo, soluções opostas²⁶.

Muitas teorias, com fundamento nos postulados de Direito Civil, foram formuladas, como a do mandato ou da representação, a do enriquecimento sem causa, ou ainda, do abuso de direito, condicionando a responsabilidade estatal à natureza do ato lesivo e a forma de atuação dos agentes públicos.

A teoria que ganhou maior destaque, principalmente na França, foi a que estabeleceu a distinção entre atos de império e atos de gestão, admitindo a obrigação estatal de indenizar apenas quanto aos últimos.

Essa teoria considerava que o Estado, no exercício de suas funções, desempenhava duas espécies de atividades: a denominada necessária ou essencial à garantia da existência do Poder Público, e a facultativa, realizada para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços, satisfazendo necessidades sociais de cultura, progresso e bem-estar.

Em relação à primeira, a Administração atuava com prerrogativas e privilégios de autoridade, coativamente, em relação aos administrados, independente de autorização judicial, regida por um direito especial, exorbitante do direito comum. Praticava atos de império ou de autoridade, com potestade pública, expressão do poder soberano, não se sujeitando, em consequência, à responsabilização.

Na atividade facultativa, a Administração agia como gestora dos interesses coletivos, administrando o seu patrimônio como pessoa privada, submetendo-se às regras do direito comum. Os atos praticados, atos de gestão, impunham a

²⁶ RIVERO, op. cit., p. 308, nota 1.

responsabilização do Estado, estabelecida esta, quando os danos aos administrados fossem causados por conduta culposa do agente público.

Essa teoria foi admitida, ainda, durante o absolutismo do século XIX, quando vigorava a concepção da irresponsabilidade estatal. O Estado-Poder era, de fato, o Estado soberano e, em uma época em que a responsabilidade estava ligada, sem exceção, à existência de falta, havia, com relação aos atos de autoridade ou de império, uma incompatibilidade absoluta entre as idéias de soberania e responsabilidade. Por outro lado, os atos de gestão, realizados no interesse dos serviços públicos, poderiam dar lugar à indenização quando constituíam falta prejudicial para os cidadãos.

Considerava-se, nessa época, que o Estado, ao praticar atos de gestão, estaria atuando como os particulares em relação aos seus empregados ou prepostos e, sujeitando-se os particulares à regra da responsabilidade, também o Estado, no mesmo plano, deveria ser responsabilizado quando houvesse culpa do agente.

Criada por meio de um artifício jurídico para proteger o Estado francês das inúmeras ações que avultavam em seus tribunais, a teoria dos atos de gestão teve o mérito de marcar o início da responsabilidade pública, passando o Estado a ser responsabilizado, mesmo sem embasamento legal, desde que esses atos não atingissem a sua soberania.

Essa teoria, contudo, sujeitou-se a forte oposição. A necessidade da individualização do agente culpado e da demonstração da culpa do funcionário a cargo do particular e, ainda, a divisão da personalidade do Estado, com a distinção entre atos de gestão e atos de império, constituíram graves entraves à efetiva responsabilização do Estado.

As dificuldades trazidas por essa teoria e a necessidade de buscar fórmulas mais adequadas às exigências sociais, levaram à adoção da culpa civilista para fundamentar a responsabilidade estatal. Formulou-se, então, a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, passando a admitir-se a responsabilidade do Poder Público nas hipóteses em que o funcionário agia com culpa, conceito este trazido do Direito Civil, equiparando-se a responsabilidade do Estado à do patrão ou comitente, pelos atos dos seus empregados ou prepostos.

Considerando o Direito Privado como direito comum, aplicável também aos entes públicos, enquanto não derogado por estes mediante expressa disposição legal, propugnou-se pela aplicação integral dos princípios da responsabilidade civil a todo tipo

de atividade administrativa, quer se referissem a relações patrimoniais e privadas, quer se tratassem de manifestações de potestade, de supremacia e de império²⁷.

O Estado passou, assim, a ser responsabilizado quando o dano causado ao administrado proviesse de conduta culposa ou dolosa do agente estatal. Somente quando a atuação revelasse a existência de imprudência, negligência, imperícia ou imprevisão do funcionário público, ou ainda, a vontade consciente deste agente voltada para a prática de um ato lesivo, o Estado estaria obrigado a indenizar.

Essa teoria acabou também abandonada, já que da mesma forma que a teoria anterior, não satisfazia aos interesses de justiça. Exigia-se demasiado dos administrados, que além de terem que comprovar a ocorrência do dano, ainda deveriam demonstrar a culpa do agente público. Acresça-se a isto, a tendência que se definia na doutrina do desvinculamento dos institutos de Direito Público das regras de Direito Privado. Hely Lopes Meirelles reflete este entendimento ao afirmar que não se pode equiparar o Estado, com seu poder e os seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e prerrogativas públicas, tornando-se inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil, para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados²⁸.

A teoria civilista deixou raízes, servindo de inspiração para o legislador nacional, que acolheu no Código Civil, de 1916, em seu art. 15, a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, permanecendo em vigor até a Constituição da República de 1946, quando se adotou a responsabilidade sem culpa ou responsabilidade objetiva.

3. 2. 2. Teorias Publicistas

Demonstrada a inadequação da doutrina civilista na apuração de prejuízos causados pelo Estado aos indivíduos, buscou-se solucionar o problema da responsabilidade do Estado através de fundamentos próprios do Direito Público, surgindo, assim, as teorias da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco

²⁷ ZANOBINI, op. cit., p. 271, nota 3.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 549.

integral, teorias fundadas em princípios objetivos que repudiaram o subjetivismo da culpa civil.

O marco dessa mudança, definindo a autonomia do Direito Administrativo e da competência administrativa em relação às ações de responsabilidade patrimonial intentadas contra o Estado, veio do Tribunal de Conflito francês, ao qual cabia decidir, nesta matéria, o conflito de competências entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. Duas decisões foram relevantes: a do caso Rotschild, de 1855 e, posteriormente, a do caso Blanco, de 1873. Embora os fundamentos das duas decisões tenham sido os mesmos, esta última obteve maior projeção, sendo considerada o *leading case* da responsabilidade pública, a partir da qual a jurisprudência se formou.

No caso Blanco, a ação para a responsabilização do Estado foi proposta em razão de acidente, na cidade de Bordeaux, com a menina Agnés Blanco, colhida, ao cruzar os trilhos do trem, por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo que transportava matéria prima de um edifício a outro. Em decisão histórica, cujo relator foi o Conselheiro David, o Tribunal de Conflitos definiu que o funcionamento do serviço público é regulado por um regime jurídico diverso do que prevalece no Direito Privado, sendo a responsabilidade imputada ao Estado, não em virtude de disposições do Direito Civil, mas do Direito Público, ainda não codificado.

Inicia-se a fase publicista da responsabilidade estatal, com a teoria da culpa administrativa ou da culpa do serviço, também conhecida como teoria do acidente administrativo, embora alguns autores coloquem como diversas essas duas hipóteses.

Esta teoria, desvinculando a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário, centrou a obrigação estatal de indenizar na culpa do serviço ou, segundo os franceses, na *faute du service*, que se verifica quando este não funciona, funciona mal ou atrasado. Em outros termos, devendo existir, não existiu; devendo funcionar bem, funcionou mal; ou, devendo funcionar a tempo, funcionou com retardo. Estabelece-se o binômio falha do serviço - culpa da Administração, sendo relevante para a responsabilização estatal, não a culpa subjetiva do agente público, mas a falha objetiva do serviço. O julgamento que se realiza é do serviço e não do agente, evidenciando-se, assim o seu caráter objetivo. A culpa referida pela doutrina constitui-se em uma culpa especial, própria da Administração Pública, uma culpa anônima decorrente do serviço, sem necessidade da identificação do funcionário, autor do comportamento lesivo, e da verificação da sua atuação dolosa ou culposa, salvo para a sua própria responsabilização.

A obrigação estatal passa a ter como fundamento a anormalidade no funcionamento do serviço, verificada com base no princípio da sua perfeição e continuidade. Estabelecida a omissão, ou a má condição ou, ainda, o funcionamento defeituoso do serviço público, em relação ao que era razoável exigir na situação, deve o Estado ser responsabilizado.

Hely Lopes Meirelles critica essa teoria, afirmando que nela “ainda se pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização”²⁹.

No mesmo sentido, observa Odete Medauar que “essa concepção acarretava para a vítima o encargo da prova do mau funcionamento ou da falha do serviço, muito difícil de realizar, sobretudo por demandar um padrão de funcionamento previamente estabelecido, que em geral não existe”³⁰.

Da teoria da culpa administrativa, primeiro estágio da transição da fase subjetivista da responsabilidade estatal para a objetivista, evoluiu-se para a teoria do risco administrativo, visando compensar a desigualdade entre o Estado e o indivíduo. Abandona-se o dogma da culpa para a responsabilização estatal, centrando a obrigação de reparar no nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o prejuízo sofrido pelo administrado.

Para a teoria do risco administrativo, constitui condição de admissibilidade da obrigação estatal o estabelecimento do vínculo etiológico entre a atuação administrativa e o evento lesivo, devendo, tanto o comportamento tido por gerador do dano, quanto o próprio dano alegado, apresentar características tais que os tornem aptos a desencadear a obrigação estatal.

Baseia-se esta teoria, na possibilidade de risco que a atividade administrativa traz imanente a ela de gerar danos aos administrados. Realizada esta atividade com o objetivo de atender a interesses gerais, havendo danos, deve a coletividade indenizar, repartindo igualmente os encargos sociais por todos os administrados. Há um princípio de solidariedade social a fundamentar a obrigação estatal, segundo o qual, repartindo-se os benefícios da atuação estatal entre todas as pessoas, também os prejuízos sofridos por algumas delas devem ser repartidos, sob pena de romper o equilíbrio necessário entre os encargos sociais. Quando alguém se sujeita a um ônus

²⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 550, nota 28.

³⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.384.

maior do que o suportado pelos demais, o Estado tem o dever de indenizar o prejudicado, utilizando para tanto recursos do erário público, recompondo assim o equilíbrio rompido. Há uma solidariedade patrimonial da coletividade frente ao prejuízo suportado por um determinado administrado ou grupo de administrados, em consequência da atuação estatal lesiva.

Risco e solidariedade são considerados os suportes dessa teoria objetiva, conduzindo à uma situação ideal de justiça distributiva. **Para essa teoria, o Estado deverá indenizar sempre que a atividade administrativa provocar um dano, salvo se incidir alguma causa excludente da responsabilidade.** É necessária a demonstração, pelo prejudicado, da lesão sofrida e de que esta foi causada pela atuação estatal. Entende-se haver uma presunção de culpa da Administração, decorrente da criação de uma situação de perigo, ficando o Estado obrigado a reparar o dano, a não ser que consiga provar a culpa concorrente ou exclusiva da vítima para o evento danoso, ou de que este não teve origem em um comportamento seu. Dá-se uma inversão do *onus probandi*, devendo o Estado provar a culpa do particular, ou de que o dano originou-se de causa alheia a ele, para obter a exclusão ou atenuação da responsabilidade que se apresenta.

A teoria do risco objetivo sujeita-se, também, à críticas, em razão da sua insuficiência para fundamentar o dever de indenizar na totalidade das hipóteses de responsabilidade estatal, já que esta, poderá impor-se, sem que a Administração tenha criado o referido risco³¹.

A teoria do risco integral, última das teorias publicistas da responsabilidade, preconiza a obrigação estatal incondicional de responder pelos eventos danosos em que atuação administrativa se acha envolvida, independente de culpa do agente público ou mesmo do serviço, cabível mesmo quando o dano é resultante de comportamento da vítima. Não se admite, nesta teoria, a exclusão ou atenuação da responsabilidade, em nenhuma circunstância.

Modalidade extremada, no dizer de Hely Lopes Meirelles, esta teoria é severamente criticada por conduzir ao abuso e à iniquidade³², não tendo sido acolhida pela doutrina universal. Há, contudo, entendimentos isolados, no sentido de que foi adotada no nosso texto constitucional em vigor.

³¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1. p. 322.

³² MEIRELLES, op. cit., p. 551, nota 28.

A maioria dos doutrinadores não faz menção à distinção entre risco administrativo e risco integral, havendo inclusive aqueles que adotam as duas expressões como sinônimas. Contudo, mesmo os autores que tratam do risco integral, admitem a incidência das causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade, afirmando neste sentido Yussef Said Cahali, que “qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco integral, risco administrativo, risco proveito - aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado, quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”³³.

Embora o processo de evolução doutrinária do instituto da responsabilidade estatal tenha se dado, cronologicamente, na ordem apresentada, não significa que a adoção das teorias pelos diferentes países obedeceu a essa seqüência, concentrando-se na atualidade, apenas no último estágio: o da responsabilidade estatal objetiva.

Nesta questão, a França constitui-se em um caso de interesse, por ter sido o centro germinador da doutrina da responsabilidade estatal, tendo sido por obra de sua jurisprudência o desenvolvimento da teoria da responsabilidade em termos do Direito Público e a evolução alcançada por este instituto.

Adotou-se, nesse país, desde a formulação do instituto, no âmbito do Direito Administrativo, a responsabilidade estatal fundada na culpa do serviço, *faute du service*, ampliada com a noção de culpa presumida. Paralelamente a essa teoria, o Conselho de Estado passou a acatar a teoria do risco, em casos excepcionais, chegando a elaborar uma lista de *coisas perigosas*, capazes de criar um perigo anormal, equívale ao risco excepcional, justificador da responsabilidade sem culpa, como os cabos condutores de energia elétrica, as substâncias explosivas, a circulação de automóveis e aviões, o gás e a iluminação, as tubulações de água e as armas de fogo. Os tribunais franceses, mesmo na atualidade, admitem a responsabilidade por risco objetivo apenas de forma excepcional, quando há previsão legal ou em hipóteses delimitadas, como de risco anormal de vizinhança e de coisas ou atividades perigosas.

De forma geral, pode-se afirmar, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que no sistema anglo-saxão prevalecem os princípios de Direito Privado, enquanto nos sistemas europeus-continentais, que influenciaram o Direito brasileiro, adota-se o regime publicista³⁴.

³³ CAHALI, op. cit., p. 33, nota 2.

³⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 356, nota 8.

4. Fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado

No processo de evolução por que passou a responsabilidade estatal, inúmeras teorias foram formuladas, refletindo na doutrina a preocupação com a identificação de fundamentação própria para esse instituto, consistente no estabelecimento de justificação adequada para o dever de indenizar a cargo do Poder Público. Conforme adverte Marcelo Caetano, embora haja um princípio de equidade a inspirar todas as construções doutrinárias, a sua formulação exata, necessária para lhe precisar os limites, oferece as maiores dificuldades³⁵.

Dentre as teorias indicadas pela doutrina da responsabilidade estatal, destacam-se, pela importância que tiveram no desenvolvimento da matéria, a teoria do seguro social, a teoria do sacrifício especial e a teoria da igualdade dos encargos públicos.

A teoria do seguro social, conhecida também por teoria da responsabilidade por risco, teve por precursor Leon Duguit e considera a obrigação estatal de indenizar edificada na idéia de um seguro social, a cargo do erário comum, em benefício de todos aqueles que sofram prejuízos resultantes do funcionamento dos serviços públicos, já que são exercidos no interesse de toda a coletividade. Alicerça-se esta teoria, na idéia de segurança social, e impõe a obrigação estatal de indenizar os danos causados aos administrados, independente da qualidade do serviço e da culpa do agente público. A responsabilidade da Administração Pública existe pelo fato do funcionamento do serviço público haver ocasionado um prejuízo particular a um indivíduo ou a um grupo de pessoas e a possibilidade de ocasionar danos nessas condições, constitui um risco.

Desenvolvida por Otto Mayer, a teoria do sacrifício especial ou teoria da equidade estabelece a obrigação estatal de indenizar aquele que, atingido pela atividade pública, lícita ou não, é submetido a um prejuízo desigual em relação aos outros, sob a forma de privação patrimonial, correspondente ao enriquecimento sem causa. A indenização é devida sempre que o Estado haja obtido alguma vantagem em detrimento excepcional de um administrado. Configura-se o sacrifício especial quando o indivíduo é afetado de maneira desigual e desproporcional, por prejuízos que extrapolam os encargos normais, impostos a todos, como decorrentes da relação Estado-súditos, em um sistema de perdas e garantias recíprocas, condição de existência do próprio Estado.

³⁵ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1983. p. 575.

O sacrifício generaliza-se através da compensação, por meio de indenização que se origina de um fundo comum, como garantia da equidade³⁶.

O enriquecimento sem causa, mencionado nesta teoria como correspondente à privação patrimonial desigual do administrado, constitui o fundamento da teoria formulada por Maurice Hauriou, do enriquecimento indevido do patrimônio da Administração Pública.

A teoria da igualdade dos encargos públicos, que alcançou maior destaque dentre todas as teorias, tem por expoentes os franceses Jorge Teissier, Tiraud, e Paul Duez, sendo adotada, dentre outros, por Marcel Waline e Jean Rivero. Fundamenta-se no princípio, elevado à categoria de garantia constitucional, da igualdade de todos na repartição dos encargos públicos. Tem por pressuposto a idéia de que uns cidadãos não devem sofrer mais que os outros pelos encargos e ônus, exigidos no interesse comum e, assim, o dano excepcional, imposto a determinado administrado, deve ser suportado por todos, ressalvada apenas a hipótese de previsão legal contrária. A lei estabelece as condições em que cada indivíduo deve contribuir, de acordo com suas faculdades, respeitadas as normas superiores de justiça distributiva. Exigindo-se, segundo essas regras, mais de um indivíduo do que ele deveria prestar, torna-se necessário restabelecer a igualdade, por meio da indenização.

A maioria dos partidários dessa teoria invoca a sua aplicação de forma ampla para fundamentar a obrigação estatal de reparar os danos ocasionados pelas atividades públicas, sejam elas lícitas ou ilícitas. Rafael Entrena Cuesta adota este entendimento, considerando que o princípio jurídico da igualdade diante da lei é o único que se pode invocar, unitariamente, para fundamentar as diversas hipóteses admitidas de responsabilidade estatal³⁷.

Há aqueles, contudo, como Santi Romano, apontado por Marcelo Caetano, que restringem a sua aplicação aos casos de atuação lícita da Administração, casos que segundo seu entendimento, não constituem verdadeira responsabilidade, mas conversão forçada de um direito individual no seu equivalente valor econômico³⁸.

Essa distinção na fundamentação da responsabilidade estatal, conforme o dano derive de atividade lícita ou ilícita, é adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que, no caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos,

³⁶ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 4. p. 215-218.

³⁷ ENTRENA CUESTA, op. cit., p. 322, nota 31.

³⁸ CAETANO, op. cit., p. 575, nota 35.

jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade, incidindo, em relação aos comportamentos ilícitos comissivos, também o princípio da igualdade. No que se refere aos comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público, mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso, o fundamento da responsabilidade estatal é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito, como garantia de uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividade desempenhada no interesse de todos³⁹.

Outros autores apresentam formulações diversas, buscando estabelecer um fundamento único e uniforme para a responsabilização do Estado. Assim, Miguel S. Marienhoff aponta, como fundamento maior para a obrigação estatal de indenizar, os princípios do Estado de Direito, cuja finalidade é a proteção do Direito, visando a segurança jurídica e o respeito aos direitos dos administrados⁴⁰.

Julio Altamira Gigena entende que o fundamento da responsabilidade estatal é o bem comum, estabelecido como fim do Estado no Preâmbulo da Constituição argentina, assegurando que a prosperidade deve reinar não só na comunidade em geral, mas também em cada um dos indivíduos que são seus integrantes. A garantia do bem comum e a satisfação de toda a comunidade contrapõem-se à possibilidade de que um membro ou um grupo de seus membros sofra danos produzidos pela atividade da Administração, correspondendo-lhe a obrigação de indenizar os prejuízos que ocasione⁴¹.

Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma resultar a responsabilidade estatal do regime político eleito pelo sistema e fundamenta este instituto nos princípios democrático e republicano. Considera que é da opção pelo regime democrático social e pela forma republicana do exercício do poder que nascem os princípios da legalidade, da responsabilidade e da igualdade, conjugados para a realização da justiça material, buscada com o assentamento do sistema jurídico⁴².

As diferentes teorias aqui apresentadas indicam a diversidade existente na doutrina e na jurisprudência em relação à concepção do instituto da responsabilidade do

³⁹ MELLO, op. cit., p. 580, nota 11.

⁴⁰ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970. v. 4. p. 698.

⁴¹ ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973. p.88.

⁴² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 311, p. 3-25, jul./set. 1990. p. 7.

Estado, dificultando a uniformização no seu tratamento. Observa-se, contudo, que há, na atualidade, a tendência preponderante na adoção dos princípios da legalidade e da igualdade como fundamento da responsabilidade estatal, o primeiro, relativo aos atos ilícitos e o segundo, próprio das atividades lícitas.

5. Pressupostos e causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade estatal

Com o surgimento das teorias publicistas da responsabilidade do Estado e a fixação da sua natureza objetiva, firmou-se a concepção de que configurado o dano e havendo nexos causal entre este e a atividade administrativa, sujeita-se o Estado à obrigação de indenizar o prejudicado. Centra-se o juízo da responsabilidade no dano antijurídico suportado pelo administrado, em decorrência de comportamento estatal, deslocando-se da conduta do agente para o patrimônio lesado e a ilicitude do prejuízo o fundamento para o dever de indenizar.

Ensina Zanobini que “a responsabilidade do ente público não pode, em nenhum caso, prescindir de um evento danoso: a só ilegalidade ou irregularidade do ato que se verifique sem danos a terceiros, não pode produzir nenhuma responsabilidade, mas apenas, quando for o caso, a invalidação do ato”⁴³.

O dano, como lesão ou ofensa a um bem ou interesse de alguém, decorrente de fato, ou ato comissivo ou omissivo, constitui-se em pressuposto fundamental da responsabilidade, seja qual for a sua categoria. Não basta, contudo, a só existência de um dano para que haja indenização. Exige-se em relação ao dano a presença de determinadas características.

No âmbito da responsabilidade estatal, o dano indenizável deve ser, ao mesmo tempo, certo, atual e direto. Certo, no sentido de ser um dano possível, real, efetivo, não eventual; atual, com o sentido de presente. O dano futuro só é indenizável quando a sua verificação for inevitável.

Direto, por sua vez, é o dano resultante da atividade administrativa, numa relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano que se alega. É o que resulta, portanto, como efeito no nexos causal ou etiológico estabelecido entre a

⁴³ ZANOBINI, op. cit., p. 269, nota 3.

intervenção estatal e o evento danoso, relação necessária entre o fato gerador do dano e o próprio dano. É imprescindível, para a imputação de responsabilidade ao Estado, que o dano seja causado pela Administração Pública, por seus funcionários ou pelas coisas que lhe pertencem, como consequência imediata da intervenção estatal.

Nessa questão, refere-se a doutrina à referibilidade jurídica do ato lesivo ao ente público, estabelecendo a necessária ligação do dano à atuação de um agente público específico.

Jean Rivero, em particular, estabelece como condição da responsabilização estatal, a imputabilidade, sendo esta a possibilidade de ligar esse dano à pessoa determinada. Segundo ele, somente será reparável o dano que puder ser imputado à atuação de uma pessoa pública determinada, concluindo que o nexo de causalidade que se estabelece entre a atuação administrativa e o dano deve ser direto, excluindo-se do campo da responsabilidade pública o dano indireto, como aqueles decorrentes de atos da Administração que só puderam realizar-se mediante intervenção de um terceiro⁴⁴.

O dano sujeito à indenização, além de certo, atual e direto, deve, ainda, atingir uma situação jurídica legítima, configurando a lesão a um direito. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que é o gravame a um direito, bem juridicamente tutelado, que origina a responsabilidade. Não se limita o evento danoso indenizável a uma lesão patrimonial ou econômica; não basta para caracterizá-lo a deterioração patrimonial sofrida por alguém, ou a subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Deve a lesão ser jurídica, relativa a algo que a ordem legal considera como pertinente ao lesado⁴⁵. Não são indenizáveis os danos causados aos particulares quando encontravam-se em situação ou no exercício de atividade considerada ilícita⁴⁶.

Afirma, ainda, Bandeira de Mello que, também não é suficiente para a indenização ter o dano derivado de um ato ilícito do agente administrativo. Segundo ele, o dever de reparar não se define pela qualificação da conduta geradora do dano, mas pela qualificação da lesão sofrida. Importa que o dano consista em um agravo a um direito, que o dano seja ilegítimo. Pode derivar tanto de conduta ilícita como lícita, de

⁴⁴ RIVERO, op. cit., p.317, nota 1.

⁴⁵ MELLO, op. cit., p. 593, nota 11.

⁴⁶ RIVERO, op. cit., p. 315, nota 1.

comportamentos comissivos ou omissivos. Não se restringe apenas ao dano material, patrimonial ou econômico, podendo ser exclusivamente um dano moral⁴⁷.

Dano material é aquele que configura uma redução injusta no patrimônio da vítima. O dano moral, extrapatrimonial, por sua vez, consiste na sensação de ofensa, de humilhação perante terceiros, ou, ainda, nos efeitos psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima em decorrência do mesmo. Ambos os danos são indenizáveis quando apresentarem as qualidades referidas.

Nesta questão, o nosso sistema, em particular, por expressa disposição constitucional (art. 5º, X, CF/88), estabelece a indenização do dano moral, nos mesmos termos do dano material, não excluindo da previsão as hipóteses de danos decorrentes da violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem das pessoas, causados por pessoa jurídica de direito público ou privado. Contudo, a jurisprudência do Conselho de Estado francês, bem como a doutrina italiana, no âmbito da responsabilidade estatal, admitem a indenizabilidade apenas dos danos materiais, rejeitando o dano afetivo ou moral.

Diogenes Gasparini acrescenta às características do dano suscetível de reparação a sua valoração econômica. Segundo ele, deve o dano ter um valor economicamente apreciável, não se justificando a indenização de dano com valor irrisório⁴⁸. Esta exigência é registrada, também, pela doutrina espanhola⁴⁹.

Com base na jurisprudência francesa, acatada em outros países como a Itália e a Espanha, Jean Rivero aponta, ainda, a especialidade e a anormalidade, como características intrínsecas do dano, necessárias para a responsabilização estatal⁵⁰.

Especial é o dano que se relaciona a uma ou a poucas vítimas, onerando a situação particular de um ou alguns indivíduos. É o dano não comum ao conjunto de uma coletividade; aquele que não se dissemina pela sociedade. O dano genérico não é indenizável, configurando ônus próprio da vida em sociedade.

Anormal, por sua vez, é o dano que excede aos inconvenientes inerentes às condições de convívio social ou ao funcionamento das atividades públicas. Na vida em sociedade, todos sujeitam-se à aceitação de certos riscos de moderado gravame econômico, ocasionais ou transitórios. São pequenos ônus que não configuram dano

⁴⁷ MELLO, op. cit., p. 593-594, nota 11.

⁴⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 402.

⁴⁹ ENTRENA CUESTA, op. cit., p. 323, nota 31.

⁵⁰ RIVERO, op. cit., p.314-315, nota 1.

anormal indenizável. Para ser indenizável, deve o dano exceder a esse gravame moderado, deve ser anormal.

Em relação à especialidade e à anormalidade, observa Celso Antônio Bandeira de Mello serem elas requisitos próprios apenas do dano derivado de comportamentos lícitos. Explica o autor que nas lesões por comportamento ilícito, é suficiente, para a categorização do dano ensejador de responsabilidade estatal, a certeza do dano, vale dizer, ser ele certo e real, e a lesão a um direito. Nos comportamentos lícitos, além desses requisitos indispensáveis, a configuração do dano reparável requer, ainda, a cumulação dessas duas outras características: especialidade e anormalidade⁵¹.

O mesmo entendimento é adotado por Weida Zancaner Brunini ao considerar que o dano proveniente de atividades ilegais confere um poder maior, mais potente, sendo as exigências, para que se logre o ressarcimento, bastante reduzidas, o que não ocorre no caso de danos provenientes de atividades lícitas. Partindo do pressuposto de que a responsabilidade estatal exige o nexo de causalidade e a antijuridicidade do dano, afirma que, nas atividades ilegais o dano é sempre antijurídico, necessitando, para o acolhimento da pretensão apenas a reunião de duas características: serem certos, podendo ser atuais ou futuros; e atingirem situação jurídica legítima. Nas atividades lícitas, necessário se faz cumular a estas exigências mais duas outras características, que explicitem o dano como anormal e especial, portanto, injusto. É a anormalidade e a especialidade que conferem ao dano proveniente de atividade lícita o caráter de antijuridicidade, espécie de que o injusto é gênero⁵².

Em relação ao problema da verificação da responsabilidade do Estado, além das características do dano indenizável analisadas, deve-se considerar, também, a idoneidade da causa para obrigar o Estado.

A causa idônea, no dizer de Cretella Júnior, funciona como catalisador da reação, aglutinando todos os elementos da responsabilidade. Segundo esse administrativista, o nexo de causa e efeito, a relação necessária entre o fato gerador do evento, o dano e o sujeito a quem se pretende atribuir a responsabilidade, somente se conjugam de modo harmônico para o equacionamento do problema da

⁵¹ MELLO, op. cit., p. 594-595, nota 11.

⁵² BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 66-67.

responsabilidade se a causa eficiente ou instrumental do prejuízo for idônea para obrigar⁵³.

Ainda que sejam admitidas as conseqüências danosas do ato ou fato, é possível desobrigar-se o ente estatal da reparação do dano, quando a sua causa se reveste de características especiais que a infirmam, tipificando-a como inidônea para o estabelecimento da relação jurídica obrigacional. São causas que rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade estatal.

A responsabilidade estatal poderá, ainda, ser atenuada quando a atividade estatal não for a causa única do evento danoso, estando aliada a outras circunstâncias.

Aponta a doutrina como causas excludentes da responsabilidade do Estado a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade, a culpa da vítima e a culpa de terceiros⁵⁴. Muitos autores, contudo, reduzem estas causas apenas à força maior e à culpa da vítima. Como causas atenuantes, são indicadas a culpa da vítima e a culpa de terceiro.

Força maior é acontecimento exterior, inevitável, que independe da vontade humana. Fato imprevisível, acidente cuja causa é conhecida, mas que se apresenta com um caráter de irresistibilidade. São exemplos típicos os fatos da natureza como as tempestades, os terremotos e os raios.

O caso fortuito, por sua vez, exige que o acidente causador do prejuízo resulte de causa desconhecida e como tal, não pode ser previsto, nem impedido. Observa-se o acidente, mas ignora-se por que e como se produziu. A sua causa primeira não pode ser revelada, em função da insuficiência das técnicas industriais e científicas. Em conseqüência, não poderia ter sido previsto e nem impedido. São exemplos típicos os acidentes mecânicos como a explosão de uma caldeira, o desabamento de prédio, o incêndio provocado pelo rompimento de fio elétrico.

Estes dois institutos, pelas semelhanças nas suas características, são vistos por muitos doutrinadores como sinônimos. Contudo, conforme observa Cretella Júnior, são eles distintos, em razão de apresentarem fontes geradoras diversas⁵⁵.

Esta distinção é relevante na medida em que se adota, para o caso, a responsabilidade subjetiva ou objetiva do Estado. Na primeira, o entendimento, embora não pacífico, é de que, tanto os casos de força maior como de caso fortuito há exclusão

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 99, nota 4.

⁵⁴ Ibidem, p. 100.

⁵⁵ CRETELLA JUNIOR, op. cit., p. 101, nota 4.

da obrigação estatal, rompendo o nexo causal. Na segunda, apenas a força maior apresenta-se como causa excludente da responsabilidade, em razão da causa originária do acidente ser exterior ao evento danoso. No caso fortuito, em que a causa permanece tecnicamente desconhecida, não há a sua separação da atividade considerada, mantendo-se o nexo causal entre o comportamento irregular do Estado e o dano. Inexiste, assim, a possibilidade exoneratória quando a responsabilidade é fundada no risco⁵⁶.

O estado de necessidade ocorre em momentos de graves perturbações ou comossões sociais, quer por fatos exteriores ou de guerra, quer por fatos internos, ou de revolução. São situações de confronto entre os direitos coletivos e individuais, que poderão justificar ou não a exclusão da responsabilidade, quando o interesse público tiver predomínio sobre o interesse pessoal ou mesmo sobre os direitos individuais.

A culpa da vítima figura como causa excludente ou atenuante da responsabilidade estatal, podendo elidir total ou parcialmente a obrigação de reparar os danos.

Pode ser exclusiva ou concorrente. No primeiro caso, a vítima tem participação total no evento danoso, tornando, com a sua conduta, inevitável o dano. Em consequência, a Administração Pública exime-se totalmente de responsabilidade, em razão da quebra do nexo de causalidade entre a ação estatal e o evento danoso. No segundo caso, a vítima contribui para o dano sofrido, agrava-o com a sua conduta, resultando o evento lesivo de ação concorrente do lesado e do Estado. Decorrendo o dano simultaneamente de comportamento da vítima e da Administração, esta tem a sua responsabilidade atenuada, repartida com a vítima, respondendo parcialmente, em conjunto com a vítima, na proporção em que cada qual contribuiu para a produção do evento.

A conduta culposa de terceiro que provoca danos, também elide a responsabilidade do Estado. Trata-se de hipótese de dano indireto, excluído do campo da responsabilidade pública em razão do dano ser causado, não pela atuação de agente público, mas pela intervenção de terceiro. Se, todavia, provier o dano simultaneamente de ato do particular e de ato da Administração, o Estado responderá pela parte que lhe couber, de forma concorrente.

Questão complexa neste estudo, consiste em conciliar a idéia de culpa da vítima ou mesmo de terceiro com a concepção de responsabilidade objetiva, fundada no risco e

⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 102-103.

que prescinde de culpa na sua configuração. Parece contraditório afirmar-se poder o Estado alegar não ter incorrido em culpa para eximir-se da obrigação de indenizar.

O problema encontra-se na gênese do evento danoso pelo qual se pleiteia a reparação, e o que se verifica, na verdade, nesta hipótese, é o não estabelecimento do nexo causal entre a atividade estatal e o dano, necessário para a imputação de responsabilidade ao Estado. O eixo do raciocínio é o nexo de causalidade. Na sua formação, interfere atitude do lesado ou do lesante que pode diminuir ou até mesmo excluir a responsabilidade estatal.

Conforme esclarece Weida Zancaner Brunini, o Estado não tem que provar que não é culpado; prova, apenas, que o culpado é a vítima ou o terceiro. O Estado defende-se, quase como se fosse uma preliminar, invocando uma das excludentes de sua responsabilidade - a culpa da vítima, cujo exame envolve culpabilidade, feito através da teoria subjetiva⁵⁷.

Em relação a esta questão, Celso Antonio Bandeira de Mello manifesta-se no sentido de ser equivocada a idéia de que a culpa do lesado constitui causa excludente de responsabilidade do Estado. Afirma o autor que em casos de responsabilidade objetiva o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre o seu comportamento comissivo e o dano; exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada, ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora dessas hipóteses, o Estado responderá sempre. Conclui, assim, que presentes os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.

Para ele, a culpa do lesado não é relevante por ser culpa, mas porque, através dela pode-se ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano. O mesmo entendimento é adotado no caso de força maior: se o dano foi produzido por irresistível força da natureza, então não foi produzido pelo Estado. O que exime o Poder Público de responder é sempre a não-configuração do nexo de causalidade entre a atuação do Estado e o dano ocorrido⁵⁸.

Observe-se, finalmente, que presentes os pressupostos necessários para o estabelecimento da responsabilidade estatal, deve a compensação dos danos ser a mais completa possível, ressarcindo-se de forma integral, os prejuízos sofridos pela vítima.

⁵⁷ BRUNINI, op. cit., p. 71, nota 52.

⁵⁸ MELLO, op. cit., p. 596, nota 11.

6. Responsabilidade do Estado no Direito estrangeiro

No direito estrangeiro, da mesma forma que no direito nacional, o instituto da responsabilidade estatal evoluiu da fase civilista para a publicista, após a superação da irresponsabilidade, sendo adotado, na atualidade, pela generalidade dos sistemas jurídicos.

Na França, berço germinador da responsabilidade estatal, a construção da teoria da responsabilidade patrimonial da Administração Pública deu-se por obra da jurisprudência do Conselho de Estado, do Tribunal de Conflitos e dos próprios Tribunais judiciais. A sua evolução fez-se marcada pela solução de casos pelos órgãos jurisdicionais e não por reformas legislativas. Foi neste país que se estruturou a teoria da responsabilidade em termos de Direito Público, caracterizando-se por uma constante ampliação deste instituto, um aperfeiçoamento técnico da teoria das relações entre Administração, seus agentes e as vítimas dos danos e, ainda, a delimitação da responsabilidade administrativa como teoria autônoma⁵⁹.

Segundo André de Laubadère, a responsabilidade do Estado passou a ser admitida a partir da metade do século XIX, quando este atuava como pessoa privada. O Estado soberano era irresponsável, salvo nos casos limitativamente previstos em lei, sendo os prejuízos ocasionados pelos serviços públicos considerados um risco a que se sujeitavam os administrados, pela compensação das vantagens que estes serviços proporcionavam. Ao final do século XIX, ainda se aplicavam estes princípios e, embora o caso Blanco tenha afirmado a autonomia da responsabilidade administrativa, não o fez senão no sentido de sua aplicação restritiva. A partir daí, contudo, a responsabilidade da Administração amplia a sua teoria, estendendo os seus domínios, especialmente em relação ao caráter do fato danoso (desenvolvimento da responsabilidade por risco) e da função pública considerada (aparecimento da responsabilidade do Estado legislador). Na atualidade, a irresponsabilidade não é mais que uma exceção, limitada a situações muito particulares⁶⁰.

Os Tribunais franceses admitem a responsabilidade estatal fundada, prevalentemente, na culpa, ampliada pela noção de culpa presumida nas hipóteses de

⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 143, nota 4.

⁶⁰ LAUBADÈRE, André. *Traité de droit administratif*. 7.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1976. v. 1. p. 638.

culpa do serviço - *faute du service*, admitindo-se a responsabilidade por risco apenas de forma excepcional, quando há previsão legal ou em hipóteses delimitadas, como de risco anormal de vizinhança e de coisas ou atividades perigosas.

Na Itália, a responsabilidade do Estado seguiu, quase paralela à orientação da jurisprudência francesa, refletindo a sua doutrina as alterações políticas e sociais ocorrida neste país, passando da fase da irresponsabilidade para a fase civilista, estruturando-se a matéria, nos dias atuais, pelos princípios do Direito Público. O seu desenvolvimento resultou de trabalho doutrinário e jurisprudencial que, gradativamente, desvinculou o instituto da responsabilidade pública dos princípios privatísticos.

A matéria foi incluída na Constituição de 1948, passando o administrado, com a previsão do art. 113, a ter garantia de tutela jurisdicional dos seus direitos e interesses legítimos contra atos da Administração Pública. Estabeleceu-se, ainda, por disposição contida no art. 28, a responsabilidade direta dos funcionários públicos nos atos praticados com violação de direitos, estendidos os efeitos civis ao Estado e aos entes públicos. Dispõe este artigo que: “Os funcionários e os subordinados ao Estado e aos entes públicos são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos exercidos com violação de direitos. Em tais casos, a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos”.

Há na doutrina italiana, todavia, grande divergência à respeito da adoção, pelo referido artigo, da responsabilidade indireta do Estado, em substituição à responsabilização direta. Zanobini é contrário a esse entendimento, defendido, dentre outros, por Sandulli, Landi & Potenza e Leguina Villa, partidários da responsabilidade indireta do Estado⁶¹.

A moderna doutrina italiana sustenta que se o Estado cometeu um dano no exercício ilegal do poder, é diretamente responsável e, portanto, está obrigado ao ressarcimento sem necessidade de investigar se a Administração atuou com culpa ou dolo. Por outro lado, quando o dano é consequência de uma conduta culposa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolosa do funcionário no exercício da função, a investigação da culpa é necessária e a responsabilidade do Estado é indireta.

Embora a responsabilidade objetiva tenha muitos defensores na doutrina italiana, por obra da jurisprudência e a exemplo do que ocorre na França, a obrigação estatal mantém as suas raízes, fundada, essencialmente, na culpa administrativa.

⁶¹ HELENE, Helio. *Da responsabilidade do Estado por ato legislativo*, São Paulo: Faculdade de Direito, 1984. Tese (doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 35-36.

A contribuição destacada da doutrina italiana no desenvolvimento do instituto da responsabilidade estatal consistiu na distinção dos pressupostos da reparação dos danos que tem sua origem na atividade lícita ou ilícita do Estado, tendo em conta, portanto, o caráter legítimo ou não de sua atuação. Esta distinção, cujo artífice maior foi Renato Alessi, tem por consequência o estabelecimento de modalidades distintas de obrigações estatais, considerando que a responsabilidade só ocorreria na hipótese de atos ilícitos, quando há uma violação de direitos, com o consequente dever estatal de ressarcir o particular; em relação aos atos lícitos ocorre a mera lesão de direitos, cabendo, no caso, indenização pelo Estado, forma imprópria de responsabilidade na qual se dá a conversão de direitos, fazendo jus, o particular lesado, ao recebimento de uma indenização⁶².

O Direito espanhol afirma a responsabilidade estatal, reconhecida amplamente pelos Tribunais daquele país. A Constituição espanhola de 1978, em vigor, consagrou esse instituto, adotando, segundo Garrido Falla, a distinção entre indenização expropriatória e responsabilidade patrimonial. A primeira, prevista no art. 33.3, para os casos de atuação lícita da Administração, quando há privação de bens ou direitos dos particulares por causa justificada de utilidade pública ou interesse social; a segunda, estabelecida no art.106.2, prevê o direito dos particulares à indenização por todas as lesões sofridas nos seus bens e direitos, salvo em caso de força maior, quando a lesão seja consequência do funcionamento dos serviços públicos.

Conforme o administrativista espanhol, para se chegar a esta situação percorreu-se um longo caminho, marcado por etapas distintas. A concepção inicial era de que o poder público impunha-se sem nenhuma compensação; num segundo momento, há a juridicização parcial do sistema: a medida que se concedem faculdades à Administração para sacrificar legitimamente os direitos e interesses dos particulares, reconhece-se o direito destes de reclamar indenização compensatória; na última etapa, a teoria da responsabilidade civil ou patrimonial, elaborada pelo Direito Privado e baseada fundamentalmente na existência de dolo, culpa ou negligência, é aceita e recebida pelo Direito Público, sofrendo inclusive ampliação para a inclusão da responsabilidade objetiva por risco. A teoria do risco objetivo, sem chegar a uma socialização da responsabilidade, aplica-se com maior amplitude do que a do Direito Privado.

⁶² ALESSI, op. cit., p. 308-309, nota 14.

Conclui o autor que, no Direito administrativo espanhol, coexistem dois sistemas de responsabilidade: o primeiro, pelo mau funcionamento do serviço público, forma evoluída de responsabilidade por culpa, na qual o prejudicado deve comprovar esta condição; o segundo, da responsabilidade objetiva pelo risco criado, gerado em determinadas circunstâncias pelo funcionamento normal dos serviços públicos. Esta tem sido a interpretação dada, pela jurisprudência, ao art. 40, da Lei de Regime Jurídico da Administração do Estado, de 1957, limitando a aplicação extensiva deste preceito, que estabelece: “Os particulares terão direito a ser indenizados pelo Estado de toda lesão que sofram em qualquer de seus bens e direitos, salvo nos casos de força maior, sempre que aquela lesão seja conseqüência do funcionamento normal dos serviços públicos ou da adoção de medidas não fiscalizáveis em via contenciosa”. O entendimento que predomina é de que o ordenamento jurídico espanhol não inclui, como regra geral, o princípio do risco objetivo⁶³.

Na atualidade, a responsabilidade do Estado no sistema espanhol é direta pelos danos produzidos, tanto quando atua nas relações de Direito Privado, como quando o faz nas relações de Direito Público.

Em Portugal, a evolução do instituto da responsabilidade estatal, diversamente do que ocorreu na França e em outros países, deu-se por imposição normativa, seguindo a tradição do seu Direito Público, de provir da lei e não da jurisprudência dos tribunais administrativos. Neste sentido, a Constituição portuguesa anterior estabelecia a garantia do direito de reparação por toda lesão efetiva, de conformidade com o disposto na lei (art. 8º, nº 17º).

Afirma Marcelo Caetano que nesse sistema não é possível invocar o direito a uma indenização senão quando fundado na lei, sendo a Administração responsável somente nos termos precisos em que a lei a obriga a reparar os danos causados, orientação essa dominante na jurisprudência portuguesa. Reconhece, contudo, o autor português, o valor do princípio teórico da responsabilidade administrativa, admitindo que deve ele ser utilizado, não para suprir a inexistência de lei, mas para preencher as suas lacunas, quando for permitida a interpretação extensiva ou o suprimento de casos omissos⁶⁴.

O princípio referido está também expresso no art. 483º, nº 2, do Código Civil português, de 1967, ao estabelecer que: “só existe obrigação de indemnizar

⁶³ GARRIDO FALLA, op. cit., p. 246-247, nota 15.

⁶⁴ CAETANO, op. cit., p. 577-578, nota 35.

independentemente de culpa nos casos especificados na lei”. Este diploma legal mantém a orientação originária de que o Estado só responde pela sua atuação lesiva quando no exercício de atividades de gestão privada, estabelecendo a responsabilidade pessoal do funcionário nas hipóteses de atos praticados com incompetência, excesso de poder ou preterição de formalidades essenciais (arts. 501 e 571).

Nesse país, o regime geral de responsabilidade do Estado é o subjetivo, admitindo-se excepcionalmente a responsabilidade objetiva, fundada no risco, em casos como os de danos causados por comissário, órgãos, agentes ou representantes do Estado e de outras pessoas coletivas públicas, por animais, por veículos e por instalações de energia elétrica ou gás.

Há autores, como José Joaquim Gomes Canotilho, que defendem a idéia da autonomia da responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Público português, com base nos arts. 8º e 9º do Decreto nº 48051, de 21 de fevereiro de 1967, referente à responsabilidade extracontratual do Estado por atos de gestão pública. No primeiro dos citados artigos estatui-se que o “Estado e demais pessoas colectivas respondem pelos prejuízos especiais e anormais resultantes do funcionamento dos serviços administrativos excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da mesma natureza”. No art. 9º estabelece-se o princípio geral da indenização pelos prejuízos especiais e anormais resultantes de atos lícitos⁶⁵.

Na Constituição portuguesa de 1976, em vigor, no seu art. 22º, com redação originária alterada pela Revisão Constitucional de 1982, ao tratar da responsabilidade das entidades públicas, estabelece que: “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. A responsabilidade dos funcionários e agentes está definida no art. 271º, com redação alterada pela Revisão Constitucional de 1989, estabelecendo que: “1. Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a acção ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica”.

⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p. 87- 97.

Assim, em Portugal, por expressa disposição constitucional, no caso de violação de direitos, liberdades e garantias que gera prejuízo para os administrados, a responsabilidade do Estado é solidária à do agente público causador do dano, podendo o Estado, caso responda diretamente, exercer o direito de regresso contra o agente, autor do ato lesivo (art. 271º, nº 4).

Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência tiveram um papel decisivo na construção da obrigação estatal de responder pelos danos causados aos administrados. Neste país, sempre houve juristas defendendo a tese da responsabilidade do Estado direta e primária, fundados na premissa de que se ele exige obediência, em contrapartida deve indenizar o cidadão, quando sua atuação causar-lhe danos.

No moderno Direito alemão, a responsabilidade estatal foi formulada, inicialmente, como uma responsabilidade indireta, consequência de atos ilícitos dos funcionários, de acordo com o disposto no artigo 839, do Código Civil, que prescreve: “Se um funcionário infringe dolosa ou culposamente o dever profissional que lhe incumbe frente a um terceiro, há de indenizá-lo pelo dano causado. Se ao funcionário é imputável culpa - e não dolo - somente cabe dirigir-se a ele se o lesado não puder obter indenização por outra forma”.

A transição do dever de reparar do funcionário para a Administração produz-se com a previsão do art. 131, da Constituição de Weimar, de 1919, estabelecendo que: “Se no exercício da potestade pública que lhe está confiada, o funcionário infringe os deveres que o cargo lhe impõe frente a terceiro, a responsabilidade alcança em princípio ao Estado ou à Corporação a cujo serviço se encontra o funcionário”. Este mesmo princípio é reiterado na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, prescrevendo no seu art. 34 que: “Quando alguém, no exercício de uma função pública que lhe foi confiada, violar os deveres que a função lhe impõe a respeito de um terceiro, a responsabilidade recai, em princípio, sobre o Estado ou o organismo a cujo serviço se encontre”.

A última etapa da evolução define-se com a Lei Federal de 26 de junho de 1981 (*Staatshaftungsgesetz*). Embora esta Lei tenha sido anulada por Sentença do Tribunal Constitucional alemão, de 19 de outubro de 1982, em razão do reconhecimento da incompetência da Federação para a edição de leis dessa natureza, traz ela a consagração definitiva da responsabilidade direta do Estado, entendendo alguns doutrinadores a adoção, ainda, da responsabilidade objetiva. Este entendimento, contudo, é contestado, afirmando Garrido Falla que, na realidade, segundo a referida Lei de 1982, o único pressuposto em que se pode falar sem reservas de responsabilidade

objetiva seria a hipótese de uma intervenção antijurídica em um direito fundamental, pois nestes casos, a obrigação de indenizar é exigida quaisquer que sejam as circunstâncias. Segundo esse administrativista, no sistema alemão não houve a eliminação da idéia de culpa, mas a sua substituição pelo conceito de mau funcionamento da organização. Nos termos da citada Lei, se a Administração demonstra que no exercício de seus poderes observou o cuidado requerido pelas circunstâncias, não há indenização⁶⁶.

No sistema anglo-saxão, a responsabilidade estatal percorreu o mesmo caminho dos demais sistemas, havendo em princípio a distinção entre Estado-poder e Estado pessoa privada, referindo-se, depois, a responsabilidade ao agente ou funcionário causador do dano, com a distinção entre culpa pessoal e culpa do serviço, até chegar ao reconhecimento da responsabilidade da Administração pelos textos positivos e pela jurisprudência, primeiro como subsidiária e depois como responsabilidade direta que, aliada ao princípio da responsabilidade por risco, configura a situação atual.

Prescindido da máxima *the king can do no wrong*, cuja influência alcançou tempos bem recentes, a responsabilidade por danos, na Inglaterra, só era imputável, até 1947, ao funcionário causador dos mesmos. A partir de então, com a aprovação do *Crow Proceedings Act*, a Coroa passou a poder ser demandada em juízo, sujeitando-se à responsabilidade nas hipóteses de danos praticados por seus funcionários ou agentes, nas infrações dos deveres que, segundo o Direito Comum, tem todo patrão para com seus empregados ou agentes ou tem toda pessoa em razão de domínio, ocupação, posse ou outra forma de controle sobre uma propriedade⁶⁷.

Com este ato legal, passou a reconhecer-se a responsabilidade extracontratual da Coroa, introduzindo-se no sistema inglês modificações de ordem processual, sendo as mais importantes a supressão das *Petitions of Right*, fundadas em um título jurídico e que possibilitavam ser o monarca demandado, com o seu prévio consentimento, perante suas próprias cortes, além da abolição de grande parte dos privilégios que ainda se reservava à Coroa, instituindo um procedimento comum para as demandas contra ela, extensivo aos casos de responsabilidade extracontratual.

Observe-se, contudo, que subsiste, no sistema, grande campo de imunidades, não se admitindo a responsabilidade da Coroa, por exemplo, nos danos produzidos por atos ou omissões de agente judicial ou policial, no cumprimento de suas funções. O Estado

⁶⁶ GARRIDO FALLA, op. cit., p. 249-251, nota 15.

⁶⁷ GARRIDO FALLA, op. cit., p. 248, nota 15.

não é responsável, portanto, por atos judiciais ou vinculados à atividade policial. Também não é responsável a Coroa pelos prejuízos ocasionados por atos ou omissões de seus agentes, servidores ou contratados independentes, salvo quando for cabível ação de responsabilidade delitual contra eles. A responsabilidade da Coroa não exclui a do seus agentes, podendo o particular prejudicado demandar indistintamente a uma ou outros, ou mesmo a ambos, conjuntamente⁶⁸.

Nos Estados Unidos, influenciado pela herança inglesa, o seu Direito adotou, em princípio, a regra da irresponsabilidade estatal, acolhida pelos tribunais e pela doutrina, situação que se altera a partir de 1946, com a aprovação do *Federal Tort Claims Act*, estabelecendo o princípio de que “os Estados Unidos serão responsáveis, sempre que haja culpa, da mesma maneira e tão amplamente como um particular na mesmas circunstâncias”.

Esta lei outorga às Cortes de Distrito a jurisdição exclusiva para celebrar audiências, determinar e decidir todas as reclamações contra os Estados Unidos por valor efetivo, fundadas em um prejuízo ou perda de propriedade ou danos pessoais ou morte, causadas por ato ou omissões de caráter negligente ou errôneo de qualquer funcionário de governo, enquanto atua dentro da esfera de seu cargo ou função, em circunstâncias tais que os Estados Unidos sendo uma pessoa privada, serão responsáveis frente ao demandante, pelo prejuízo, a perda, a lesão ou a morte, de acordo com o direito vigente, no lugar onde os atos ou omissões ocorreram.

A própria lei, contudo, consagra algumas exceções ao princípio da responsabilidade estatal, como, por exemplo, as reclamações fundadas em atos ou omissões de funcionários do governo no cumprimento de uma lei ou um regulamento, válidos ou não, de tal forma que o Estado não pode ser condenado por atos realizados no cumprimento de uma lei que, posteriormente, é declarada inconstitucional. Outra exceção refere-se ao ato realizado no exercício de poderes discricionários, que não dão lugar à indenização, salvo se prove que houve negligência por parte do funcionário. Também não é responsável o Estado pela perda, extravio ou negligente distribuição de correspondência ou envios postais, nem por danos produzidos pela atividade fiscal do Tesouro, ou pela regulamentação do sistema monetário. Não procedem, ainda, as reclamações fundadas em ataques, agressões, encarceramentos errôneos ou detenções irregulares⁶⁹.

⁶⁸ ALTAMIRA GIGENA, op. cit., p. 138, nota 41.

⁶⁹ Ibidem, p. 135.

Sem a pretensão de esgotar o tema, buscando apenas situar a questão da responsabilidade estatal em sistemas que de alguma forma servem de referência para o Direito Administrativo brasileiro, verificar-se-á, por fim, a situação desse instituto na Argentina.

Nesse país, graças a ação da doutrina e da jurisprudência, chegou-se à consagração da responsabilidade extracontratual do Estado, havendo previsões a respeito nas Constituições de algumas de suas províncias e em leis especiais.

Pela jurisprudência da Corte Suprema de Justiça da Nação é possível verificar que até 1933 sustentava-se a irresponsabilidade estatal, aplicando-se princípios do Direito Comum e fundamentando-se, principalmente, na interpretação do Art. 43 do Código Civil, que impedia ações criminais ou civis de indenização de danos, propostas contra pessoas jurídicas, ainda que seus membros, em comum, ou seus administradores, individualmente, houvessem cometido delitos que redundassem em benefício delas. Admitia-se somente, em casos específicos, a responsabilidade do funcionário.

A partir de 22 de setembro de 1933, com a decisão do caso Tomás Devoto y Cía. S. A. c/Gobierno Nacional, a Corte Suprema abandona esse critério e responsabiliza o Estado pelos danos ocasionados por um incêndio provocado por culpa dos empregados enquanto reparavam uma linha telegráfica, fundamentando-se nos arts. 1109 e 1113 do Código Civil, tese que foi ratificada em decisões posteriores. Nesse período, refere-se a Corte à dupla personalidade do Estado, reconhecendo sua responsabilidade extracontratual por atos de seus funcionários quando a entidade exerce um monopólio, um serviço público ou uma indústria, e declara a irresponsabilidade quando se trata de atos revestidos de atributo de soberania, atuando como pessoa de direito público. Somente seria declarada a responsabilidade do Estado quando atuava como pessoa de direito público se houvesse previsão expressa em lei.

Essa concepção foi paulatinamente modificada, de tal forma que, na atualidade, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a personalidade única e indivisa do Estado, de caráter público, ainda que em sua atividade obre algumas vezes como pessoa de direito privado. Além disto, consagram a responsabilidade total e ampla do Estado pelos fatos e atos administrativos lícitos e ilícitos, bem como os atos ilícitos cometidos pelos seus agentes, permitindo-se ação de regresso contra o funcionário culpado.

Alguns autores, contudo, defendem a responsabilidade solidária do Estado e do agente causador do dano, devendo ambos serem demandados, respondendo,

subsidiariamente, o Estado na hipótese de condenação do funcionário que não tem bens suficientes para o cumprimento da obrigação reconhecida em sentença judicial.

Não há, na Constituição Nacional argentina, bem como em numerosas constituições provinciais, expressa disposição estabelecendo a responsabilidade estatal, de tal forma que não havendo lei especial que a declare, os tribunais tem recorrido às normas do Código Civil ou aos princípios gerais de Direito para o seu reconhecimento. Entende-se que a responsabilidade estatal está implicitamente reconhecida na Constituição pelo art. 16, que consagra a igualdade diante da lei; pelo art. 17, que estabelece a inviolabilidade da propriedade e, o art. 100, que afirma que o Estado nacional pode ser demandado sem o estabelecimento de nenhuma classe de prerrogativas⁷⁰.

7. Responsabilidade do Estado no Direito brasileiro

No Brasil, a responsabilidade estatal sofreu influência direta de idéias e correntes político estrangeiras, refletindo de modo significativo o momento histórico universal. A irresponsabilidade foi rejeitada pelos doutrinadores e tribunais nacionais, que acolheram, desde o princípio, ainda que com reservas, a responsabilidade extracontratual do Estado. A matéria, contudo, ainda não se acha em um estágio ideal de desenvolvimento, permanecendo muitos aspectos controvertidos, além de um amplo campo de não incidência, exigindo dos operadores do Direito grande labor na busca de soluções que correspondam aos anseios da sociedade e aos ideais de justiça social.

Em seu processo de evolução, a responsabilidade estatal passou, em nosso país, por todas as fases vivenciadas por este instituto no Direito estrangeiro, formulando-se com base nas teorias civilistas e evoluindo para a adoção das teorias publicistas, atingindo as etapas da culpa administrativa e posteriormente do risco. Essa evolução, todavia, não se fez de maneira ordenada, em fases estanques, sendo comum encontrar-se, numa mesma época, a adoção de concepções diferenciadas pelos doutrinadores, refletindo as divergências nas decisões dos tribunais.

⁷⁰ ALTAMIRA GIGENA, op. cit., p. 140-146, nota 41.

Na Constituição de 1824, primeira Constituição brasileira, não houve previsão da responsabilidade do Estado. Estabeleceu-se, todavia, a responsabilidade dos funcionários públicos em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções (art. 178, nº 29), ressalvando o Imperador, que gozava da prerrogativa da irresponsabilidade (art. 99).

No período imperial, o reconhecimento da responsabilidade estatal fazia-se pela sua adoção, em leis e decretos particulares, como nos casos de danos decorrentes de acidentes em estrada de ferro, regulamenta no Decreto 1.930, de 26.4.1857, e no Decreto 9.417, de 25.4.1885. Em construção jurisprudencial, o entendimento vigente era de que o Estado respondia solidariamente com o funcionário, autor do ato lesivo.

No período republicano, a Constituição de 1891 repetiu a fórmula anterior, não prevendo a responsabilidade do Estado e fixando a responsabilidade do funcionário público pelos abusos e omissões praticados no desempenho de suas atribuições ou quando fossem indulgentes com seus subalternos (art. 82). Leis ordinárias e decretos estabeleciam, contudo, a responsabilidade da Fazenda Pública por atos lesivos dos agentes públicos. São exemplos os Decretos 1.663, de 30.1.1894, e 4.053, de 24.6.1981, concernentes a indenização por prejuízos decorrentes de colocação de linhas telegráficas e, ainda, os Decretos 1.692-A, de 10.4.1894, e 2.230, de 10.2.1896, que cuidam da responsabilidade da União ligada aos serviços de Correios.

Com o Código Civil de 1916, deu-se o acolhimento definitivo da responsabilidade estatal no âmbito normativo, adotando-se a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, dominante na época. Estabelece o seu art. 15 que: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito de regressivo contra os causadores do dano”. Em razão da imprecisão do legislador na redação deste dispositivo, a sua interpretação foi alvo de controvérsias entre os juristas, extensiva à jurisprudência dos tribunais, entendendo-se a possibilidade da aplicação da teoria objetiva do risco administrativo a determinados casos de danos⁷¹.

Na Constituição de 1934 adotou-se expressamente o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, assumindo a responsabilidade estatal, no nosso ordenamento jurídico, *status* constitucional. Em seu art. 171, foi fixada

⁷¹ CAHALI, op. cit., p. 22, nota 2; MEIRELLES, op. cit., p. 552, nota 28; DI PIETRO, op. cit., p. 360, nota 8.

a obrigação conjunta dos funcionários e da Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. A Constituição seguinte, de 1937, manteve o mesmo tratamento, estabelecendo em seu art. 158, a responsabilidade solidária entre o Estado e os funcionários públicos.

A situação do instituto foi alterada, no Direito brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1946, que consagrou, definitivamente, a responsabilidade objetiva do risco administrativo, superando a fase do predomínio da doutrina civilista em nosso sistema.

Dispunha a Carta de 1946, em seu art. 194, que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E, no seu parágrafo único, define que: “cabem-lhes-ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Enalteçando a iniciativa do legislador constituinte, Hely Lopes Meirelles afirma que merece louvores a nova diretriz constitucional, “que harmoniza os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas, em face do complexo mecanismo do Poder Público, que cria riscos para o administrado e o amesquinha nas demandas contra a Fazenda, pela hipertrofia dos privilégios estatais”⁷².

A adoção da teoria da responsabilidade estatal objetiva foi mantida nas Constituições que se seguiram, estabelecida na Carta de 1967, e reafirmada no art. 107, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, ampliando-se, contudo, em relação à Constituição anterior, a extensão da responsabilidade a todas as pessoas de direito público, com a supressão do adjetivo *interno* e, ainda, acrescentando-se a hipótese de dolo como permissiva da ação de regresso do Estado contra o funcionário público.

Na Constituição em vigor, de 1988, a responsabilidade estatal está definida no art. 37, § 6º, que prescreve: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Acresça-se a esta previsão, aquela contida no art. 5º, inciso X, que assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sem

⁷² MEIRELLES, op. cit., p. 553, nota 28.

estabelecer restrições, conforme já analisado, em relação à figura do violador, podendo ser pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público.

No § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, a exemplo do que ocorreu nas Constituições anteriores, são estabelecidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público. Este entendimento deriva da consideração de que, se o legislador constituinte exigiu, expressamente, culpa ou dolo somente na relação Estado-agente para o direito de regresso, é porque, a relação Estado-administrado é sem culpa, uma relação objetiva, derivada do risco inerentes às atividades exercidas pela Administração.

Reafirmou-se, assim, na legislação constitucional a orientação doutrinária e jurisprudencial que já havia se desenvolvido em torno da regra da responsabilidade sem culpa do Estado, sob a modalidade objetiva do risco administrativo.

Nos termos da Carta Magna em vigor, para que haja responsabilidade do Estado o comportamento lesivo deve derivar de um agente público, independente do título jurídico do qual esteja investido, incluindo o agente político, administrativo ou particular em colaboração com a Administração, desde que apto para os comportamentos imputáveis ao Estado, vale dizer, à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, incluindo as fundações governamentais de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos. Ampliou-se, assim, o rol constante das Constituições anteriores, que ao se referirem apenas às pessoas jurídicas de direito público, limitavam-se à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios e autarquias.

É necessário, ainda, que o dano tenha sido causado por agente público nesta qualidade, seja por ação ou por omissão, atuando no exercício de função que lhe é própria ou a pretexto de exercê-la, não importando se agiu movido por interesses ou sentimentos pessoais.

Por fim, é imprescindível, para a configuração da responsabilidade do Estado, a ocorrência de um dano causado a terceiros em decorrência da atividade estatal, estabelecendo-se o nexos de causa e efeito, condição de imputação ao Estado da obrigação indenizatória. O dano amparado constitucionalmente é tanto o material, quanto o moral.

Embora a matéria esteja definida com clareza na Constituição, algumas questões permanecem controvertidas. A primeira delas, diz respeito à adoção, pelo nosso sistema,

da responsabilidade objetiva do Estado como regra absoluta, aplicável na generalidades dos casos de danos aos administrados, ou se é admissível a incidência também da teoria subjetiva, de conformidade com as especificidades do evento lesivo.

Desde o advento da Constituição de 1946, dispondo sobre a responsabilidade estatal de forma diversa do Código Civil, a questão é geradora de conflitos entre os nossos doutrinadores, que buscam definir se o art. 15 do referido estatuto privado foi revogado na sua totalidade ou se permanece parcialmente em vigor. Autores como Aguiar Dias, Seabra Facundes, Mário Mazagão e Hely Lopes Meirelles, entendem que a partir da Carta de 1946, a responsabilidade objetiva tornou-se regra absoluta no Direito brasileiro, não se admitindo a aplicação da teoria subjetiva da culpa. Outros, como Alfredo de Almeida Paiva, Gonçalves de Oliveira, Caio Tácito e Themístocles Cavalcanti, admitem a continuidade da incidência da regra da responsabilidade subjetiva, estabelecida no art. 15 do Código Civil, exclusivamente ou em paralelo com a regra da responsabilidade objetiva⁷³.

Nossos tribunais, por sua vez, vem demonstrando, em suas decisões, entendimento incerto, ora condenando o Estado com fundamento na teoria subjetiva, ora inequivocamente adotando a teoria objetiva⁷⁴.

A par de toda a discussão cabível, o entendimento adotado é de que o dispositivo constitucional referido adotou a regra da responsabilidade estatal objetiva, restando claro da sua interpretação que se prescinde, na relação obrigacional Estado-administrado, da identificação do agente causador do dano e do elemento subjetivo da culpa ou dolo na sua conduta, condições exigíveis apenas para o exercício do direito de regresso pelo Estado, contra o agente público responsável.

Outra questão que tem gerado controvérsias, no âmbito da responsabilidade estatal no Direito brasileiro, diz respeito à titularidade passiva na ação indenizatória a ser proposta pelo lesado.

A responsabilidade do Estado, em nosso sistema, é direta, respondendo o ente estatal pelo comportamento de seus agentes, como se fosse comportamento seu. Sendo pessoa jurídica e prescindindo do atributo físico, atua o Estado por meio dos agentes públicos, atribuindo-se a ele todas as conseqüências da atuação desses agentes.

Decorrendo dano da atividade administrativa, a relação que se estabelece é entre o Estado e o administrado lesado, devendo a ação indenizatória ser proposta contra a

⁷³ MELLO, op. cit., p. 505, nota 11.

⁷⁴ BRUNINI, op. cit., p. 58, nota 52.

pessoa jurídica a quem compete a atividade lesiva e a qual se vincula o agente causador do dano. Esta, por sua vez, tem direito de regresso contra seu agente, desde que este tenha atuado com dolo ou culpa. Esta é a regra estabelecida no art.37, §6º, da Constituição em vigor.

A este respeito, há, na doutrina, com reflexo nas decisões dos nossos tribunais, entendimento de que a ação de indenização poderá ser proposta não só contra o Estado, mas também contra o agente, ou mesmo contra ambos, como responsáveis solidários nos casos de dolo ou culpa. Esta é a opinião externada, dentre outros, por Adilson de Abreu Dallari, Diogenes Gasparini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello. Considera este último autor que a norma constitucional visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente, não se podendo extrair dela restrições ao lesado, impedindo a possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Indica, para sustentar o seu entendimento, decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade da propositura da ação conjunta contra o Estado e o agente (STF - RE 90.071, in RDA 142/93, e STF - Agravo de Instrumento 106.483, in RDA 162/236)⁷⁵.

Em sentido contrário, posicionam-se, dentre outros, Weida Zancaner Brunini⁷⁶ e Hely Lopes Meirelles. Este administrativista sustenta que o funcionário só responde perante o Estado, descabendo ao lesado acioná-lo. Segundo ele, “o lesado por ato da Administração nada tem a ver com o funcionário causador do dano, visto que seu direito, constitucionalmente reconhecido (art. 37, § 6º), é o de ser reparado pela pessoa jurídica, e não pelo agente direto da lesão. Por outro lado, o servidor culpado não está na obrigação de reparar o dano à vítima, visto que só responde, por seu ato ou por sua omissão perante a Administração a que serve, e só em ação regressiva poderá ser responsabilizado civilmente. O causador do dano não pode ser obrigado a integrar a ação que a vítima intenta contra a Administração”⁷⁷.

A questão ganha, ainda, contornos mais complexos quando confrontada com a norma disposta no art. 70, III, do Código de Processo Civil brasileiro, que determina seja feita a denúncia da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

⁷⁵ MELLO, op. cit., p. 507-508, nota 11.

⁷⁶ BRUNINI, op. cit., p. 62-63, nota 52.

⁷⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 558, nota 28.

Manifesta-se em relação a ela Hely Lopes Meirelles, afirmando que, “é intuitivo que esse dispositivo não alcança os servidores públicos, nas ações de indenização movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a Constituição que estabelece a responsabilidade *exclusiva e objetiva* da Administração perante a vítima, já porque o causador do dano não pode ser obrigado a litigar com o agente que a Constituição exclui da demanda. Por todos esses fundamentos, é inaplicável a denúncia da lide pela Administração a seus servidores, ou mesmo a citação direta pela vítima”. Aponta, sustentando a sua tese, decisões do Supremo Tribunal Federal, publicadas na Revista Trimestral de Jurisprudência 100/1353, 105/225 e 106/1054⁷⁸.

No mesmo sentido é o entendimento externado por Arruda Alvim e Weida Zancaner Brunini, para quem a denúncia da lide é incabível na relação Estado-administrado, representando um vultoso empecilho aos interesses do particular lesado. Segundo a autora, não há razão para se atrelar ao direito do lesado o direito do Estado de ressarcir-se do pagamento da indenização, procrastinando desta forma a pronta sanção dos prejuízos sofridos pelo prejudicado⁷⁹.

Yussef Said Cahali, na análise da questão, aponta a necessidade da adoção de soluções distintas em relação às situações que são factíveis de se configurarem, no âmbito da responsabilidade estatal. A primeira delas refere-se à ação proposta contra pessoa jurídica com fundamento exclusivo na responsabilidade objetiva do Estado ou na falha anônima do serviço, sem a individualização do agente causador do dano. Neste caso não é cabível a denúncia da lide, já que o denunciante estaria inovando na fundamentação da ação, incluindo a culpa ou dolo do agente, não argüida pelo autor. A segunda, diz respeito à hipótese da pretensão indenizatória, deduzida em juízo, com fundamento em ato culposo ou doloso do agente público, na qual se impõe a denúncia da lide ao funcionário, com aplicação do art. 70, III, do Código de Processo Civil, admitindo-se, inclusive, o litisconsórcio facultativo, podendo o autor propor a ação ao mesmo tempo contra o funcionário e a pessoa jurídica, ou mesmo apenas contra o funcionário. Em abono a essa doutrina, cita acórdãos publicados na Revista dos Tribunais: 500/103, 526/221 e 544/260⁸⁰.

⁷⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 558, nota 28.

⁷⁹ BRUNINI, op. cit., p. 64-65, nota 52.

⁸⁰ CAHALI, op. cit., p. 93-104, nota 2.

A solução apresentada por Yussef Said Cahali é adotada também por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸¹.

Em relação ao direito de regresso do Estado contra o agente culpado, cumpre observar que há no Direito brasileiro, além da previsão geral constitucional, leis específicas tratando da matéria. No âmbito federal, a Lei n. 4.619, de 28 de abril de 1965, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República. A propositura da ação é obrigatória quando houver condenação da Fazenda Pública e evidência de culpa do funcionário no evento danoso, devendo o seu ajuizamento dar-se no prazo de 60 dias a contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória, sob pena de incidir o seu titular em falta funcional.

Com promulgação posterior à Constituição Federal, a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, atual Estatuto dos Funcionários Públicos da União, afasta taxativamente a denunciação da lide e mesmo o litisconsórcio no âmbito federal, determinando, no art. 122, § 2º, que “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”, pressupondo, para a ação de regresso, o trânsito em julgado de decisão condenatória da Fazenda Pública à indenização de terceiro prejudicado.

Merece referência, ainda, a Lei federal n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que estabelece um sistema especial de responsabilização do agente público, nos casos de abuso de autoridade, facultando à vítima promover a ação civil de indenização diretamente contra o seu ofensor, seja ele agente federal, estadual ou municipal (art. 9º).

A constitucionalidade deste dispositivo não tem sido questionada, de tal forma que, permite-se, nos casos específicos de danos derivados de abuso do poder, que a responsabilização individual anteceda à condenação da Fazenda Pública, sem prejuízo da ação contra a Administração Pública.

Concluindo essa análise, resta a menção à orientação adotada pelos tribunais nacionais quanto à responsabilidade estatal. Verifica-se pela infinidade de julgados favoráveis, indicados pelos doutrinadores, que a responsabilidade do Estado sempre foi aceita como regra de Direito Público pelos nossos pretórios, com acentuada tendência na ampliação dos casos de reconhecimento da obrigação do Poder Público de indenizar os danos derivados das atividades estatais, predominando as decisões relativas às

⁸¹ DI PIETRO, op. cit., p. 366-367, nota 8.

atividades específicas da Administração Pública. Verifica-se, ainda, a invocação, como regra, da responsabilidade objetiva, muito embora, grande parte dos acórdãos faça referência expressa à modalidade de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa do serviço.

A observação de que os nossos tribunais adotam a teoria objetiva da responsabilidade estatal, pode ser constatada nos acórdãos apresentados a seguir:

“O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular; significa que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração” (TJSP - 4ª C. - Ap. Rel Tito Hesketh - j. 14.9.78 - RT 522/77).

“Em tema de responsabilidade civil do Poder Público, por dano derivado de mau funcionamento de seus serviços, prevalece a chamada responsabilidade objetiva” (TJSP - 3ª C. - Ap. - Rel. Almeida Camargo - j. 21.9.78 - RT 523/95).

“Tratando-se de ação de reparação de danos proposta contra o Estado, a condenação deste independe de prova de culpa do seu agente. Basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexos causal entre o fato lesivo e o dano, bem como o seu montante” (1º TA CIVIL SP - 2ª C. - Ap. - Rel. Sena Rebouças - j. 20.9.89 - RT 647/134).

“A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/69 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros” (STF - 1ª T. - RE - Rel. Moreira Alves - j. 12.5.92 - RT 688/231).

“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. Estabelecido o liame causal entre a falta administrativa e o prejuízo superveniente, sem culpa ou dolo da vítima, cabe à Administração indenizar o lesado. A *contrario sensu*, sempre que a culpa da própria vítima for a causa imediata do acidente, ainda que envolvido se ache algum agente do

Poder Público, não se configurará a responsabilidade civil da Administração” (TJMG - 4ª C. - Ap. Rel. Humberto Theodoro - j. 20.02.86 - RT 611/221).

E, no sentido de fundamento divergente:

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

8. Hipóteses de incidência da responsabilidade no âmbito administrativo estatal

Na análise realizada, destacou-se a exigência do nexo de causalidade entre o comportamento da Administração Pública e o dano antijurídico sofrido pelo administrado como requisito essencial para a configuração da responsabilidade do Poder Público. Nessa relação, constitui a atuação administrativa o fato gerador do dano indenizável. Sem ela, quebra-se o vínculo etiológico necessário, eximindo-se o Estado de responder, ainda que, na situação, o particular tenha se sujeitado a um dano injusto.

Para obrigar o Estado, o comportamento gerador de dano deve revestir-se de qualificativos que permitam a sua vinculação ao ente estatal, a sua referibilidade à pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, estabelecendo a necessária relação ensejadora de responsabilidade. É imprescindível que o dano seja conseqüente da intervenção da Administração, imediata ou mediata, causado, segundo tipologia indicada por Celso Antonio Bandeira de Mello, pela ação ou omissão de seus agentes ou pela criação de fatores que propiciem a sua ocorrência⁸². Cretella Júnior, por sua vez, elenca como hipóteses geradoras de responsabilidade estatal, além da ação e omissão dos agentes públicos, o fato das coisas, compreendendo as falhas da máquina e do serviço⁸³.

Para o desenvolvimento da matéria, adotar-se-á a classificação apresentada por Celso Antonio Bandeira de Mello e, pela importância que tem para o tema deste

⁸² MELLO, op. cit., p. 583-584, nota 11.

⁸³ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 184-187, nota 4.

trabalho, a omissão, será tratada por último, procedendo-se a uma análise mais aprofundada dos seus elementos.

A primeira hipótese indicada de incidência de responsabilidade estatal diz respeito às condutas comissivas dos agentes públicos realizadas no âmbito das atividades próprias do Estado. Nesse caso, o evento lesivo é produzido pela ação positiva dos agentes, *in agendo* ou *in faciendo* e, independente de serem os atos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, impõem ao Estado a obrigação de reparar. Esta responsabilidade, no nosso sistema, é objetiva, não se cogitando de culpa ou dolo do agente, já que o caráter subjetivo do comportamento gerador de dano, segundo a regra constitucional, não é relevante para a relação jurídica Estado-administrado. O princípio adotado para fundamentar esta obrigação, em geral, é o princípio da igualdade dos administrados diante dos encargos públicos, podendo incidir, também, o princípio da legalidade, postulados do Estado de Direito, do qual é corolário o Estado responsável.

Quanto aos fatores criados pelo Estado e que propiciam a ocorrência de danos aos administrados, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que constituem hipóteses em que, embora não haja a causação direta e imediata do dano pelo Estado, o seu comportamento ativo entra, de modo mediato, porém decisivo, na sua linha de causação. É o Estado que produz a situação da qual o dano depende, originando a sua responsabilidade. São hipóteses de culpa *in vigilando*, sendo a mais comum aquela que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do que expõe terceiros a risco. Assimilam-se estas situações às de dano produzidos pela própria ação do Estado, recebendo, na doutrina, o mesmo tratamento jurídico⁸⁴.

Podem, ainda, ensejar a responsabilidade estatal os danos derivados da omissão administrativa quando, deixando o órgão público de realizar as atividades que lhe competem, descumprindo o dever legal de agir, dá-se a ocorrência do evento lesivo. O dano é ocasionado por um *non facere*, constituindo a omissão a sua causa eficiente. Configura-se nas hipóteses de culpa *in omittendo*, verificáveis quando do não funcionamento do serviço público ou do seu funcionamento tardio ou ineficiente. O Estado é responsabilizado em razão do descumprimento do dever que tem de agir, evitando a ocorrência de danos aos administrados.

Nessa situação, duas hipóteses podem configurar-se. Na primeira, a inação da Administração constitui o fato deflagrador primário do evento lesivo. O dano tem, na

⁸⁴ MELLO, op. cit., p. 590-591, nota 11.

sua origem, uma relação direta com o Poder Público, não intervindo na sua cadeia causal nenhum evento estranho a Administração Pública. A omissão, caracterizada pelo não cumprimento de uma regra legal de agir, constitui-se em causa bastante e exclusiva do dano sofrido pelo administrado.

Podem ser apontados, como exemplos, os danos decorrentes de acidentes nas vias públicas, em razão de obras que estejam sendo executadas sem os cuidados necessários de sinalização de advertência e iluminação ou, ainda, pela existência de valas em vias ou lugares públicos, não tendo sido realizadas as obras necessárias para a conservação dos mesmos. Evidencia-se, na hipótese, a falha do serviço, impondo ao Poder Público a obrigação de reparar os prejuízos sofridos pelos administrados.

A segunda hipótese factível verifica-se quando, em razão da inação dos agentes públicos, eventos alheios à Administração produzem aos administrados um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar. A omissão dos órgãos públicos não se constitui em causa primária do dano, mas integra a cadeia causal, como causa eficiente, em razão do não cumprimento do dever de agir, impedindo a ocorrência do evento lesivo.

Os eventos alheios às atividades públicas, suscetíveis de ensejarem a responsabilidade estatal por omissão ou atuação inadequada dos órgãos públicos, são os seguintes: a) fato da natureza, cuja lesividade o Poder Público não obistou, embora devesse fazê-lo, como no caso de alagamento de imóvel por força do empoçamento de águas pluviais que não escoaram por omissão na limpeza de bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão; b) comportamento material de terceiros, cuja atuação lesiva não foi impedida pelo Poder Público, embora pudesse e devesse fazê-lo, como no caso de assalto processado diante de agentes policiais inertes e desidiosos⁸⁵.

A responsabilidade estatal decorrente da omissão é tema conflituoso, comportando aspectos controvertidos, cujo tratamento faz-se necessário para a exata compreensão de sua extensão e alcance.

O termo *omissão*, em acepção vulgar, é empregado com vários sentidos. A noção corrente que se tem dele é a de falta, falha ou negação. Na linguagem fluente, corresponde a suprimir, abolir, extinguir. Derivado do latim *omissio*, pode designar lacuna, falta, lapso, negligência, abstração, preterição, supressão, exclusão, silêncio ou ausência de algo.

⁸⁵ MELLO, op. cit., p. 590, nota 11.

Segundo Marília de Dirceu Menegale, do ponto de vista semântico omissão é, principalmente, negligência, descuido, assim devendo ser entendida na dicção jurídica⁸⁶. No mesmo sentido é a afirmação de José Aguiar Dias, que considera omissão o esquecimento das regras de proceder no desenvolvimento da atividade, sendo, em essência, culpa⁸⁷.

Em lição de José da Silva Pacheco, a palavra *omissão*, embora seja empregada, geralmente em relação a fato negativo, contrário à ação, ela não é o oposto de ação. Explica o autor que nem toda inação é omissão. A inação decorre da não atuação. Se, na não atuação, havia o dever de atuar, então configura-se, além da inação, a omissão, que pode ser não voluntária ou voluntária, sendo esta, culposa ou dolosa. Conclui, assim, que a omissão pode ser definida “como sendo a inação voluntária ou não voluntária, infringindo o dever de atuar”⁸⁸.

Da análise feita, resta claro que a noção de omissão está vinculada à de culpa. É ínsito a ela a idéia de um comportamento negligente, desidioso, de desrespeito às normas de procedimento, de infringência de um dever jurídico de agir. É portanto, um comportamento ilícito.

Nesse sentido é a afirmação de José Cretella Júnior, para quem a omissão configura a *culpa in omitendo* e a *culpa in vigilando*. Segundo ele, são casos de inércia, casos de não ato, em que se cruza os braços ou não se vigia, quando deveria agir. Há a incúria do agente, que foi negligente ou mesmo imprudente ou imperito. “Negligente, quando a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, *culpa*, ligada à idéia de inação, física ou mental”⁸⁹.

Evidencia-se, ainda, a noção de que tanto da omissão, quanto da ação dos agentes públicos podem originar-se danos aos administrados, danos estes que se revestem do caráter de antijuridicidade em razão da ilicitude da conduta. Se o agente público, devendo agir para obstar um evento lesivo, omite-se, e se desta omissão resulta danos, deve o Estado responder por eles, ressarcindo o prejuízo injusto.

⁸⁶ MENEGALE, Marília de Dirceu. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coordenação de J. M. Carvalho Santos e José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi. 1947. v. 35. p. 149.

⁸⁷ DIAS, op. cit., p. 152, nota 5.

⁸⁸ PACHECO, José da Silva. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coordenação de J. M. Carvalho Santos e José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi. 1947. v. 35. p. 153.

⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 210, nota 4.

A responsabilidade do Estado surge em função do descumprimento do dever legal que o agente estatal tinha de impedir que o dano ocorresse ou se efetivasse. O fundamento da responsabilidade é o princípio da igualdade, sendo admitido, também, o princípio da legalidade, que impõe o dever de indenizar, independente da generalização ou especialização do dano ou mesmo do seu valor econômico irrisório.

Amaro Cavalcanti, em sua clássica obra *Responsabilidade Civil do Estado*, datada de 1905, afirma que nesses casos a responsabilidade do Estado provém de seu dever de proteção, que se caracteriza como uma obrigação inerente ao Estado para com os seus *súditos*, correspondendo aos deveres de obediência e fidelidade, e ao ônus e encargos públicos, aos quais os *súditos* se sujeitam para com o Estado. Citando Klewitz, observa que não se trata de um simples dever moral ou de uma beneficência, mas sim de um dever jurídico, de natureza pública. Em geral, todo indivíduo pode exigir do Estado o cumprimento desse dever, como uma parte essencial dos direitos que lhe competem na qualidade de cidadão ou membro do Estado. Em particular, cada indivíduo pode exigir, igualmente, que o Estado, na sua atividade administrativa e judiciária, proceda conforme as normas de direito, todas as vezes que precise recorrer às autoridades, e que o Estado, a seu turno, faça observar essas normas, onde e quando o interesse da segurança ou o bem-estar comum tornar legalmente necessária, a intervenção espontânea do funcionário⁹⁰.

É farto o elenco de casos na doutrina e na jurisprudência, pátria e estrangeira, reconhecendo a responsabilidade estatal por omissão, como o de danos derivados de tumultos, arrombamentos ou depredações, nos quais não são empregados todos os meios necessários para garantir ilesos a vida e o patrimônio das pessoas, ou do agente público que não toma os cuidados necessários para a proteção de preso confiado à guarda da autoridade pública e que sofre um atentado, ou da falta de providências de socorro médico-hospitalar que deveriam ter sido tomadas, ou de alagamentos por deficiente escoamento de águas pluviais, ou, ainda, de destruição ou desmoronamento de construções pela invasão de águas em razão da má conservação de córrego.

Dúvidas, portanto, não há, a respeito da incidência da responsabilidade do Estado, devendo o ente público indenizar o administrado lesado em razão do não cumprimento do seu dever legal de agir, impedindo a ocorrência do evento lesivo. Contudo, a definição da natureza jurídica da relação obrigacional que se estabelece,

⁹⁰ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.

nestes casos, permanece controversa. Há dissenso, na doutrina e na jurisprudência, sobre ser objetiva ou subjetiva a responsabilidade daí derivada, agravada a controvérsia pela discussão sobre o acolhimento, no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, da responsabilidade objetiva como regra exclusiva.

O entendimento já firmado quando da análise da responsabilidade estatal no Direito Brasileiro é o de que a Constituição de 1988, a exemplo das constituições anteriores, adotou, exclusivamente, a responsabilidade objetiva, no âmbito das obrigações estatais derivadas dos danos causados por seus agentes, independente de serem eles resultantes de comportamentos comissivos ou omissivos, afastando, em definitivo, do âmbito da responsabilidade pública, aquela de ordem subjetiva, fundada na culpa e regulamentada no art. 15 do Código Civil.

Seguindo a regra constitucional, a responsabilidade do Estado, também nesses casos, é objetiva. A culpa manifesta do agente infrator faz surgir o direito de regresso do Poder Público para reaver o que foi despendido com a indenização do lesado, não alterando, contudo, a natureza objetiva da obrigação estatal, que se define com o estabelecimento do vínculo entre o comportamento da Administração e o dano sofrido pelo administrado.

Neste sentido, manifestam-se, dentre outros, Diogenes Gasparini⁹¹, Weida Zancaner Brunini⁹² e Hely Lopes Meirelles⁹³. Afirma este último que o essencial para fins de responsabilidade do Estado, nos moldes constitucionais, “é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Yussef Cahali, seguido por Álvaro Lazzarini, preleciona que “o exame do nexo etiológico deve ser feito pelos princípios da causalidade objetiva enunciados pela teoria geral do direito, e tendo em vista cada caso concreto, buscando identificar a *causa do dano*, conforme a modalidade na atividade lícita da Administração, na falha da máquina administrativa por omissão de uma atividade razoavelmente exigível, ou no ato doloso ou culposo do funcionário”⁹⁴.

Muitos doutrinadores, contudo, advogam entendimento contrário, considerando que a necessidade da demonstração da culpa do agente na omissão, transfere a relação

⁹¹ GASPARINI, op. cit., p. 412, nota 48.

⁹² BRUNINI, op. cit., p. 62, nota 52.

⁹³ MEIRELLES, op. cit., p. 554-555, nota 28.

⁹⁴ CAHALI, op. cit., p. 52-53, nota 2.

obrigacional para o âmbito subjetivo, fazendo incidir a regra do art. 15 do Código Civil brasileiro.

Amaro Cavalcanti, na sua obra do início do século passado, ao argumentar favoravelmente pela adoção da teoria objetiva, adverte que na omissão a causa da responsabilização é sabidamente diversa. Segundo ele, não há uma violação positiva por meio de ato ou fato; ao contrário, há a ausência destes. Daí a necessidade de se adotar critério diferente na averiguação da responsabilidade que porventura exista, quanto à suposta ou alegada lesão do direito alheio. E esse critério, outro não poderia ser, senão a prova de negligência ou de culpa na omissão do ato que deveria ser praticado⁹⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello, utilizando-se das lições de Oswaldo Bandeira de Mello, posiciona-se, nestes casos, pela adoção da responsabilidade subjetiva do Estado, fundada, segundo ele, na teoria da culpa ou da falta de serviço, seja porque este não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou tardiamente⁹⁶.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto é, também, partidário desse entendimento, preconizando a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva aos casos de danos decorrentes da omissão e do retardamento da atividade estatal. Para ele, o art. 15 do Código Civil foi revogado apenas parcialmente pela previsão constitucional da regra da responsabilidade objetiva, mantendo a sua vigência quanto aos atos omissivos, quando há lesão a terceiros⁹⁷.

As divergências doutrinárias são, ainda maiores, quando se trata da omissão estatal, verificada concorrentemente, com atos de terceiros ou fatos da natureza, que geram danos aos administrados.

Essa hipótese de conduta ensejadora de responsabilidade estatal tem especial interesse para o tema desse trabalho, uma vez que é aquela que se verifica nos crimes. Em relação a eles, atos de terceiros não vinculados à Administração Pública, a obrigação estatal surge em razão da omissão de seus agentes, não realizando ou realizando tardia ou ineficientemente a atribuição legal de promover a segurança das pessoas, quando deviam e podiam fazê-lo, protegendo-as na sua incolumidade e no seu patrimônio.

⁹⁵ CAVALCANTI, op. cit., p. 283-284, nota 90.

⁹⁶ MELLO, op. cit., p. 603, nota 11.

⁹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 460.

Os atos de terceiros, bem como os fenômenos da natureza, conforme análise já realizada⁹⁸, são considerados, na teoria geral da responsabilidade estatal, como espécies de excludentes da responsabilidade, ilidindo a sua incidência pela quebra do nexo causal necessário entre a atuação da Administração Pública e o dano sofrido pelo particular. Havendo, porém, nesses casos, a verificação da omissão estatal em se evitar a atuação lesiva do terceiro ou as conseqüências prejudiciais dos fenômenos da natureza, responsabiliza-se o Estado pela ausência de providências que os seus órgãos tinham o dever de tomar e não tomaram, ou tomando não o fizeram a tempo ou adequadamente. Configura-se, portanto, situação de responsabilidade por omissão estatal, em razão da culpa administrativa ou da falha do serviço.

Isto não significa, porém, que a responsabilidade estatal seja subjetiva. Reafirma-se, mais uma vez que a regra constitucional estabelece a objetividade na aferição da incidência da obrigação do Poder Público de reparar os danos sofridos pelos administrados, exigindo para a sua configuração o estabelecimento do nexo de causalidade entre o comportamento da Administração e o evento lesivo.

Ainda que a omissão apresente caráter específico, exigindo a culpa do agente público para a definição de sua aptidão como conduta geradora de responsabilidade estatal, este elemento não têm relevância para a relação jurídica obrigacional que se estabelece entre o Estado e o administrado. Por norma constitucional, esta relação é objetiva, definindo-se com o estabelecimento do vínculo causal entre o comportamento administrativo lesivo e o dano sofrido pelo particular.

A falha do serviço decorrente da culpa do agente, nesse caso, é essencial para a configuração da inação administrativa como causa eficiente para o evento lesivo, possibilitando o estabelecimento da relação necessária entre ela e o dano, ensejadora de responsabilidade estatal e, ainda, para o direito de regresso do Estado, exercido contra o agente omissor.

Este não é, contudo, o entendimento vigorante. Mesmo aqueles que defendem a adoção da responsabilidade objetiva em relação às hipóteses de danos decorrentes, exclusivamente, da omissão estatal, posicionam-se no sentido de que em relação aos atos de terceiros e aos fatos da natureza, a obrigação estatal é subjetiva, fundada na culpa ou dolo do agente, não incidindo a regra constitucional.

⁹⁸ Capítulo II, item 5.

Esse é o entendimento externado por Hely Lopes Meirelles ao afirmar que a Constituição distingue, na adoção da regra da responsabilidade objetiva, o dano causado pelos agentes da Administração dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da natureza, já que se refere expressamente aos *danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros* (art. 37, § 6º, CF). Conclui o administrativista que o legislador só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos, não responsabilizando objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. “Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano”. Para ele, a indenização pela Fazenda Pública, nesses casos, só é devida comprovando-se a culpa da Administração⁹⁹.

O cabimento da teoria subjetiva da culpa na hipótese discutida é defendido, também, por Maria do Carmo Saboya Reis¹⁰⁰ e por Sonia Sterman¹⁰¹, considerando-se que não sendo o dano provocado diretamente por conduta do agente público, o particular lesado deve comprovar a culpa da Administração Pública no ato danoso de terceiro, como nas depredações, ou no evento lesivo decorrente de fenômenos da natureza, como enchentes e vendavais.

Celso Antônio Bandeira de Mello adota o mesmo entendimento, considerando que, na hipótese cogitada, o Estado não é o autor do dano, não se podendo, a rigor, dizer que o causou. A omissão ou deficiência estatal é condição do dano e não causa, já que causa é o fator que, positivamente, gera um resultado e condição, o evento que não ocorreu, mas que se houvesse ocorrido teria impedido o resultado¹⁰².

Discorda desse autor Álvaro Lazzarini que, apoiado em argumentos aduzidos por Toshio Mukai, considera que causa, nas obrigações jurídicas, é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação de dar, de fazer ou não fazer. Portanto, a

⁹⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 555-556, nota 28.

¹⁰⁰ REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Responsabilidade civil do Estado: culpa concorrente. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, n. 6, p. 40-41, jun. 1997. P. 41.

¹⁰¹ STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado - movimentos multitudinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 88-89.

¹⁰² MELLO, op. cit., p. 587, nota 11.

omissão ou o comportamento omissivo pode ser causa e não condição do evento danoso, quando deflagrador primário do dano praticado por terceiro¹⁰³.

Em que pese a doutrina dos renomados juristas preconizando a aplicação da responsabilidade subjetiva, há que se considerar que o caráter diferenciado da omissão como conduta ensejadora de responsabilidade e os desdobramentos que ela comporta, não são razões suficientes para levar de volta a responsabilidade estatal definida, hoje, em termos do Direito Público para o âmbito do Direito Privado, adotando restrições à regra constitucional que o próprio legislador não estabeleceu.

O que se observa nessa questão é que as divergências doutrinárias decorrem da não fixação dos exatos limites e âmbito de incidência da responsabilidade estatal por omissão. Referida esta às situações nas quais, em razão de culpa ou dolo na inação de agente público, eventos lesivos se concretizaram, dúvidas não poderá haver sobre a incidência da responsabilidade estatal.

A omissão configura-se, na hipótese, efetivamente, como causa do evento lesivo. Na realidade, como concausa, já que há uma causa primitiva, produzida por agente estranho à Administração, que inicia um processo de mudança no mundo dos fatos, dirigido à produção de um resultado, processo este no qual incidem fatores outros que favorecem a sua ocorrência. A omissão, ou a ausência de conduta a que estava o Estado obrigado, juridicamente a realizar, manifesta-se, concomitantemente, à causa primária do evento lesivo, comportamento de terceiro ou fato da natureza, determinando a sua ocorrência. Há, na hipótese, uma conjunção de várias causas na determinação do evento lesivo. A presença de uma causa prevalente não exclui as demais causas do complexo de forças que atuam, dirigidas ao resultado.

Como causa é toda condição do resultado, aquilo que faz com que uma coisa exista, com que um evento se realize, é lógico entender-se, na relação analisada, a omissão como causa do evento lesivo.

Contudo, é preciso observar que, na realidade, inexistente causalidade na omissão, já que a inatividade carece de eficácia ativa, não podendo produzir resultados. No plano físico existem apenas as ações e sendo a omissão o nada, dela nada pode surgir.

A causalidade surge, não da relação entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava, juridicamente, obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado, não porque o causou com a omissão, mas porque não o

¹⁰³ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 429.

impediu, realizando a conduta a que estava obrigado. A estrutura da conduta omissiva, portanto, não é naturalística, mas, essencialmente normativa, equiparada pelo Direito, nos seus efeitos, à ação. Ela terá o mesmo valor da ação quando o omitente se colocar, por força de um dever jurídico na posição de garantidor da não-ocorrência do resultado. Não se constitui em um não-fazer passivo, mas da não execução de uma atividade juridicamente exigida. A causalidade é assim jurídica e não fática, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado.

Sendo causa o vínculo que correlaciona os próprios fenômenos e que faz com que um ou vários deles apareçam como condição de existência de outros, na cadeia causal de um fenômeno tem relevância todos os antecedentes dos quais depende a sua produção. Para a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, verifica-se a eficiência de cada uma das causas prováveis pela possibilidade de sua exclusão ou não da linha de desdobramento causal, no chamado procedimento hipotético de eliminação de Thyrén, segundo o qual, a mente humana julga que um fenômeno é condição de outro toda vez que, suprimindo-o mentalmente, resulta impossível conceber a ocorrência do segundo fenômeno da forma como ocorreu¹⁰⁴. Constituem causas do fenômeno ou do evento todas as forças que cooperam para a sua produção, quaisquer que sejam, que concorram para o resultado de modo indispensável, determinantes da sua ocorrência, no momento e da forma como se realizou.

Na situação em questão, além do comportamento de terceiro voltado para a prática de ato lesivo ou mesmo de fato da natureza, que traz ínsito um potencial lesivo, ocorre, concomitantemente, a inação antijurídica da Administração Pública, contribuindo para a ocorrência do evento lesivo, já que sem ela, ou seja, se tivesse havido a atuação efetiva do órgão público no cumprimento de um dever legal seu, o resultado não teria se concretizado. A omissão ou a não realização da conduta que por dever legal estava obrigado a realizar, embora por si só não constitua causa bastante, não colocando em movimento uma cadeia causal que conduza diretamente ao resultado, figura nesta, como uma concausa, uma causa que se acresce a outra para determinar o resultado, qual seja, os danos sofridos pelo administrado. O omitente responde, assim, em razão do descumprimento de uma obrigação legal que lhe é imposta no sentido de obstá-los.

¹⁰⁴ THYRÉN. Apud JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1. p. 216.

Equiparada juridicamente à ação, a omissão geradora de danos está incluída na disposição constitucional do § 6º, do art. 37, que estabelece a obrigação estatal de responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem a terceiros*. A causação, neste caso, conforme analisado, não é fática, mas jurídica, decorrente de um fazer negativo, não interrompendo, por dever legal, um processo causal, impedindo o seu resultado. O que a regra constitucional exige para a incidência do preceito é o estabelecimento da relação causal entre o comportamento da Administração e o evento lesivo. É a atribuição da causação ao Poder Público e isto, sem dúvida alguma ocorre, não fática ou naturalisticamente, mas normativamente.

Esta causação normativa decorre da existência de uma situação de culpa ou dolo, ainda que não tenha que ser identificado o seu autor, em razão do descumprimento do dever legal de agir, pronta e eficientemente, condição esta imprescindível para a aptidão do comportamento como causa geradora do dano indenizável pelo Estado, estabelecendo o vínculo etiológico necessário. Funda-se a responsabilidade na culpa ou falha do serviço, responsabilidade, também, objetiva, que se define com o estabelecimento do nexu causal entre o comportamento da Administração Pública e o evento lesivo.

Quando a Administração Pública se abstém da prática de atos ou de tomar providências que a lei lhe impõe, e de sua inércia resulta danos, configura-se a culpa ou falha do serviço e a sua conseqüente reparação surge como imperativo indeclinável de justiça.

Observa-se, por fim, que decorrendo o dano da omissão administrativa na hipótese de ato de terceiro, haverá concorrência de culpas, da Administração pelo serviço e do particular pela sua ação danosa, contribuindo ambas para a ocorrência do evento lesivo, o que determina uma divisão de responsabilidades e, conseqüentemente, do *quantum* a ser indenizado.

9. Responsabilidade estatal pelos atos policiais

A polícia ou poder de polícia, conforme análise realizada¹⁰⁵, constitui-se, essencialmente, em função ou atividade do Estado, inserida no âmbito próprio do Poder

¹⁰⁵ Capítulo I, item 3 e 4.

Executivo, podendo ser exercida, contudo, por qualquer dos três Poderes, quando realizam atividade administrativa. Atribuída a órgão público específico, esta atividade é realizada por uma força organizada, a Polícia, visando a proteção da sociedade e do indivíduo, intervindo nas relações próprias da convivência social e em todos os atos que perturbem a ordem pública.

Como órgão com função pública administrativa, atua a Polícia por meio de prescrições, limitando comportamentos e atividades dos particulares, e por meio de prestações, desempenhando atividades essenciais e necessárias para a subsistência do grupo social e do próprio Estado. Restringindo coativamente as liberdades, os direitos e as garantias dos indivíduos, ou prestando serviços públicos, a atividade policial, como toda atividade estatal, deve conformar-se aos limites expressamente estabelecidos no ordenamento jurídico, quer constitucional, quer infra-constitucional.

No Estado de Direito, em que predominam as leis e o Direito como norteadores da atuação estatal, o fundamento do poder de polícia encontra-se no próprio sistema normativo. Sua finalidade deve ser assegurar a liberdade, de forma não absoluta, mas conciliada com a ordem pública, de modo a permitir que todos dela usufruam. Através dele, o Estado busca a preservação da ordem pública, estabelecendo o disciplinamento necessário para evitar o conflito de direitos e garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for compatível com o direito dos demais.

Não se constitui a atuação policial em uma atividade sujeita à regime jurídico diferenciado, como já se preconizou, justificado a partir da existência de atributos que lhe seriam próprios. O caráter social, a coação e a proteção à ordem jurídica, na realidade, não são típicos e nem exclusivos da manifestação dessa espécie de função, aparecendo também, em muitas outras atividades, além da policial.

Como atividade administrativa, a polícia é regulada juridicamente da mesma forma que as outras atividades da Administração Pública, submetendo-se, portanto, aos mesmos princípios, regras e limites gerais, imputados a essas atividades. Sujeita-se, ainda, em razão de suas peculiaridades, à incidência de princípios, regras e limites próprios, como acontece com qualquer outra função que apresente caráter específico.

Os atos praticados no exercício da atividade policial são atos administrativos que possuem atributos especiais, subordinando-se, porém, ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da Administração, sujeitando-se, inclusive, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, ainda que *a posteriori*. A discricionariedade que lhe é própria não autoriza a arbitrariedade e os excessos, abusos ou desvios, devendo a sua

atuação conformar-se à necessidade e à adequação requerida pela situação. O ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. A coercibilidade como atributo seu, justifica o uso da força física quando esta for necessária para a manutenção ou restabelecimento da ordem pública. Não legaliza, porém, a violência desnecessária ou desproporcional, caracterizando-se, em tal caso, o excesso de poder e o abuso de autoridade, nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados.

Atuam os agentes policiais, como agentes administrativos que são, condicionados pelo poder-dever de agir. O poder de agir tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o agente público é uma obrigação legal de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.

Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao agente público para deixar de praticar os atos de sua atribuição legal. Em conseqüência, a omissão ou o silêncio da Administração, quando deveria agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o Estado.

Devendo atuar, o agente sujeita-se, ainda, ao dever de eficiência, que impõe a todo órgão público a realização de suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Aponta a doutrina ser este o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas conformada à legalidade, exigindo resultados positivos para a atuação administrativa e satisfatório atendimento às necessidades da comunidade e de seus membros. Corresponde esse dever de eficiência ao *dever de boa administração*, preconizado pela doutrina italiana. Não abrange só a produtividade do exercente do cargo ou da função, como também a perfeição do trabalho e a sua adequação técnica aos fins visados pela Administração. A técnica é hoje inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todas as atividades administrativas especializadas, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência. Não se admite à Administração, na atualidade, poder decidir por critério leigo quando há critério técnico solucionando o assunto. O que pode haver é opção da Administração por uma alternativa técnica,

quando várias lhe são apresentadas pelos especialistas, como aptas a solucionar o caso em exame¹⁰⁶.

A atividade de polícia, consistente na imposição de vedações ou restrições aos administrados, submete-se a limites impostos pelo Estado, referentes aos direitos dos cidadãos, às liberdades públicas e os privilégios individuais, assegurados na Constituição e demais normas legais¹⁰⁷. Constitui atividade excepcional, sujeita a inúmeros riscos, devendo os órgãos públicos agir dentro dos limites e padrões que lhes são impostos por lei e com observância dos princípios que informam a atuação estatal. O desrespeito a esses limites, bem como a sua realização em desconformidade com as regras que a informa, faz surgir, em consequência, a obrigação do Poder Público de responder pelos danos que daí advenham.

A responsabilidade estatal tem nessa matéria um desenvolvimento bastante insipiente, divergindo a doutrina quanto aos conceitos e teorias a serem adotados, sujeita à influência remanescente do Estado de Polícia, que se identifica como sendo aquele em que o poder era transcendental e, portanto, ilimitado, quanto aos fins que o senhor ou rei poderiam perseguir e quanto aos meios a empregar.

Caracterizado o poder de polícia como uma atividade administrativa estatal que restringe direitos e liberdades dos indivíduos, condicionando o seu exercício em benefício do interesse público ou social, não se reconhece a responsabilidade do Estado como incidente nesta atividade¹⁰⁸.

A responsabilidade estatal é, contudo, consequência inevitável do Estado de Direito, no qual figura o indivíduo como sujeito de direitos perante o Estado e o Poder Público sujeita-se, na sua atuação, aos limites estabelecidos pelo Direito.

É princípio deste Estado, equivalente ao da legalidade para restringir a liberdade e o uso e gozo da propriedade, a responsabilidade por todos os seus atos. Em um ordenamento jurídico onde os particulares alienam parte de sua liberdade e de seus direitos em benefício comum, não se pode conceber que a atuação dos órgãos públicos se realize de forma irresponsável, arbitrária ou culposa. O princípio da responsabilidade impõe-se, logicamente, para qualquer das classes de atividades estatais. É dever jurídico responder pelas lesões que produzem os órgãos públicos e seus agentes executores em todas as atividades que realiza o Estado de Direito.

¹⁰⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 68-69, nota 28.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 224.

¹⁰⁸ MEDAUAR, op. cit., p. 350, nota 30.

Se o princípio da responsabilidade é indiscutível para toda atividade do Estado, não se pode admitir que a atividade policial, que é também parte de sua atividade jurídica, seja excluída. Se há responsabilidade pelas atividades do Estado, deve também existir responsabilidade pela policial.

No Estado de Direito, o ideal pretendido é de que as sanções correspondam sempre ao princípio razoável da reparação, não se concebendo que as atividades estatais, ou que algumas destas, possam ser intocáveis ou acharem-se excluídas do princípio vigente da responsabilidade. As confusões de conceitos privatísticos ideológicos de certas épocas, criaram uma legislação deficiente sobre a matéria, sendo necessária a construção pretoriana, aliada à doutrinária, para a retificação de alguns injustos claros. Concorreram para a confusão a pressão ideológica que separava a personalidade do Estado com o poder público, criando a presunção da sua dupla personalidade e a divisão absoluta entre atos de gestão e atos de império. Estes princípios teóricos não muito bem sistematizados e difíceis de serem precisados, foram tão superiores que anularam as garantias reconhecidas, positivamente, da igualdade e da responsabilidade¹⁰⁹.

Não se excepciona, assim, da regra geral, a atividade policial. Deve esta ser responsabilizada pelos danos que ocasione a terceiros, no âmbito de qualquer das classes de sua atuação.

Os princípios que regulam esta responsabilidade são idênticos e se aplicam a todos os atos administrativos, inclusive aos atos policiais. Sendo uma a atividade administrativa, não há razão alguma para haver distinção no tratamento da responsabilidade, significando esta distorção infringência a princípios constitucionais e do Estado de Direito.

As condições de urgência, coerção imediata, estado de necessidade que concorrem em muitas atividades policiais constituem-se na forma ou modo como podem desenvolver-se; não justificam jamais a qualificação da irresponsabilidade, pois os direitos dos particulares ante todos esses atos continuam dentro do cerco da inviolabilidade garantida e custodiada. Se no Estado de Direito a responsabilidade dos órgãos estatais e dos funcionários é pressuposto substancial, a responsabilidade pelos atos policiais não é tópico separado do princípio geral que rege toda a matéria, devendo, ao contrário, ser considerada sob as especificidades que apresenta a matéria.

¹⁰⁹ FIORINI, Bartolomé A. *Poder de Polícia*. Buenos Aires: Alfa, 1957. p. 319-320.

A responsabilidade policial administrativa deve ser plena quando destrói, sacrifica ou torna inidôneos os direitos dos particulares. Também é devida quando não atende à necessidade do administrado de prestação da atividade própria da Polícia. O sentido reparador do ressarcimento econômico deve proceder contra qualquer classe de violação ao direito das pessoas em seu âmbito individual, já que a lesão pode incidir tanto sobre bens patrimoniais, quanto pela perda ou limitação da liberdade, pela demora na obtenção de qualquer classe de satisfação, da ofensa à dignidade e em muitas outras situações.

O dano será sempre o mesmo, enquanto lesão de um interesse valorado objetivamente, seja causado por um particular, uma sociedade privada ou um órgão da Administração Pública de qualquer classe que for. Todo dano produz a responsabilidade de ressarcir a quem o tenha causado, sem ser necessário, segundo normas de direito positivo, tê-lo produzido direta e pessoalmente, e a exigência de culpa subjetiva.

A presunção de legitimidade e de necessária executoriedade que regem todos os atos administrativos, não constituem elementos de exclusão em relação à responsabilidade, pois a presunção de legitimidade é um princípio teórico que não chega a ser absoluto para poder excluir, previamente, a responsabilidade da Administração quando produz dano. A presunção de legitimidade e a executoriedade direta vige com toda plenitude jurídica quando o ato é realmente legítimo e não quando sua presunção é de simples aparência. A presunção é sempre *juris tantum*, pois se o ato não é legítimo a sua execução é também ilegal. O problema não pode encerrar-se sob o signo de uma presunção discutível, pelo contrário, a colocação deve fazer-se sobre o fato real da existência de um dano produzido aos direitos dos particulares pela atividade policial¹¹⁰.

A atividade policial, mesmo se dirigindo à proteção do indivíduo e da sociedade, pode causar danos com a prática de ato administrativo legítimo ou com aparência de legitimidade e por ato administrativo ilegítimo.

Em todas as situações, deve sujeitar-se aos princípios gerais da responsabilidade pública, respondendo o Estado pelos comportamentos comissivos e omissivos dos órgãos policiais, quando lesivos aos administrados. Todos os atos da administração devem ser legítimos e a ocorrência de danos demonstra, em geral, a sua realização anormal, inadequada e culposa.

¹¹⁰ FIORINI, op. cit., p. 327, nota 109.

O critério jurídico-social, informador da regra da responsabilidade, considera que a indenização é sempre justa quando a lesão é desigual, embora produzida por uma limitação geral e total, ou anormal, excedendo aos encargos inerentes à vida em sociedade e, ainda, quando atinge uma situação, juridicamente, protegida. O fundamento é o princípio da igualdade dos encargos públicos.

É, também, justa a indenização quando a Administração Pública, por omissão ou ineficiência, causa prejuízo a um particular ou grupo de particulares que necessita da ajuda ou proteção policial, permanecendo inativa diante de situação de urgência que requer a intervenção do órgão público ou atuando de forma inadequada ao que era possível se esperar, na situação. Estas hipóteses podem configurar-se nas atividades preventivas e nas atividades de repressão da Polícia.

Em todas essas situações, a responsabilidade pública que se configura deve ser estabelecida, em nosso sistema, objetivamente, conforme determina o texto constitucional (art. 37, § 6º).

Ao Estado de Direito interessa a defesa dos direitos dos particulares. A responsabilidade pela atividade policial terá seu real e justo tratamento com o ajuste da concepção de que todo ato de polícia é também ato administrativo, passível de todas as irregularidades como qualquer outro ato da administração pública, regido por normas de direito que regulam e sancionam todos os seus desvios lesivos.

CAPÍTULO III

A VÍTIMA DE CRIME

1. Considerações gerais

O estudo da vítima de crime faz-se necessário no âmbito do tema proposto, constituindo-se, ela, na pessoa detentora do direito lesado com a prática da infração penal e que se submete, em razão desta, a um dano de ordem patrimonial ou moral.

Na busca de fundamentos jurídicos adequados para a configuração da responsabilidade estatal nas hipóteses de crimes, é imprescindível a consideração da vítima na sua atual condição de sujeito de direitos protegidos constitucionalmente, e de que é ela que suporta, diretamente, o dano antijurídico, originado, muitas vezes, em razão da incúria estatal.

A ordem jurídica, todavia, tem negligenciado os seus interesses, ao visar a solução institucionalizada do conflito surgido com a ocorrência de crime, despersonalizando a rivalidade entre as partes e convertendo a vítima real e concreta do drama criminal em mera abstração. Satisfaz-se o sistema com a restauração da ordem pública, aplicando a Lei Penal. Privilegia-se o interesse público lesado com a atividade criminosa, relegando-se o interesse próprio da vítima real e de seus dependentes que, em geral, são obrigados a suportarem, eles próprios, as conseqüências das violações a direitos fundamentais como a vida, a incolumidade e o patrimônio, direitos esses que o Estado obriga-se a assegurar.

Na relação jurídica que se estabelece com a ocorrência do crime, a vítima ficou relegada a um papel marginal de testemunha da infração, com limitada possibilidade de se socorrer do Judiciário para obter a reparação de danos, a cargo, exclusivamente, do infrator.

Esta situação começa a ser alterada, com movimentos no sentido da valorização adequada da vítima e dos seus interesses no contexto do crime. Mudanças significativas já podem ser observadas, como a ocorrida em nosso sistema com a Lei n. 9.099, de 1995, que trouxe a possibilidade da solução do conflito penal, em algumas infrações de menor potencial ofensivo, pela conciliação entre a vítima e o seu autor, visando exclusivamente a reparação dos danos.

Merece destaque, também, a iniciativa de países da Europa como a Áustria e a Alemanha, que acolheram a concepção da reparação do dano como uma obrigação essencial para o autor da infração e como forma de solução de conflitos, nos casos dos delitos menos graves, adotando o princípio da subsidiariedade das medidas de

responsabilidade penal frente à reparação, quando a finalidade penal pode ser alcançada mediante condenação à indenização de danos e prejuízos

Embora louváveis essas iniciativas em prol das vítimas de crimes, não há que se relegar o caráter obrigacional da relação jurídica que se forma, com a prática da infração penal, entre o Estado e o administrado, impondo também ao ente público o dever de indenizar, quando o evento lesivo resultar, além da atuação do agente infrator, de comportamento irregular da Administração Pública.

No processo de valorização a que vem sendo alvo a vítima de crime, não se pode excluir do Estado a sua responsabilidade como prestador de serviços e, fundamentalmente, como garantidor da segurança pública, visando o bem comum, que inclui, além da segurança da comunidade, a segurança de cada pessoa, protegendo a sua vida, sua incolumidade e o seu patrimônio.

2. Evolução histórica no tratamento da vítima de crime

A proteção à vítima de infração penal constitui preocupação dos estudiosos desde a segunda metade do século XIX. Há algumas décadas, vem a Vitimologia, a mais moderna das disciplinas científicas que se ocupam do fenômeno criminal, estudando a vítima e suas relações, seja com o infrator, seja com o sistema. Desde os primeiros trabalhos dos considerados precursores da Vitimologia, Benjamin Mendelsohn e Von Hentig, denuncia-se a neutralização da vítima com a monopolização da distribuição da Justiça pelo Estado.

Esse movimento de redescoberta da vítima, assumindo proporções de verdadeira descoberta científica, busca reverter um longo período da história em que este sujeito de direitos foi quase inteiramente esquecido na etiologia do crime e nas relações jurídicas dele decorrentes.

O abandono da vítima, sucedendo à fase da civilização em que ela tinha papel relevante na punição dos infratores, evidencia-se com a Escola Criminológica Positivista, pelos estudos antropológicos de Lombroso, centrado apenas na figura do delinqüente.

A preocupação das Ciências Penais restrita à figura do infrator e à prevalência do interesse público na relação afetada pelo crime, tornaram a vítima um mero objeto,

relegada ao papel *testemunhal*, sem possibilidades efetivas de assistência e atendimento dos seus interesses.

O chamado *Direito Penal estatal*, surgido precisamente da neutralização da vítima, conforme destaca Winfried Hassemer¹, está orientado, unilateralmente para o delinqüente, ficando a vítima em uma situação essencialmente marginal, limitada a sua participação ao esclarecimento dos fatos, convertida, na condição de testemunha, em destinatária de sérias obrigações e poucos direitos.

Observa Luiz Flávio Gomes que “no modelo clássico de Justiça Criminal tudo é programado para a *decisão formalista* do caso. O conteúdo da resposta estatal é praticamente único (prisão) e o escopo maior é alcançar a expectativa do Estado de realizar *sua* pretensão punitiva (na linha da *força vitoriosa do Direito*)”. Considerado o crime como mero enfrentamento do seu autor às leis do Estado, os interesses da vítima são relegados, desconsiderando-se que na base do crime “há um *conflito humano* que gera expectativas outras bem distintas e além da mera pretensão punitiva estatal”².

Essa situação, contudo, não foi uma constante na história. A vítima de crime ocupou posição relevante na fase precursora do Direito, quando a justiça punitiva realizava-se, precisamente, por seu intermédio.

A concepção da pena como garantia da ordem coletiva, a ser mantida pelo Estado, aparece somente após o século XVIII. No período que antecede ao *ius puniendi* estatal, o castigo dos atos considerados criminosos se dava mediante a vingança privada, reação de ódio e represália contra o delinqüente, desempenhando a vítima ou seus parentes, papel protagonista e socialmente tolerado, na administração da justiça penal.

Antonio Scarance Fernandes, em trabalho especializado sobre o papel da vítima no processo criminal, afirma que: “O período da vingança privada ou de sangue, em que a vítima agia por suas próprias forças ou com o apoio da comunidade, com forte componente de caráter religioso, marcou os estágios mais antigos da civilização. Nesta fase, prevalecia a luta, ainda cruel, pela própria sobrevivência pessoal, da família ou da tribo. A vingança compreendia, geralmente, a imposição ao antagonista de males físicos, ou até da morte, para evitar outro atentado, e também a tomada de seus bens materiais. O problema contudo não ficava, normalmente, adstrito aos indivíduos

¹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Bosch: Barcelona, 1984. p. 92.

² GARCÍA-PABLOS De MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos - introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.448.

envolvidos na ação criminosa, alcançando suas famílias, pois a ofensa a um membro da tribo repercutia em todos, o que gerava lutas sangrentas e indefinidas, responsáveis por eliminações de grupos inteiros. Nesse ambiente, quando ainda inexistiam sistemas sociais mais organizados política e juridicamente, cabia à vítima e sua tribo punir o ofensor e o seu clã. Tudo dependia, entretanto, da força pessoal da vítima ou de seu grupo para impor-se ao protagonista”³.

A crueldade da reação penal dessa época foi abrandada, com o passar do tempo, pela adoção de instituições como o Talião, que estabelecia a igualdade entre o dano e a pena: olho por olho, dente por dente. Essas instituições consideradas, na atualidade, selvagens e primitivas, surgiram da necessidade de limitar a reação à agressão e, à época, significaram restrição à vingança privada e superação de critérios arbitrários de aplicação da pena, pelas próprias vítimas.

Coexistiu com a vingança privada, em determinados momentos da história, sobretudo nos ordenamentos de raiz germânica, um sistema de composições, em dinheiro ou bens, no qual negociavam o ofendido e o agressor ou suas respectivas famílias⁴. No chamado sistema do *preço da paz*, os parentes da vítima tinham a obrigação de vingar a sua morte com a morte do agressor ou mediante a cobrança de uma determinada soma, que repartiam entre si. A composição pecuniária surgiu, assim, como forma de restringir a vingança privada, representando um substitutivo para a pena⁵.

Com o tempo, esse sistema de composição adquiriu caráter judicial, atribuindo-se aos juizes, em detrimento das vítimas e seus parentes, a determinação da importância compensatória devida, em cada caso concreto, de acordo com tarifas minuciosamente regradadas.

O Estado, pouco a pouco, passou a intervir na administração da Justiça, disciplinando, a princípio, as formas de justiça privada, até chegar à sua vedação, avocando para si a função de solucionar os conflitos de interesses, monopolizando a reação penal e proibindo às vítimas de castigarem os seus agressores.

A partir de então, o papel da vítima foi difundindo-se, até quase desaparecer na relação penal, o que se observa nos referenciais das Escolas, surgidas nas Ciências Penais.

³ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 13.

⁴ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 23.

⁵ FERNANDES, op. cit., p. 14, nota 3.

Gerardo Landrove Diaz observa que, “entre os objetos de estudo da Escola Clássica (delito, pena e procedimento) e da Positiva (sobretudo o delinqüente) não há um lugar para as vítimas; as alusões às mesmas têm sempre um caráter simplesmente incidental e estão vinculadas, quase sempre, à problemática da responsabilidade civil resultante do delito”⁶.

O antigo Direito Penal *de danos* foi substituído pelo formalizado Direito Penal *de delitos*, compensando-se a histórica restrição da atuação facultativa das vítimas no processo penal com a previsão jurídica do pagamento ressarcitório pelo ofensor.

Observe-se, no entanto, que em um sistema objetivo, atento, exclusivamente, ao resultado material da ação, todas as conotações vitimais, restritas apenas à esfera indenizatória, são absolutamente ignoradas. Impõe-se, unicamente, a tarefa formal de quantificar o dano para estabelecer uma equivalente compensação econômica.

3. O surgimento da Vitimologia

O abandono da vítima de crime constitui, na atualidade, grande preocupação dos especialistas em Ciências Criminais e a questão da reparação dos danos sofridos por ela vem ocupando lugar prevalente, no conjunto de temas que são objeto de debate central da doutrina jurídico-penal. O chamado “movimento de redescobrimento da vítima” é apontado por juristas europeus como sendo um dos acontecimentos político-criminais mais importante da última década⁷.

Alertam os doutrinadores que esse tardio interesse pela vítima, é enfrentado, hoje, com um risco evidente: não se pode substituir o culto ao delinqüente pelo culto à vítima; a pessoa ofendida pelo delito não pode ser ignorada, porém, tampouco, pode ser convertida no protagonista exclusivo do fato criminoso.

As concepções mais razoáveis do atual movimento vitimológico, todavia, não contrapõem os direitos do delinqüente aos direitos da vítima: limitam-se a reclamar para

⁶ LANDROVE DÍAZ, op. cit., p. 23/24, nota 4.

⁷ SCHÖCH, Heinz. Deutscher Juristentag-Gutachten. München: Ed. Beck, 1992. Apud TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La reparación ala víctima en el derecho penal*. Barcelona: Fundació Jaime Callís. 1995. p. 15.

a pessoa vitimizada o lugar de destaque que esta merece na explicação do fato criminoso, na sua prevenção e na resposta do sistema legal⁸.

Em qualquer caso, não faltam colocações críticas ante a esquemática visão do nulo protagonismo da vítima, a partir de determinado momento histórico. Afirma-se que o abandono da mesma, sobretudo no âmbito econômico, não permite supor que o jurista ignorasse, com censurável cegueira, a importância que, em muitas ocasiões, tinha a vítima na etiologia do fenômeno criminal e que se desconhecesse a conveniência de um tratamento reparatório.

Neste sentido, Carrara, o mais destacado representante da Escola Clássica italiana, pronunciou-se inequivocamente, sobre a justiça e a utilidade do que denominou *reparação subsidiária*, constituída por uma *caixa* pública, formada pelas multas pagas pelos delinquentes, à qual se recorreria para indenizar os lesados, pelos danos sofridos em razão de delitos cometidos por pessoas insolventes.

Considerava, o grande mestre italiano, não ser moral que os governos se enriquecessem com as multas impostas em razão de delitos que não tinham sabido evitar, sendo, ao contrário, moral que a sociedade, da qual os cidadãos têm o direito de exigir proteção, reparasse os efeitos da fracassada vigilância.

Nas suas considerações, destaca Carrara que o Código Penal toscano de 1786, em seu art. 46, previu a criação de uma caixa, financiada pelas penas pecuniárias, que deveria servir para indenizar a todos aqueles que, lesionados por delitos, não podiam obter o ressarcimento do próprio delinquentes, autor do dano, em razão de sua insolvência ou fuga. Este preceito, todavia, não passou de uma louvável declaração de princípios, sem nenhuma eficácia prática⁹.

Também Garofalo, mestre italiano da Escola Positivista, cuidou da questão dos danos às vítimas em sua obra, datada de 1887, *Riparazione alle vittime del delitto*.

Prins, considerado um dos precursores da Vitimologia, manifestou-se publicamente no Congresso Penitenciário de Paris, em 1895, com palavras plenas de sarcasmo e amplamente reproduzidas, denunciando o desigual tratamento que o Estado reservava aos protagonistas do delito.

⁸ LANDROVE DÍAZ, op. cit., p. 24, nota 4.

⁹ CARRARA, F. *Programma del corso de diritto criminale*. Parte generale. 10. ed. Firenze, 1905. v. 1, p. 493. Apud LANDROVE DÍAZ, op. cit., p. 24, nota 4.

Embora a questão do papel da vítima seja um tema tão antigo quanto a própria humanidade, presente em todas as civilizações e religiões, amplamente documentado nos clássicos, a formulação científica da mesma só se deu após a II Guerra Mundial.

Entre os pioneiros da nova ciência, o criminólogo alemão, exilado no Estados Unidos, Hans von Hentig, na sua obra *The criminal and his victim*, datada de 1948, estabelece o ponto de partida dos estudos científicos sobre a vítima de delito, renovando o pensamento criminológico tradicional. Destaca nessa obra a necessidade de uma visão mais ambiciosa da etiologia criminal, com o exame da contribuição da vítima na gênese do delito. Enfocando o até então inquestionado protagonismo do autor, trouxe para o primeiro plano da discussão a sua relação com a vítima (interação delinquente-vítima), abrindo caminho para a idéia de que muitos delitos não são explicáveis a não ser que se considere a aludida relação autor-vítima, ou que se observe a conduta, às vezes cooperadora ou mesmo provocadora, do sujeito passivo, o que se justifica pela existência de pessoas que, por suas características específicas, trazem em si um alto risco de vitimização.

Juntamente com a concepção interativa do ato criminoso, Von Hentig trouxe a visão inovadora da vítima como ator que se submete ao crime, protagonista sofredor do conflito criminal. O conceito de vítima participativa, por sua vez, traz a idéia de que ela pode ser a verdadeira criadora e configuradora de seu ofensor, assim como das condições de sua ofensa. Segundo os conhecidos termos do autor, *em certo sentido, a vítima conforma e molda o criminoso*.

No conceito de atuação delitativa interativa, Von Hentig sistematiza a idéia de que o delito é a conseqüência de uma complexa combinação de dois processos recíprocos de interação social: o processo de criminalização que transforma um indivíduo em infrator e o processo de vitimização, pelo qual uma pessoa converte-se em vítima. Em ambos os processos têm ofensor e vítima, uma parte protagonista, de tal forma que, a partir da efetiva fusão ocorrida com o delito, ambos os atores se convertem em sócios complementários¹⁰.

Em sua obra *The criminal and his victim*, Von Hentig enuncia a primeira classificação geral das vítimas e realiza um estudo dos tipos psicológicos das mesmas. Dá especial atenção aos menores, mulheres, anciões, deficientes mentais e imigrantes, destacando a atitude da vítima frente ao seu agressor.

¹⁰ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima*. Compendio de Victimología. Madrid: Edersa, 1996. p. 97.

Posterior a essa obra, a Vitimologia ampliou-se, consideravelmente, sobretudo nos campos sociológico e jurídico.

Outro pioneiro da nova ciência é o israelita Benjamin Mendelsohn, a quem se atribui a criação do vocábulo *vitimologia*. Suas primeiras contribuições na matéria dão-se, também, nos anos quarenta, do século passado.

Destaca a doutrina, como marco de seus trabalhos, a célebre conferência pronunciada, em março de 1947, no Hospital Coltzea de Bucareste, para um auditório de psiquiatras, psicanalistas e juristas. A partir de então, produz uma série de trabalhos, avançando, nas discussões, muito além do criminólogo alemão. Apresenta uma ampla classificação de vítima, tratando dos fatores que provocam sua existência, considerando que a Vitimologia não deve integrar-se somente das vítimas dos delitos, mas também pelas vítimas das catástrofes naturais, como inundações e terremotos, já que o aspecto delitivo é apenas um dos fatores da vitimização.

Estrategicamente, esta ampliação do conceito de vítima tende a atribuir à Vitimologia um papel mais relevante que o de simples auxiliar da Criminologia.

Mendelsohn deu também especial atenção a *dupla criminal*, enfocando dois momentos diferenciados na relação que se forma: em um primeiro momento, antes da produção do fato delituoso, ambos os integrantes se atraem em suas relações sociais ou são indiferentes; em um segundo momento, depois do delito, os membros da dupla são interdependentes, porém antagônicos, com interesses em conflito, o que determina a abertura do procedimento criminal.

O advogado israelita destacou, ainda, a conveniência do estudo da vítima sob ângulos diversos como o do Direito Penal, da Psicologia e da Psiquiatria. Observou os fenômenos de ordem psicológica e social, referindo-se à vítima, como sujeito passivo do crime em sua relação com o criminoso. Examinou causas e efeitos, propondo a sistematização de pesquisas e estudos sobre o assunto, subordinados não a um simples departamento da Ciência Penal, mas à necessidade de se erigir em uma ciência, unida à Criminologia, os conhecimentos e sua metodização sobre o tema¹¹.

A partir das obras de Von Hentig, Mendelsohn e outros pioneiros como Ellenberger e Schultz, a Vitimologia foi consolidando-se com campo de investigação científica próprio, adquirindo identidade, definindo seus limites, criando terminologia

¹¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1987. p. 26.

própria, adquirindo características formais de uma disciplina científica e principalmente, alcançando um lugar respeitável no conjunto de disciplinas já estabelecidas.

Atingiu, finalmente, sua fase de consolidação com a realização do I Simpósio Internacional de Vitimologia, em 1973, em Jerusalém, que teve o mérito de ter atraído a atenção de especialistas do mundo todo e sobretudo, obteve o reconhecimento internacional para a Vitimologia.

O evento de âmbito internacional vem repetindo-se a cada três anos e as discussões têm processado-se segundo os seguintes temas: o estudo da Vitimologia, enfocando temas como conceito, definição de vítima, metodologia, aspectos interdisciplinares, etc.; a relação delinqüente-vítima, analisando delitos contra a propriedade, contra as pessoas, sexuais, etc.; sociedade e vítima, atitudes e políticas, cuidando de temas como a prevenção, ressarcimento, tratamento, etc.

Em seu desenvolvimento, a Vitimologia preocupou-se, preferentemente, com as seguintes questões: indenização às vítimas de delitos; elaboração e execução de programas de ajuda e tratamento às mesmas; alcance de uma melhor compreensão do fenômeno criminal em função da possível intervenção da vítima que pode modificar a responsabilidade do delinqüente e do exame da predisposição vitimal, com vistas a uma mais efetiva prevenção do crime.

O interesse pelas vítimas e pela Vitimologia manifesta-se tanto em opções conservadoras como progressistas. Efetivamente, os conservadores insistem em que é chegada a hora de atentar, prioritariamente, para as vítimas, reduzindo aos seus justos termos a importância concedida aos delinqüentes; por outro lado, também os progressistas denunciam o tradicional desinteresse pelas vítimas, que da mesma forma que alguns delinqüentes, em cifras significativas, procedem de setores sociais desfavorecidos, quando não marginalizados, e que encontram enormes dificuldades em fazer frente às mais diversas conseqüências nocivas que provêm de sua condição de vítima.

Muitos autores, contudo, refutam a autonomia e independência da nova Ciência em relação à Criminologia. O certo é que, a Criminologia tradicional tem demonstrado muito pouco interesse na problemática das vítimas, caracterizando-se como o conjunto ordenado de saberes empíricos sobre o delito, o delinqüente, o comportamento socialmente negativo e sobre os controles desta conduta.

A moderna Criminologia, contudo, busca uma abordagem mais extensiva, dinâmica e totalizadora, como uma ciência empírica e interdisciplinar que se ocupa do

crime, do delinqüente, da vítima e do controle social do comportamento desviado. Nesta ótica, tanto o objeto de estudo quanto as propostas metodológicas sugerem uma integração científica, na qual a Vitimologia se coloca como um dos principais pontos de desenvolvimento da especulação criminológica.

Por fim, há que se considerar que, qualquer que seja o tipo de valoração, é chegado o momento de modificar a situação, extremamente irônica, que converte os delinqüentes em destinatários de todos os movimentos humanitários e das iniciativas da ordem legal, desconsiderando a vítima, sujeito de direitos que é afetado com a conduta delituosa, relegando-a à sua própria sorte.

A vítima reclama o reconhecimento dos seus direitos, não podendo o Estado social e de Direito ficar insensível aos prejuízos que ela sofre com o crime, diretos e indiretos, como consequência do próprio crime, da sua investigação e do processo judicial do criminoso. Deve haver uma intervenção positiva dos particulares e dos poderes públicos, dirigida a satisfazer as suas necessidades e expectativas reais.

Na relação jurídica que se estabelece com o crime, o Estado não pode ficar excluído. Ele tem o dever de prestar segurança e evidenciando-se, na ocorrência de delitos, a falha na prestação de serviços que lhe são próprios, deve ser responsabilizado, obrigando-se, conjuntamente com o ofensor, pelos danos a que se sujeitam as vítimas.

4. Conceito de vítima

A conceituação de vítima implica na tarefa preliminar de definição do referencial a ser adotado, tendo em vista as dificuldades surgidas pela amplitude e diversidade do termo no léxico.

Antonio Scarance Fernandes, em sua obra *O papel da vítima no processo criminal*, seguindo orientação de Fattah e Rodríguez Manzanera, analisa o conceito de vítima a partir de três linhas distintas de significados: a gramatical ou literária, a vitimológica e a jurídica.

A concepção literária ou gramatical reflete, a partir do seu sentido etimológico, os significados que o vocábulo *vítima* apresentou na sua evolução. Observa o processualista brasileiro que ele deriva do latim, segundo a maioria dos estudiosos, havendo, contudo, diferentes explicações sobre a sua origem nessa língua. Menciona-se

duas fontes principais: *vincire*, que significa atar, ligar, referindo-se aos animais destinados ao sacrifício aos deuses, após a vitória na guerra, e que ficavam assim vinculados, ligados, atados a esse ritual, no qual seriam vitimados; sendo a outra fonte o vocábulo *vincere*, que tem o sentido de vencer, ser vencedor, sendo vítima o vencido, o abatido.

Há, ainda, a referência ao termo *vigere*, que quer dizer: ser vigoroso, ser forte, significando que a vítima era um animal robusto e grande em comparação com a *hostia*, que era um animal pequeno.

Embora haja uma variedade de significações, preponderou aquela segundo a qual a vítima era o animal abatido aos deuses, fosse o *animal vigoroso e forte*, ou aquele *separado, ligado ao ritual de sacrifício* ou, ainda, *o animal que representava um agradecimento aos deuses pela vitória na guerra*¹².

Adverte Edgard de Moura Bittencourt que esse sentido original, de base religiosa, evoluiu segundo o lugar e a época, chegando muito modificado aos dias atuais, passando a designar não só o animal, mas qualquer ser vivo sacrificado, submetido a qualquer espécie de dano. Genericamente, significa a pessoa que sofre os resultados lesivos dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso¹³.

Conclui Scarance Fernandes que o significado literário ou gramatical de vítima é amplo, exprimindo qualquer ente vivo que, por ação de outrem, por ato dele próprio, ou ainda por acidente ou fato da natureza, sofre qualquer espécie de dano, podendo incluir até mesmo a coisa danificada¹⁴.

Na Vitimologia, o conceito de vítima tem relevante interesse, dado ser o seu objeto de estudo. A expressão deu origem a inúmeros neologismos, com significação própria, criados pelos estudiosos da matéria.

Nesse sentido, Rodríguez Manzanera, apontado também por Scarance Fernandes, menciona uma série de termos em espanhol derivados de *víctima*, muitos deles neologismos, como: *victimización*, *victimidad*, *victimario*, *victimizable*, *victimizador*, *victimógeno*, *victimal*, *victimar*, *victimante*, dentre outros. A expressão *victimidad*, segundo significação atribuída por Mendelsohn, constitui-se na “totalidade das características sócio-bio-psicológicas, comuns a todas as vítimas em geral, que a sociedade deseja prevenir e combater, sem se importar quais sejam suas causas

¹² FERNANDES, op. cit., p. 30, nota 3.

¹³ BITTENCOURT, op. cit., p.79, nota 11.

¹⁴ FERNANDES, op. cit., p. 31, nota 3.

determinantes (criminais ou outras)” e, ainda, conforme definição de Fattah, “vitimidade é a predisposição de uma pessoa a ser vítima”. Concordando com Mendelshon, Manzanera acrescenta que a palavra pode também exprimir “o total de vitimizações ocorridas dentro de um limite espacial e temporal”. Em relação às outras expressões, anota que *victimario* seria “aquele que produz o dano, o sofrimento ou o padecimento à vítima”; *victimar* “é converter alguém em vítima”; *victimizable* “é o sujeito capaz de ser vítima”; *victimante* “é aquele com capacidade de vitimar”; e, *victimógeno* “é o que pode produzir a vitimização”¹⁵.

Esses novos vocábulos também tiveram acolhida no léxico brasileiro, ingressando, com os seus significados próprios na língua portuguesa.

Moura Bittencourt refere-se, inicialmente, à denominação da própria doutrina - *Vitimologia* - e o seu adjetivo correlato *vitimológico*. Apresenta as expressões *vitimal* e *vitimidade* como idéias opostas à criminal e à criminalidade. Alude, ainda, às palavras *vitimário*, que seria “empregada para designar aquele que pratica a infração penal contra vítima provocadora” e, *vitimização*, significando “a ação ou efeito de alguém, grupo de pessoas ou nações, vitimarem-se ou vitimarem pessoas, grupos ou povos”¹⁶.

Em texto traduzido de Zvonimir Paul Separovic, são indicados termos que, segundo Scarance Fernandes, de forma simples, exprimem o significado de alguns dos neologismos referidos: vitimidade, como o estado ou condição de ser vítima; vitimização, significando o ato ou processo de vitimizar ou o processo de ser vitimizado; e, vitimizar, com o sentido de infligir à vítima sacrifício, morte, fraude ou destruição”¹⁷.

Na Vitimologia, a noção de vítima apresenta diferentes enfoques. Na concepção de Mendelsohn, criador da idéia de vítima universal, sua noção é bastante ampla, abrangendo todo tipo de vítima, incluindo a da natureza, da tecnologia, do meio ambiente, do trânsito, da energia cósmica.

Em outra perspectiva, dentro da ótica da Criminologia, a noção de vítima equívale à de lesado, visando à reparação de danos ou, então, referida à sua participação no crime, considerando ser a prática criminosa resultado de comportamentos

¹⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología*. Estudio de la víctima. 2. ed. México: Porrúa, 1990. p.67.

¹⁶ BITTENCOURT, op. cit., p. 80, nota 11.

¹⁷ SEPAROVIC, Paul Zvonimir. Vitimologia: uma abordagem nova nas ciências sociais. *Vitimologia em debate*. Organização de Ester Kosovski, Eduardo Mayr e Heitor Piedade Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 132.

interligados do agente e da vítima, cabendo verificar, em cada delito, qual dos dois teria contribuído mais eficazmente para o resultado.

Para uma terceira corrente, a Vitimologia não se restringiria apenas ao estudo da vítima de crime, tendo, em consequência, autonomia em relação à Criminologia ao trabalhar com um universo mais amplo, incluindo além da atividade delituosa, outros aspectos relativos à vítima, como o biológico, o antropológico, o sociológico e o jurídico. Com esta concepção, Elías Neuman classifica-as em: vítimas de crimes convencionais, de abuso de poder, sociais e penais, referindo-se às vítimas dos acidentes de trabalho, os enfermos, os anciãos, as crianças abandonadas, os oligofrênicos, os loucos, os desvalidos, os reclusos, os liberados da prisão de maneira definitiva ou convencional, os marginalizados e os desprotegidos sociais, as minorias raciais, religiosas e ideológicas, os homossexuais, os que sofrem lesão decorrente de abuso de poder e de prática do terrorismo¹⁸.

Seguindo as três linhas conceituais, inicialmente estabelecidas para tratamento do tema, resta analisar o conceito jurídico de vítima, tarefa que se reveste de grandes dificuldades, tendo em vista o universo abarcado pelo mesmo no Direito, e que diverge do conteúdo próprio da Vitimologia e da Criminologia.

Alerta García-Pablos de Molina que o conceito jurídico-penal de vítima constitui, obrigatoriamente, o ponto de partida para os estudos vitimológicos e, em certo sentido, sua referência última. Contudo, não vai além disso, já que o formalismo e o normativismo jurídico resultam incompatíveis com as exigências metodológicas de uma disciplina empírica como a Criminologia. Isso se torna evidente, pois de outra forma, se esta disciplina tivesse que aceitar as definições legais de delito, careceria de autonomia científica, convertendo-se em mero instrumento auxiliar do sistema penal¹⁹.

Scarance Fernandes destaca duas principais dificuldades no estudo do conceito jurídico de vítima. A primeira decorre do fato de ser possível pensar em um conceito restrito e outro conceito amplo no âmbito do Direito, vinculado ou não à vítima penal. A segunda, diz respeito à variedade terminológica adotada, decorrente da diversidade de papéis que a vítima desempenha dentro do processo criminal, ainda que se considere o seu conceito restrito, limitado à área criminal²⁰.

¹⁸ NEUMAN, Elías. *Victimología*. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p.56.

¹⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 56, nota 2.

²⁰ FERNANDES, op. cit., p. 41, nota 3.

Edgard de Moura Bittencourt, objetivando um conceito jurídico-geral, define vítima como sendo aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito. Em sentido jurídico-penal-restrito, vítima é o indivíduo que sofre diretamente as conseqüências da violação da norma penal e, em sentido jurídico-penal-amplio, abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as conseqüências do crime²¹.

Scarance Fernandes afirma que, em uma noção jurídica ampla de vítima, abrangendo todos os ramos do Direito substantivo interno, como o civil, trabalhista, penal, comercial e até mesmo o direito internacional público e privado, “seriam vítimas as pessoas que, em razão da ofensa a uma norma jurídica substantiva, viessem a sofrer algum prejuízo, algum dano, alguma lesão”. Incluiria, portanto, as vítimas de crimes, as vítimas dos ilícitos civis, dos acidentes de trabalho, das ofensas às leis trabalhistas, as vítimas de violações de tratados internacionais e outras mais²².

Para o tratamento do tema deste trabalho, é de interesse apenas a vítima de crime, aquela que é atingida pela violação à norma de Direito Penal ou, dito de outra forma, pela prática de um crime, sofrendo em razão deste um dano de ordem patrimonial ou moral.

Pelo fato da infração penal apresentar reflexos nas diferentes áreas do Direito, surge à possibilidade da utilização de variada terminologia para a designação da vítima. Assim, no Processo Civil, utilizado para a defesa de interesse patrimonial e moral decorrentes do crime, são usuais as expressões: prejudicado, lesado, danificado, parte civil, ofendido. No Processo Penal, por sua vez, para indicar aquele que persegue interesse penal, faz-se uso das expressões: querelante, sujeito passivo da infração criminal, ofendido.

Moura Bittencourt observa que, na terminologia utilizada pelo legislador desde os primeiros códigos nacionais, a palavra *vítima* é usual, embora em muitas oportunidades seja substituída pelo termo *ofendido*, apresentando ambas, em geral, o mesmo significado²³.

A diversidade de termos empregados, a dificuldade na conceituação de vítima em razão da amplitude ou das restrições no seu tratamento e os diferentes interesses

²¹ BITTENCOURT, op. cit., p. 79, nota 11.

²² FERNANDES, op. cit., p. 41, nota 3.

²³ BITTENCOURT, op. cit., p. 80, nota 11.

surgidos em razão da atividade criminosa levam à indagação sobre a identificação da vítima penal com a figura do sujeito passivo da infração penal²⁴.

No crime, ao lado do sujeito ativo do delito, aquele que pratica a ação delituosa, há o sujeito passivo, que sofre os efeitos da ação ou fica em situação de perigo. Na relação criada pelo crime e tutelada pelo Direito, há o sujeito do qual promana a atividade ilícita e aquele, em cuja esfera de interesse incide os efeitos dessa atividade lesiva. A tutela jurídica acontece somente quando há repercussão da atividade de alguém na esfera de direitos de terceiros, não se admitindo, como possível, um crime sobre si mesmo.

São partes da infração penal, em seu sentido material, o autor do crime e a vítima. Em sentido formal, ou seja, para a relação jurídica processual que se estabelece com o crime, parte é aquele sujeito que deduz ou contra o qual é deduzida a pretensão punitiva em juízo. A parte ativa, autor da ação, é o sujeito considerado titular do direito lesado com a infração penal que, em razão da concepção clássica de delito, como ofensa ao Estado, será sempre este ente público.

Nessa relação, a vítima real e concreta do drama criminal é relegada a uma posição marginal no âmbito do processo legal que objetiva a solução institucionalizada dos conflitos, despersionizador da rivalidade entre o autor da infração e o ofendido direto.

O Estado-Administração, como titular do interesse tutelado pela norma jurídica, é o sujeito passivo de todos os delitos, já que, com a vedação da vingança privada e a publicização do Direito Penal, o Estado reservou para si o direito de punir, visando a prevenção geral e especial da criminalidade. A violação da norma incriminadora constitui afronta aos interesses do Estado na preservação da ordem, na garantia da paz pública ou individual e na proteção da sociedade e de seus membros, justificando-se dessa forma a legitimação estatal para a persecução penal na maioria dos delitos.

Ao lado desse sujeito passivo, chamado *geral, constante, genérico, direto, principal* ou *formal* de todos os delitos, há, contudo, o sujeito passivo titular do interesse lesado concretamente ou o ofendido pelo delito, chamado *eventual, particular, acidental* ou *material*.

O sujeito passivo material do delito, objeto de interesse neste trabalho, pode ser ao mesmo tempo uma coletividade extensa ou reduzida a alguns indivíduos ou, ainda,

²⁴ FERNANDES, op. cit., p. 43, nota 3.

um indivíduo apenas, podendo haver um sujeito passivo principal e outro secundário, ou ser, em alguns casos, pessoa certa, revestida de determinadas qualidades.

A vítima de crime identifica-se com o sujeito passivo material do delito, não o genérico ou constante, que é o Estado, mas o particular, aquele que é objeto de proteção especial em cada delito.

Nem todo aquele que é atingido pelo crime, sofrendo algum dano em razão de seu cometimento, conforme adverte Scarance Fernandes, será sujeito passivo. O conceito deve ser buscado no Direito Penal, levando-se em conta, na identificação do sujeito passivo, o objeto da tutela jurídico-penal, sendo este, o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime²⁵.

Considerando a grande variedade de interesses protegidos pelas normas jurídicas penais tem-se um amplo universo de sujeitos passivos, englobando todo aquele dotado de personalidade jurídica, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público e, até mesmo, organismos ou associações sem personalidade jurídica, como a família, a sociedade, a coletividade. Abrange o ser humano antes do seu nascimento, mas exclui a pessoa já falecida e os animais que podem, contudo, serem objeto material dos crimes.

Além do sujeito passivo do crime, refere-se a doutrina e a jurisprudência ao sujeito prejudicado, aquele que, em razão de um ilícito tem o direito de pleitear a reparação do dano sofrido.

A princípio, o sujeito prejudicado não corresponde ao sujeito passivo do delito, visto que este é o titular do direito protegido pela norma penal e, aquele o titular do direito à indenização civil. Contudo, pode acontecer da mesma pessoa ser o sujeito passivo e o sujeito prejudicado quando, em decorrência de um fato criminoso, sofre a lesão e, pelos termos da lei civil, pode pleitear a reparação do dano.

É possível, ainda, que os dois sujeitos sejam pessoas diversas, quando o titular do direito à indenização não se constitui no sujeito passivo do delito, como no caso do homicídio, em que o sujeito passivo é o morto, mas os prejudicados são o cônjuge e os dependentes do falecido.

O prejudicado será ou não considerado vítima, dependendo do conceito enfocado. Para a Vitimologia, que adota um conceito amplo de vítima, considera-se como tal, todas as pessoas que de alguma forma sujeitam-se a um prejuízo decorrente da infração penal, incluindo, portanto, o prejudicado.

²⁵ FERNANDES, op. cit., p. 44, nota 3.

Esta amplitude é verificada também na Declaração Universal dos Direitos da Vítima, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985. Neste documento, vítimas são consideradas as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, conseqüentes de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-Membros, incluída a que proscreeve o abuso de poder. Independe a sua consideração de ser identificado, detido, julgado ou condenado o perpetrador e independente da relação familiar entre este e a vítima. Inclui a expressão *vítima*, quando for o caso, os familiares ou pessoas dependentes que tenham relação imediata com a vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para dar assistência à vítima em perigo ou para prevenir a ação lesiva (n.1 e 2, da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder).

No âmbito desse trabalho, a vítima considerada titular do direito à compensação dos danos decorrentes de crime a cargo do Estado, será todo o sujeito prejudicado com a infração penal, incluindo o sujeito passivo material, principal ou secundário, individual ou coletivo, pessoa física ou jurídica, que se submete a um dano, seja físico ou mental, seja patrimonial ou moral, em razão de infração penal.

5. Classificação de vítima

A trajetória doutrinária seguida pela Vitimologia apresenta-se marcada, em toda a sua extensão, pelas mais variadas propostas de classificação dos tipos de vítimas. Esta análise é relevante no tratamento do tema desse trabalho tendo em vista a possibilidade da exclusão da responsabilidade estatal em razão do comportamento da própria vítima no desencadeamento do evento criminoso, referencial utilizado para a identificação dos tipos de vítimas, nas mais diversas classificações.

As primeiras tipologias vitimárias de referência obrigatória foram elaboradas por Von Hentig e Mendelsohn, considerados precursores da Vitimologia.

A tipologia mendelsohniana, uma das mais célebres e mencionadas pela doutrina, adota uma definição de vítima segundo a sua participação na dinâmica criminal, classificando-a pelo grau de culpabilidade vitimária com que o delito se

perpetra, estabelecendo-se uma escala, na qual a cota desta culpabilidade cresce em contraposição à cota relativa à culpabilidade criminal. Impõe-se o que o autor qualifica como *critério de culpabilidade (imputabilidade) correlativa*.

Na tipologia de Mendelsohn, as vítimas classificam-se em: 1. *vítima inteiramente inocente* ou *vítima ideal* - vítima anônima, totalmente alheia à atividade criminal, que nada faz para desencadear produção do crime e que se caracteriza pelo alto ou absoluto nível de inconsciência e irrelevância na atividade criminosa; 2. *vítima de menor culpabilidade* ou *vítima por ignorância* - aquela que com certo grau de culpa ou por meio de um ato pouco reflexivo causa sua própria vitimização, havendo um certo impulso não voluntário ao delito; 3. *vítima tão culpada quanto o infrator* - vítima voluntária, como nos casos daqueles que cometem suicídio tirando a sorte, ou de suicídio por adesão ou, ainda, no caso de eutanásia; 4. *Vítima mais culpada do que o infrator* - espécie que inclui a *vítima provocadora*, aquela que com sua conduta incita o autor a cometer o ilícito penal, a *vítima por imprudência*, que origina a ação vitimizante pelo seu próprio comportamento sem controle e a *vítima unicamente culpada*, que abrange as categorias de *vítima-infrator*, sujeito que cometendo a infração resulta finalmente vítima, como no caso de atuação por legítima defesa, de *vítima-simulante*, que acusa e logra imputar penalmente com desejo concreto de que a justiça cometa um erro, e de *vítima-imaginária*, indivíduo com psicopatias de caráter e conduta²⁶.

A tipologia mendelsohniana buscava ter um papel de utilidade básica no terreno da aplicação da pena e, visando o efeito repressivo, as espécies elencadas foram reagrupadas em três grupos distintos de vítimas: no primeiro, a *vítima inocente* ou *ideal*, caso de aplicação ao infrator da totalidade da pena, sem nenhuma diminuição; no segundo grupo estão as *vítimas provocadoras, por imprudência, voluntária, ou por ignorância*, caracterizadas pela evidente e inegável colaboração por elas prestadas aos fins objetivados pelo delinqüente, havendo uma culpabilidade recíproca, comportando efeitos atenuantes da pena a ser imposta ao infrator; e, finalmente, o grupo composto por *vítima agressora, simuladora* ou *imaginária*, que são as supostas vítimas, ou seja, no sentido técnico-jurídico da expressão, as autoras do fato lesivo que pretendam recaia sobre um terceiro. Neste último, pelos pressupostos respectivos, ao ser a ação legalmente justificável, ou ao não existir materialmente a ação vitimizante, não cabe impor sanção alguma ao acusado, sendo de rigor sua absolvição²⁷.

²⁶ NEUMAN, op. cit., p.47-50, nota 18.

²⁷ Ibidem, p.50.

Essa tipologia proposta por Mendelshon foi, na época, enaltecida pelo seu valor prático na aplicação jurídico-penal, assim como pela sua abrangência. Com o passar do tempo, não obstante a sua inegável valia inovadora e pragmática, sujeitou-se à inúmeras censuras.

Apontam os seus críticos a sua dimensão exclusivamente individualizadora, que ignora a categoria das vítimas coletivas, sua elementariedade ou simplicidade, definindo a vítima com base em caráter único, refletindo uma situação dinâmica e interativa a partir de um único componente situacional e, ainda, a restrição provocada pelo enfoque exclusivo na vítima, negligenciando fatores criminais e a posição do infrator no delito.

Reprova-se, em Mendelsohn, o determinismo geral com que esboça as respectivas situações e atitudes de cada tipo vitimal, assim como a mecanicidade com que age ao atribuir a cada hipótese, inexoráveis conseqüências penais, sem a opção de ajuste individualizado.

Evidencia-se, ainda, a confusão terminológica operada em sua tipologia, utilizada sem rigor técnico, como culpabilidade e imputação.

A proposta tipológica de Von Hentig apresenta natureza distinta da Mendelsohniana, trabalhando o autor alemão com fatores psicológicos, sociais e biológicos.

Trata-se de uma tipologia notadamente imbuída de um espírito positivista-criminológico que rastreia causas e origens, e que não desconsidera determinada categoria de *vitimidade por destino* ou irresistível *factum* vitimal suscetível de arrastar para a vitimização indivíduos próximos à figura da *vítima nata*. Compõe-se de um repertório de debilidades ou vulnerabilidades vitimais de distinta natureza e intensidade.

Em um primeiro grupo de categorização, o autor atém-se a critérios biológicos, incluindo os jovens, os anciões, as mulheres e os debilitados psíquicos ou sujeitos mentalmente enfermos. Nos jovens, dada a vulnerabilidade decorrente da sua imaturidade física, deduz-se uma imaturidade moral. O confronto entre a vítima jovem e o delinqüente adulto é notadamente desequilibrada, transformando-se a vítima em presa fácil.

A condição de mulher erige-se, para Von Hentig, em outra forma de vulnerabilidade que se incrementa ao combinar-se com outros fatores biológicos debilitantes, como a juventude ou a velhice. Nos delitos sexuais, a mulher ocupa um *status* determinado, enquanto que nos outros delitos, a vulnerabilidade feminina vem marcada por uma maior fragilidade física.

No ancião, a vulnerabilidade e o risco se radicalizam: o ancião vítima é débil física e mentalmente, estimulando a criminalidade predatória quando conseguiu acumular riqueza ao longo de sua vida.

Os debilitados psíquicos ou mentalmente enfermos, segundo a classificação do autor alemão, oferecem ao infrator um dos mais ostensivos flancos de vulnerabilidade, sobretudo tendo em conta que, nesta categoria, estão inclusos todos aqueles que apresentam anomalias cerebrais em consequência do alcoolismo e das drogas

No segundo grupo, Von Hentig relaciona as vítimas pelo critério social, apresentando entre elas os imigrantes e outras minorias. De forma avançada, o autor indica como a imigração comporta uma regressão do *status* pessoal até um intenso desarranjo e desamparo nas relações vitais. O risco da vitimização não se extingue até que se produza no imigrante um perfeito ajuste existencial, processo que se pode prolongar, indefinidamente, ou, mesmo, nunca se completar. Nas minorias, encontra-se uma similar graduação de acentuada indefesa vital: os medíocres, os deprimidos, os aquisitivos, os solitários, os aflitos, os atormentados, os bloqueados e os lutadores.

Como critica a tipologia de Von Hentig diz-se que seus tipos vitimais parecem estar dotados de infinita capacidade reprodutiva, marcada pela falta de exclusividade conceitual entre as distintas categorias. E, ainda, que mais do que tipos vitimais, ela indica meramente níveis altos de risco ou de vulnerabilidade pessoal ao delito. O erro de base reside no espírito positivista do autor, para quem, o fato de possuir qualquer uma das características aludidas nos tipos, desencadearia ao seu portador, um efetivo destino vitimizante, inafastável dependendo do caso. Trata-se, portanto, de uma exposição de meras predisposições e riscos, como tipos de vítimas já concretas²⁸.

Além das tipologias apresentadas pelos precursores da Vitimologia, outros autores ensaiaram novas classificações de vítimas. Jiménez de Asúa, penalista de renome, influenciado pelos estudos de Von Hentig, estabelece a distinção entre dois tipos fundamentais de vítimas: *indiferentes* e *determinadas*.

Considerando não haver interesse relevante na primeira categoria, afirma que as *vítimas determinadas* do segundo grupo, definem-se a partir de sua especial vinculação ou participação pessoal na gênese do ato delitivo. Este vínculo motivacional precede, assim, ao cometimento do delito e é a causa da seleção específica do

²⁸ HERRERA MORENO, op. cit., p. 145-149, nota 10.

delinqüente. Nesta categoria incluem-se os subtipos das vítimas *resistentes* e *coadjuvantes*.

Entre as *vítimas resistentes*, distingue aquelas que manifestam uma franca e explícita defesa, resistindo à vitimização e, aquelas cuja resistência só se pode supor, ante a sua impossibilidade material de haver empreendido uma eficaz e real oposição.

Configurando um tipo antagônico ao anterior, encontram-se as *vítimas coadjuvantes*, analisadas segundo a ordem do bem jurídico violado. O reconhecimento dessa categoria de vítima tem implicações na supressão de certos tipos penais, na atenuação da pena ou na restrição da compensação à vítima no plano civil, delineando-se uma espécie de culpa concorrente²⁹.

Landrove Díaz, considerando as múltiplas classificações sobre tipos de vítimas e os inúmeros autores que se ocuparam do tema, apresenta uma classificação a partir das tipologias mais amplamente divulgadas. São elas:

1. *Vítimas não participantes ou fungíveis*. Também denominadas inocentes ou ideais são as vítimas anônimas, membros da coletividade que não contribuem para o desencadeamento da conduta delitiva. Incluem as vítimas acidentais e as indiscriminadas. As primeiras são as que se colocam por azar no caminho dos delinqüentes; as segundas, representam uma categoria mais ampla que a anterior e não apresentam nenhum vínculo com o infrator, como as vítimas de atentados terroristas.
2. *Vítimas participantes ou infungíveis*. São aquelas que desempenham um certo papel na gênese do delito. Integram as hipóteses mais evidentes de intervenção, voluntária ou não, da vítima na dinâmica criminal e oferecem uma ampla gama de possibilidades: omissão de precauções elementares, facilitando com isso a realização do crime; desempenho de um papel mais relevante, provocando o delito; adoção deliberada de condutas que a coloca em posição de vítima (vítima alternativa); participação voluntária no delito, que resulta de uma instigação da própria vítima ou de um pacto livremente assumido.
3. *Vítimas familiares*. Aquelas que pertencem ao mesmo grupo familiar do infrator. Os maus tratos e as agressões sexuais têm, fundamentalmente, como vítimas seus membros mais débeis: as mulheres e as crianças.

²⁹ BITTENCOURT, op. cit., p. 90, nota 11.

4. *Vítimas coletivas*. Também chamada de vítima oculta, dá-se quando a vitimização é sofrida por grupos. Incluem as pessoas jurídicas, determinados coletivos, a comunidade ou o Estado. Ocorre a despersonalização, a coletivização e o anonimato que caracterizam as relações entre os delinqüentes e vítima.
5. *Vítimas especialmente vulneráveis*. Aquelas que, em função de circunstâncias das mais diferentes natureza, oferecem uma predisposição vitimológica específica. São as chamadas vítimas natas. Os fatores de vulnerabilidade podem ser pessoais ou sociais.
6. *Vítimas simbólicas*. Quando a vitimização se produz com a específica finalidade de atacar a um determinado sistema de valores, um partido político, uma ideologia, uma seita religiosa ou uma família a que pertence a vítima.
7. *Vítimas falsas*. São as vítimas simuladoras ou imaginárias que atuam consciente ou inconscientemente ao realizar uma falsa imputação, com desejo de provocar um erro judicial ou por psicopatologia ou imaturidade psíquica³⁰.

A qualificação da vítima como pertencente a uma das categorias apontadas implica na possibilidade da definição da sua adequada assistência, preocupação destacada dos movimentos vitimológicos na atualidade, inclusive no que se refere à adoção de medidas preventivas. Para a dinâmica do crime, contribui na verificação do grau de culpabilidade do agente infrator e na concorrência de culpa da própria vítima, influenciando na fixação da pena.

No âmbito dos efeitos patrimoniais ou morais da infração penal, aspecto relevante para esse trabalho, o comportamento da vítima na ocorrência do evento lesivo tem significativa importância, permitindo a atenuação ou mesmo a exclusão da responsabilidade quando da verificação da concorrência de culpa sua ou mesmo a sua participação decisiva para a prática do crime.

³⁰ LANDROVE DÍAZ, op. cit., p. 39-43, nota 4.

6. Vitimização primária e secundária

As vítimas de crimes, consideradas em seu sentido jurídico-penal, sujeitam-se, em geral, a danos de ordem psíquica, física, social e econômica adicional, decorrentes da reação formal e informal derivada da infração penal. Trata-se da sobrevitimização ou vitimização secundária, reação advinda do sistema penal e da própria sociedade que acaba, na maioria dos casos, impondo danos mais efetivos à vítima do que o próprio prejuízo derivado do crime.

Na infração penal, a vitimização secundária alia-se à vitimização primária, determinantes ambas de conseqüências concorrentes e diversas para a vítima, em função da natureza do delito, da personalidade de cada um dos sujeitos passivos e de ampla gama de circunstâncias que incidem na situação em concreto³¹.

A vitimização primária reflete a experiência individual da vítima e as diversas conseqüências prejudiciais primárias produzidas pelo delito, de índole física, econômica, psicológica ou social, além da lesão ou perigo do bem jurídico de que é titular. Refere-se às conseqüências iniciais do delito, à vitimização produzida pelo mesmo.

A vitimização secundária deriva das relações da vítima com o sistema jurídico-penal, com o aparelho repressivo do Estado e com a própria sociedade. Segunda experiência vital que, com certa freqüência, resulta mais negativa que a primária, causa um incremento no dano causado pelo delito, ampliando a sua dimensão psicológica ou patrimonial. No contato com a administração da Justiça ou da Polícia, as vítimas experimentam, muitas vezes, o sentimento de estar perdendo o seu tempo ou mal gastando o seu dinheiro; outras, sofrem incompreensões derivadas da excessiva burocratização do sistema ou, simplesmente, são ignoradas. Em alguns casos e com relação a determinados delitos, as vítimas são tratadas como acusados e sofrem a falta de tato ou a incredulidade de determinados profissionais.

A sociedade, por sua vez, também não se preocupa em amparar e assistir, adequadamente, as vítimas, minorando o seu sofrimento e as dificuldades a que se vêem sujeitas pelo crime.

³¹ LANDROVE DÍAZ. op. cit., p. 43, nota 86.

Essa vitimização resulta mais negativa que a primária uma vez que é o próprio sistema que vitimiza quem a ele se dirige, solicitando justiça e proteção. Sua nocividade se sobrepõe à derivada do delito, porque frustra especialmente a vítima em sua expectativa e, sobretudo, porque tal processo afeta o prestígio do próprio sistema e condiciona negativamente a atitude da vítima e da comunidade social a respeito do mesmo. Dentro dessa realidade negativa, as vítimas optam por não buscarem os seus direitos junto à Justiça Penal, não acreditando na obtenção de solução rápida, digna e eficaz. Contribuem, assim, para a formação da *cifra negra*, composta pela grande quantidade de crimes que não chegam ao conhecimento do sistema penal, condição que contribui para a falta de legitimidade do sistema penal vigente no país, já que é uma parcela reduzida de crimes que chega ao conhecimento do Poder Público, e, ainda, na dificuldade do estabelecimento de políticas efetivas de controle da criminalidade.

A preocupação com o respeito aos direitos das vítimas é notória na atualidade, considerado como condição de cidadania, que impõe simultaneidade no gozo dos direitos e no cumprimento dos deveres pelos cidadãos. No Estado de Direito, a justiça criminal deve ser garantidora dos direitos fundamentais tanto do acusado de crime quanto do ofendido com a atuação do criminoso. As garantias constitucionais e o respeito à dignidade humana requerem a proteção e a observância dos direitos daqueles que se constituem em sujeitos passivos do evento criminoso.

Essa preocupação é verificada em nível mundial, tendo o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovado, em 28 de junho de 1985, a Recomendação n. 11, que contém uma série de previsões destinadas a melhorar a situação da vítima no Direito e no processo penal, com ênfase na proteção contra a vitimização secundária, recomendando aos Estados membros a adoção, dentre outras, de medidas que implicam no tratamento adequado da vítima de crime que se dirige à polícia, para que não sofra nenhum dano psíquico adicional, além do dever de indicar a possibilidade de receber, através de instituições públicas ou privadas, ajuda material, médica e psicológica e a prestação de informações sobre seus direitos de reparação contra o delinquente ou o Estado. Recomenda o documento que, ao longo de todo o procedimento, a vítima deve ser interrogada de forma cuidadosa e considerada, não podendo haver de modo algum lesão a sua honra. Expressamente, trata das crianças, que devem ser interrogadas apenas na presença de seus pais, tutores ou curadores.

Estas recomendações, contudo, conforme observa Landrove Díaz, estão muito longe de repercutir, satisfatoriamente, nos distintos ordenamentos jurídicos dos países

membros³². Em geral, as vítimas de crime permanecem desassistidas pelo sistema que não atua efetivamente na prevenção e repressão à criminalidade e não prestam a adequada assistência àqueles que se sujeitam aos efeitos lesivos primários e secundários da infração penal.

7. Interesse patrimonial da vítima de crime

O interesse da vítima de crime, na solução do conflito gerado pela conduta delituosa, não se restringe à aplicação da lei penal e à submissão do delinqüente a uma sanção penal. Tem ela interesses patrimoniais relativos à compensação dos danos produzidos com a atividade criminosa, sejam materiais ou morais.

O estado de ostracismo que caracterizou a condição da vítima, ao longo da história, impôs um tratamento de desconsideração em relação a ela, referente a todos os possíveis efeitos do delito: físicos, psíquicos, econômicos e sociais.

A supressão da justiça privada e a adoção do monopólio da Justiça pelo Estado, colocou este ente público como sujeito principal afetado pela prática do delito. As ciências criminais, por sua vez, centralizaram o seu interesse na figura do delinqüente, buscando reverter o tratamento desumano e cruel dispensado ao mesmo, ao longo da história. Em consequência, a vítima submeteu-se a um processo de marginalização, restrita a sua atuação a de mera testemunha dos fatos.

Na concepção clássica de crime, considerado como violação da lei do Estado, privilegiou-se o interesse público afetado com o crime, enfatizando o modelo retributivo de pena, buscando com a aplicação da justiça a restauração da ordem pública e da paz social. O criminoso, que infringiu a lei, lesando ou colocando em perigo um bem jurídico ideal, contrai responsabilidades em relação ao Estado e ao sistema legal e o Estado consolida a sua participação na situação gerada pelo crime acusando o infrator, processando-o judicialmente e, eventualmente, impondo uma pena, quando o mesmo é condenado.

A vítima neutralizada nessa concepção, constitui-se, contudo, em um sujeito de direitos, com interesses próprios, que não se satisfazem com o processo penal do

³² LANDROVE DÍAZ, op. cit., p. 45, nota 4.

acusado e a eventual imposição de pena. O crime gera para a vítima, entre outros sentimentos, o da expectativa de reparação dos prejuízos a que se submeteu.

A reparação dos danos, que em sentido amplo compreende também a indenização dos prejuízos, bem como a restituição da coisa, dentro do modelo clássico de Justiça criminal representa o efeito civil do delito - reparação civil *ex delicto*, sem afetação à pretensão punitiva estatal. Essa reparação visa atender aos interesses civis da vítima, compensando-a dos prejuízos materiais e morais, aferíveis economicamente.

Na evolução dos sistemas legais, embora a vítima tenha permanecido marginalizada, houve sempre a busca de fórmulas para a reparação dos danos, a cargo do infrator, como efeito secundário da condenação penal ou mesmo independente do resultado da ação penal.

Observa Scarance Fernandes que a reparação dos danos, durante longo tempo, confundiu-se com a pena, de tal forma que a história desses dois institutos estão intimamente ligadas.

Nas diversas fases da Antigüidade, em que imperou a vingança privada, a sanção de caráter reparatório figurou como pena cumulativa ou substitutiva de punições mais rigorosas. Nesse contexto, a composição dos danos foi adquirindo força como modo de evitar punições excessivas, que implicavam em morte, castigos corporais e a perda da paz.

A preocupação com a reparação do dano conduziu, contudo, a um excesso de normas, de modo que cada ofensa, cada lesão, tinha regras próprias de compensação, com tarifas especiais para a fixação do valor do ressarcimento.

Desde os primeiros tempos, o pagamento de impostos pelo infrator ou os bens que lhe eram tomados, não revertiam sempre em favor da vítima. Muitas vezes, as coisas ou importâncias eram destinadas também, ou exclusivamente, ao chefe, à comunidade, ao rei. Com o tempo, veio o pagamento a se constituir na pena de multa, de início sendo parte dirigida à vítima, representando depois pagamento ao rei, aos senhores feudais, à Igreja e ao Estado.

O valor da multa dependia de uma série de condições, como a espécie do delito, a média de idade das partes, a classe social, o sexo e o prestígio do ofendido.

Com o fortalecimento do Estado, a multa se fixa como pena destinada aos cofres da Administração Pública para pagamento das despesas com o processo e, aos poucos, vai se firmando a idéia de que o prejuízo sofrido pela vítima de crime não deve ser punido, mas reparado pelo agente, seja através de solicitação no próprio processo

criminal, seja por meio de ação separada, distinguindo-se, assim, a responsabilidade civil da penal.

Em lição de Scarance Fernandes, essa evolução processou-se gradativamente, “persistindo, durante certo tempo, confusos os sistemas: as disposições e os costumes não se harmonizavam e havia incerteza a respeito das noções de pena, reparação e multa, que só vêm a ser definidas e distinguidas no século passado com as codificações e a separação entre direito processual e direito substantivo”³³.

A partir da segunda metade do Século XIX, deu-se início ao movimento que enfatizou a necessidade de ser o processo criminal utilizado para a reparação dos danos causados pelos crimes. Por influência da Escola Positiva, as propostas apresentadas foram no sentido de fazer com que o dano fosse reparado pelo réu. Sugeriu-se que o trabalho do preso fosse destinado a compensar os prejuízos sofridos pela vítima. Falou-se em criação de sistemas coletivos para a indenização das vítimas de crimes. Entende-se que a ordem jurídica só seria inteiramente restaurada se, no processo criminal, além de punido, o réu fosse também condenado à reparação do dano, decorrendo dessa concepção a idéia de que o juiz deveria, de ofício, decidir sobre a reparação, ou incumbiria ao Ministério Público pleiteá-la. Propôs-se que certos benefícios do condenado fossem condicionados à reparação do dano³⁴.

O processo criminal vem, assim, prestando-se a servir à reparação dos danos decorrentes do crime, a cargo do acusado. Considerada inicialmente como pena, constitui a reparação, na atualidade, efeito da sentença condenatória proferida no processo criminal, embora haja novo movimento no sentido de retorno a sua concepção original.

Nos sistemas atuais, a forma mais comum de se obter a reparação do dano através do processo penal consiste em se admitir o ajuizamento, em sede penal, da ação civil, formando-se um litisconsórcio ativo entre o prejudicado e o Ministério Público. O primeiro pretende a reparação do dano, de interesse civil; o segundo busca a condenação do agente, manifestando interesse público³⁵.

O fato de estarem ambos, prejudicado e representante do Ministério Público, em um mesmo processo, embora ostentem pretensões diversas, leva a que as provas produzidas por eles influa nos resultados das duas ações.

³³ FERNANDES, op. cit., p. 153-159, nota 3.

³⁴ Ibidem, p. 160.

³⁵ FERNANDES, op. cit., p. 154, nota 3.

Além dessa via para obtenção da reparação dos danos, o prejudicado tem, ainda, a garantia estabelecida em diversas legislações, de que a sentença penal condenatória tem força de título executório no juízo cível, já que torna certa a obrigação de indenizar.

No processo criminal existe, também, a possibilidade do lesado lançar mão de providências satisfativas ou de natureza cautelar em relação aos seus interesses civis, como a restituição da coisa que lhe foi retirada pela prática do delito, o seqüestro, o arresto e a hipoteca.

8. Reparação dos danos às vítimas de crimes no Direito brasileiro

No Brasil, a reparação de danos às vítimas de crime foi positivada no Código Criminal do Império de 1830 e, desde então, a legislação apresenta previsões à respeito da matéria, evoluindo no sentido de atender às orientações formuladas pelos movimentos que buscaram a reformulação do tratamento às vítimas.

Na legislação em vigor, a obrigação de compensar os danos causados pelo crime constitui, nos termos do art. 91, inciso I, do Código Penal, um dos efeitos da condenação definida em processo judicial. O Código Civil, por sua vez, estabelece a obrigação de indenizar daquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem. O mesmo Código, define, contudo, no seu art.1.525, a independência entre as responsabilidades penal e civil decorrentes da atividade delituosa, ressaltando, porém, que não se poderá “questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

No âmbito processual penal, a execução e a ação civil *ex delicto* está regulada nos art. 63 a 68, do Código de Processo Penal. Define-se a possibilidade da execução, no juízo civil, da sentença condenatória transitada em julgado para efeito da reparação do dano, além da propositura da ação adequada no juízo civil, ação que poderá se suspensa até o julgamento definitivo da ação penal.

A reparação do dano produz, ainda, efeitos quanto à concessão de benefícios, estabelecidos no Código Penal. Assim, constitui requisito para a diminuição de pena, no arrependimento posterior (art. 16); constitui-se em atenuante genérica da pena (art. 65, III, b); a sua frustração sem motivo justificado é causa de revogação obrigatória da

suspensão condicional da pena - *sursis* - (art. 81, II); impede a concessão do livramento condicional (art. 83, VI); e o requerimento da reabilitação (art. 94, III).

O ressarcimento do dano, além de ser imperativo da sentença penal condenatória e condição para a concessão de benefícios no âmbito penal, pode também, em determinadas hipóteses, funcionar como causa extintiva de punibilidade, como se verifica no peculato culposo (art. 312, § 3º).

No atual processo penal brasileiro, com a promulgação da Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, adotou-se o modelo consensual de Justiça criminal, em conformidade com as reivindicações da Vitimologia, dando-se ênfase à reparação dos danos às vítimas de determinadas infrações penais de menor potencial ofensivo, atribuindo-se a ela eficácia penal despenalizadora³⁶. A compensação dos danos, resolvida na conciliação entre o autor do fato e o ofendido, passou a constituir forma institucionalizada de solução do conflito de interesses, instaurado com a prática de infração de menor potencial ofensivo de ação penal pública condicionada e de ação penal privada. Nesse sistema, não tem a reparação natureza jurídica de pena, já que não há ação e nem processo. Permite, contudo, que a persecução penal estatal realize-se mediante a composição civil entre ofensor e ofendido, privilegiando-se os interesses da vítima no procedimento.

A preocupação do legislador com a satisfação da vítima, evidenciada na Lei 9.099/95, é reafirmada com a previsão da multa reparatória no Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, em seu art. 297. Estabelecida como penalidade, consistente no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou a seus sucessores, de quantia fixada segundo a Lei Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime, possui a multa reparatória natureza jurídica controvertida e aplicabilidade contestada. Divergem os doutrinadores sobre ser a multa reparatória pena criminal ou penalidade civil ou, ainda, efeito da condenação. Contestam, também, a possibilidade e a constitucionalidade de sua aplicação em razão da violação de princípios constitucionais, constituindo pena sem a prévia cominação legal. Há, contudo, aqueles que defendem a sua viabilidade, considerando que, em razão de sua natureza civil e seu caráter privado, permite o pagamento à vítima e aos seus sucessores, no âmbito da jurisdição criminal, quando instruído o processo e

³⁶ GARCÍA-PABLOS de MOLINA, op. cit., p. 452, nota 2.

demonstrado os prejuízos materiais resultantes do crime, com respeito ao contraditório, a ampla defesa e ao devido processo legal.

Há, ainda, a Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que visando dar satisfação à vítima de crime, introduziu em nosso sistema penal a prestação pecuniária como nova modalidade de pena restritiva de direitos, alterando dispositivos do Código Penal. Esta lei reproduz disposição semelhante prevista na Lei dos Crimes Ambientais, Lei n. 9.605, de 2 de fevereiro de 1998. A prestação pecuniária, prevista em ambas as leis, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz. Tem natureza evidente de pena, não se desvirtuando por ser destinada à vítima e não aos cofres públicos.

A Constituição Federal de 1988, adotando a orientação da ONU e das modernas doutrinas vitimológicas, avançou na proteção às vítimas de crimes. Previu o legislador constituinte, dentre os direitos assegurados aos indivíduos, a assistência pelo Poder Público aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito (art. 245).

A compensação do dano decorrente de crime, até então restrita ao autor do ilícito, ganha suporte legislativo na ampliação do rol de titulares passivos da relação jurídica de compensação dos prejuízos, com a previsão constitucional de assistência estatal aos prejudicados com a prática de crime doloso.

Esse mecanismo de intervenção estatal, que teve origem nos países anglo-saxões, inclui-se, em geral, no conjunto de medidas de proteção às vítimas de crime, trazendo uma profunda modificação no modelo tradicional de reparação privada baseada na responsabilidade civil *ex delicto*, implicando, ainda que subsidiariamente, na implantação de um princípio de solidariedade social, segundo o qual a sociedade assume a distribuição dos riscos da insegurança gerada por aqueles delitos que o aparato estatal de controle não foi capaz de evitar.

9. Reparação dos danos às vítimas de crimes no Direito estrangeiro

No Direito estrangeiro, cada vez mais, acentuam-se as iniciativas no sentido de revalorização da vítima, reconhecendo-se a sua importância como sujeito de direitos e objeto de proteção jurídica mais eficaz.

A análise da legislação estrangeira, conforme observação de Lélío Braga Calhau, revela a existência de institutos semelhantes ao nosso arrependimento posterior e “demonstra que o legislador penal alienígena utiliza a reparação do dano à vítima como medida de política criminal para descriminalizar infrações penais, reduzir as sanções ou substituí-las por outras menos graves, simplificar ou evitar o processo penal e reduzir a carga do sistema judiciário e penitenciário. Nessa linha, notadamente, estão a Alemanha, Grécia, Portugal e Itália”³⁷.

Na Europa, onde teve origem o movimento em favor das vítimas, são muitos os documentos, elaborados por diferentes órgãos, cuidando da matéria. Do Comitê de Ministros do Conselho da Europa há a Resolução 27, de 28 de setembro de 1977, a Recomendação n. 11, de 28 de junho de 1985 e a Recomendação 21, de 17 de setembro de 1987. Em 13 de março de 1981, o Parlamento Europeu promulgou Resolução sobre a matéria, havendo, ainda, de incidência internacional, o Convênio Europeu n. 116, de 24 de novembro de 1983 e a Declaração sobre os princípios fundamentais de Justiça para as Vítimas de delitos e de abuso de poder, adotada pelo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente e aprovada pela Resolução n. 40/34 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985, constituindo-se na *Declaração Universal dos Direitos da Vítima*.

Destes, merecem destaque o Convênio Europeu n. 116, de 24 de novembro de 1983 e a Resolução n. 40/34, da Assembléia das Nações Unidas. O primeiro pretendeu estabelecer princípios comuns mínimos para facilitar a harmonização legislativa dos Estados membros, em matéria de responsabilidade do Estado, fixando que: a responsabilidade estatal subsidiária está limitada aos casos de delitos intencionais de violência contra a vida ou a saúde das pessoas, incluindo aqueles em que a morte ou lesão se produzem como consequência da tentativa da vítima de evitar o delito ou na ajuda à polícia ou, ainda, na detenção do infrator; a obrigação de indenizar só existe em relação às vítimas e aos seus dependentes em caso de morte, quando nacionais ou estrangeiros, com residência permanente; a indenização deve cobrir as perdas de renda, gastos médicos e hospitalar, gastos com funeral e perda de alimentos, sendo sua quantia variável, segundo a condição financeira do prejudicado e o comportamento da vítima.

³⁷CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, v. 1, n. 13, p. 61-76, jan./jun. 2000. p. 69.

A Resolução n. 40/34, por sua vez, em matéria de responsabilidade subsidiária, adota princípios similares ao do Convênio Europeu acolhendo, contudo, a não discriminação em razão da nacionalidade, além de estabelecer a obrigação do Estado de ressarcir todos os danos causados por funcionários públicos, quando atuam nessa condição, violando a legislação penal nacional. Dispõe que, em matéria de assistência destinada às vítimas, do tipo material, médica, psicológica e social, realizada por meio de ação governamental, voluntária, comunitária e autóctones, deve-se proporcionar aos integrantes da Polícia, Justiça, saúde, serviços sociais e quaisquer outros interessados, capacitação que os torne receptivos às necessidades das vítimas e diretrizes que garantam auxílio apropriado e rápido.

No Anexo, da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder, Resolução n. 40/34, dispõe-se sobre o *ressarcimento* devido às vítimas, à cargo do infrator e a *indenização*, devida pelo Estado, quando a procedente do delinqüente ou de outras fontes não seja suficiente. Recomenda que, para isso, seja fomentado o estabelecimento, o reforço e a ampliação de fundos nacionais e, quando necessário também outros fundos com o mesmo propósito, incluídos os casos nos quais os Estados de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indenizá-la pelo dano sofrido. Inclui, ainda a previsão da *assistência* material, médica, psicológica e social que for necessária às vítimas, através de meios governamentais, voluntários, comunitários e autóctones.

Vários países, antes e depois dessas recomendações gerais, estabeleceram, com maior ou menor alcance, legislação específica de amparo às vítimas de crimes, adotando normas sobre a indenização subsidiária a cargo do Estado, como Luxemburgo (1963), Irlanda (1968), Finlândia, Noruega e Dinamarca (1976), Suécia (1971), Áustria (Lei n. 288, de 1972), Itália (1975), Alemanha Federal (1976), Holanda (1977), França (1985) e Bélgica (1986)³⁸.

Outros países como Portugal, Inglaterra, Canadá e Estados Unidos da América, também adotaram legislação sobre a matéria, tendo alguns deles criado sistemas estatais de reparação, instituindo fundos para tal fim. A Nova Zelândia, apontada como o primeiro país a instituir programa de compensação pública às vítimas de crime, aprovou em 1963, a *Criminal Injuries Compensation Act* n. 134, criando para esse fim um

³⁸ DE MIGUEL, Maria Encarnación. La asistencia respecto a las victimas, coordenadas de l Departamento de Justicia. *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia, San Sebastián, n. 6, p. 137-151, diciembre. 1992. p. 143.

Tribunal de Compensação. A reparação é devida pelo Estado, em determinados crimes como o homicídio, estupro, rapto, seqüestro, agressão a criança ou menor, roubo com ferimento, envenenamento, contágio de enfermidade infecciosa, transporte em condições de perigo, mesmo quando não seja instaurado o processo criminal, nos casos em que o agente, por circunstâncias pessoais, for inimputável. A ação civil pode ser movida contra o Estado, que por sua vez, poderá exigir do ofensor o ressarcimento das despesas havidas, inclusive através do desconto do ganho resultante de trabalho do condenado na prisão³⁹. Seguiu-se a esse país a Inglaterra que, em 1964, promulga o *Criminal Injuries Compensation Scheme*.

Na Holanda, com a Lei de Compensação pelo Estado às vítimas de atos delitivos violentos, de 1977, foram instituídos programas heterogêneos, voluntários e de caráter misto, constituídos em uma Associação Nacional de Ajuda às Vítimas, denominadas L.O.S., cujo financiamento provém dos Ministérios da Justiça, Interior e Serviços Sociais.

Na França, a Lei estatal sobre a compensação das vítimas de crimes violentos, datada de 6 de agosto de 1985, prevê que a cobertura da assistência estende-se aos familiares, incluindo o cônjuge, daquelas pessoas que perderam a vida como conseqüência do delito doloso e também aqueles que ficaram incapacitados, nas mesmas condições, quando o autor é desconhecido ou insolvente. A organização nacional de caráter associativo, denominada INAVEM, destinada a assistir às vítimas e seus dependentes, agrupa centenas de programas espalhados por todo o país, recebendo fundos do Ministério da Justiça e das Prefeituras locais.

Na Espanha, o direito das vítimas de crimes à reparação está regulada, como obrigação privada a cargo do infrator, no Código Penal, estabelecendo o seu art. 116.1 que “toda pessoa criminalmente responsável por um delito ou falta o é também civilmente, se do fato derivarem danos e prejuízos”.

O Ordenamento Jurídico espanhol tem-se mantido à margem do movimento internacional que promove a adoção de mecanismos de reparação às vítimas de determinados delitos, a cargo do Estado. Nos últimos anos, contudo, vem ocorrendo a intervenção estatal no âmbito dos delitos dolosos relativos ao terrorismo e dos delitos culposos, nos quais o ressarcimento dos danos é facilitado por um sistema de seguros privados, assumindo o Estado funções subsidiárias na hipótese de falha do mecanismo

³⁹ FERNANDES, op. cit., p. 182, nota 3.

do seguro obrigatório, previsto em relação a determinados riscos⁴⁰. Em relação às vítimas de terrorismo, a Lei Orgânica n. 8, de 26 de dezembro de 1984, estabelece o ressarcimento, a cargo do Estado, dos danos corporais decorrentes da atuação de grupos armados e de elementos terroristas, a ser satisfeito de uma só vez, em procedimento administrativo instruído, desde que se demonstre o “nexo causal entre as atividades delitivas dos grupos armados ou elementos rebeldes ou terroristas e as lesões físicas ou morte”(art. 4). A ação para reclamar as indenizações prescreve em um ano da realização dos fatos ou a partir da cura total, no caso das lesões, ou da morte sobrevinda (art. 5).

Em geral, inexistente na Espanha, em nível estatal, programas de indenização ou mesmo de assistência às vítimas de delito, suprida a ausência por iniciativas locais que, desde a década de oitenta oferecem, de maneira satisfatória, programas assistenciais, proporcionando ajuda material e psicológica às vítimas, principalmente, de atentados terroristas e delitos contra a liberdade sexual⁴¹.

A recente *Lei de Assistência às Vítimas de Delito*, Lei 35 de 1995, que trata em especial das vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual, incorporou, em seu artigo 15.3, o reconhecimento indireto da existência de um repertório de direitos das vítimas. Esses direitos, tratados de forma dispersa pelo sistema espanhol, referem-se a determinados aspectos processuais e de assistência e incluem: o direito à tutela efetiva de juizes e tribunais, o direito a ser parte no processo, o direito a assistência de advogado e procurador de ofício, a proteção dos direitos pelo Ministério Fiscal, o direito à restituição, reparação e ressarcimento civil, o direito ao ressarcimento público, o direito de participação na fase executiva, o direito à tutela da saúde na ordem física e psíquica, o direito de exercer a ação popular e o direito de associação⁴².

No Direito português, a indenização das vítimas no âmbito do próprio processo penal constitui princípio enraizado, sendo até pouco tempo, arbitrada oficiosamente pelo tribunal, na sentença condenatória. No atual Código de Processo Penal, em vigor desde janeiro de 1988, para se acentuar a natureza civil da indenização, requer-se da vítima a dedução do pedido e a apresentação das provas necessárias, podendo em caso de carência ser representadas pelo Ministério Público. No sistema português, inexistente a obrigação de indenizar como medida autônoma. Ou constitui uma obrigação civil inserida no processo penal, ou toma a forma de um dever que o tribunal pode impor, em

⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona: Fundación Jaume Callís, sd, p. 88.

⁴¹ LANDROVE DÍAZ, op. cit., p. 118, nota 4.

⁴² HERRERA MORENO, op. cit., p. 273-279, nota 10.

caso de suspensão de uma pena, de aplicação do regime de prova ou de concessão de liberdade condicional⁴³.

Há, de maneira geral, no sistema português, uma latente preocupação com a vítima de crime, notadamente em relação à reparação dos danos materiais ou morais, estabelecendo o ordenamento jurídico medidas de proteção dos seus direitos, afirmando a possibilidade de indenização mesmo quando não possa ser satisfeita pelo delinqüente, através da criação de legislação especial, ou quando prevê a atribuição ao lesado, a seu requerimento, até o limite do dano, de objetos declarados perdidos a favor do Estado, ou o valor da sua venda, e do preço ou valor correspondente a vantagens provenientes do crime e, ainda, quando se admite que o tribunal possa atribuir ao lesado, no todo ou em parte e até o limite do dano, o montante da multa.

Adequando-se às recomendações e resoluções internacionais em matéria de indenização pelo Estado das vítimas de crimes, a Lei n. 64, de 13 de agosto de 1991, autorizou o Governo a legislar sobre a matéria, tendo em vista dotar a ordem jurídica de mecanismos que permitam uma reparação estadual, de emergência e com caráter supletivo, das vítimas de crimes violentos. Posterior a essa normatização, vieram o Decreto-Lei n. 423, de 30 de outubro de 1991, que estabelece o regime jurídico de proteção às vítimas de crimes violentos e, o Decreto Regulamentar n. 4, de 22 de fevereiro de 1993, que regulamenta as condições em que o Estado indenizará as vítimas de crimes violentos.

Para a prestação de serviços às vítimas de crimes, nas áreas jurídica, moral, psicológica, econômica e social, existe em Portugal a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima - APAV-, instituição particular de solidariedade social de âmbito nacional e que tem sua sede em Lisboa. Composta por técnicos, voluntários e estagiários de várias formações acadêmicas, atua de forma multidisciplinar, promovendo e contribuindo para a informação, proteção e apoio às vítimas de crimes⁴⁴.

Na Alemanha, a reparação dos danos ocasionados por crimes tem sido tradicionalmente uma questão alheia ao Direito Penal, pertencendo exclusivamente aos domínios do Direito Civil, de acordo com a separação estabelecida entre os dois ramos do Ordenamento Jurídico. Apesar disto, o Direito Penal alemão incorporou uma série de disposições e medidas que permitem uma assistência em nível quase ideal dos interesses

⁴³ ALMEIDA, Maria Rosa Crucho. As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 1, ano 3, p. 103-116, jan./mar. 1993. p. 11-112.

⁴⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes - reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994. p. 62-63.

do ofendido, oferecendo ao infrator estímulos vantajosos à reparação dos danos. A assistência às vítimas conta, ainda, com a previsão legal da indenização a cargo do Estado, desde 11 de maio de 1976, com a promulgação da *Lei de indenização às vítimas de delitos violentos*, reformada pela Lei de 7 de janeiro de 1985 e, posteriormente, pela Lei de 26 de junho de 1990, sem, contudo, sofrer alteração no seu objeto de tratamento. O direito reconhecido nessa lei é entendido como um peculiar direito à indenização de caráter público contra a República Federal da Alemanha, restrito aos delitos dolosos, causadores de danos exclusiva ou preferentemente corporais.

No âmbito processual, as inovações existentes decorreram da *Lei de proteção à vítima*, aprovada em 18 de dezembro de 1986, que se referem fundamentalmente à ação acessória e ao processo de adesão, vias legalmente estabelecidas de participação da vítima no processo, contempladas como exceções à prevalência da acusação pública, representada pelo Ministério Público⁴⁵.

Nos Estados Unidos, a Organização Nacional para Assistência - NOVA, fundada em 1975 e sediada em Washington, tem por fim a prestação de assistência às vítimas de crime, assessorando entidades reconhecidas, dispendo de centro de dados que cobre todo o país. Dentre as suas iniciativas estão a orientação e controle de programas de assistência às vítimas, a promoção de discussões sobre os direitos das vítimas, a alocação de recursos para compensação dos danos e assistência médica, hospitalar e farmacêutica às vítimas. Em 1984, por ato promovido por essa Organização, foi instituído um fundo para as vítimas de crimes no Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, além da criação, pelo Departamento de Justiça daquele país, do *Office for Victims of Crime* - OVC, que supervisiona diversos programas de compensação, fornece fundos para a assistência das vítimas, além de dar suporte nos treinamentos para educação na justiça criminal a outros profissionais.

Em todos os Estados da Federação norte-americana existem, ainda, programas de compensação às vítimas, proporcionando assistência financeira. Em geral, estes programas requerem que a vítima informe sobre o crime em três dias e reivindique indenização dentro de um período fixo de tempo, normalmente de dois anos, podendo ser estendido, conforme a necessidade⁴⁶.

No Canadá, em agosto de 1984, foi inaugurado o Centro Nacional de Documentação das Vítimas, organismo que centraliza em torno de quinhentos

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, op. cit., p. 33- 39, nota 39.

⁴⁶ CALHAU, op. cit., p. 70-71, nota 37.

programas de ajuda às vítimas, com funcionamento em diversas províncias. Esses programas não são homogêneos, existindo aqueles com atendimento mais amplo, prestando assistência nas diversas áreas, como a financeira, a preventiva, a psicológica, a legal, dentre outras, e aqueles que atuam de forma especializada, em razão do tipo de vítima (crianças, mulheres) ou do tipo de delito (abusos sexuais, etc). Destaca-se dentre eles, o Centro de Ajuda às Vítimas de Montreal - AVI, que em seu trabalho inclui a investigação da utilidade dos centros de ajuda em relação a sua clientela potencial e os diversos tipos de intervenções a serem realizadas, introduzindo, deste modo, um critério dinâmico no estabelecimento da assistência às vítimas⁴⁷.

Na América Latina, o Peru, em seu Código Penal de 1924, estabeleceu a criação de uma Caixa de Indenização para as vítimas de crimes, destinada a cobrir com seus fundos a reparação civil nos casos de insolvência total ou parcial do responsável. Foi seguido por Cuba que, na sua legislação penal, estabeleceu plano de compensação estatal às vítimas de crime, introduzindo em 1938, o CDS (arts. 121 a 126), com a criação do fundo denominado Caixa de Ressarcimentos, destinado a suprir eventuais deficiências do ofensor no cumprimento de suas obrigações. No art. 71 do vigente Código Penal cubano está definido que a Caixa de Ressarcimentos é a entidade encarregada de tornar efetiva as responsabilidades civis consistentes na reparação dos danos materiais e a indenização dos prejuízos⁴⁸.

Pela análise realizada evidencia-se a influência do movimento vitimológico, a nível mundial, na doutrina, legislação e na atuação dos organismos sociais, voltados para o atendimento dos interesses da vítima de crime. No âmbito do conflito que se instaura com a prática da infração penal, tem-se buscado novas formas de solução, privilegiando o encontro entre os verdadeiros protagonistas - autor e vítima. Em relação à reparação dos danos, observa-se a tendência no incremento legal de fórmulas que incentivam a sua realização pelo acusado ou condenado no processo, além de se reconhecer responsabilidade ao Estado, exigindo-se dele o cumprimento de seu papel de garantidor dos direitos subjetivos das vítimas, violados com a prática da infração penal.

⁴⁷ DE MIGUEL, op. cit., p. 144, nota 38.

⁴⁸ CEJAS, Antonio. *La declaracion jurisdiccional de la responsabilidad penal*. Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1989. p. 190-191.

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELOS DANOS ÀS VÍTIMAS DE CRIMES

1. Considerações iniciais

A responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crime constitui tema pouco referido pelos doutrinadores e, em geral, rejeitado pelos tribunais, prevalecendo na matéria concepções que não se coadunam com a condição de Estado Constitucional de Direito, vigente na atualidade. Dada a sua importância no contexto social, esta matéria está a requerer um tratamento jurídico mais adequado, de forma a identificar os seus fundamentos, revertendo a situação de injustiça e abandono a que têm sido submetidos os ofendidos com a prática da infração penal.

A criminalidade e os seus altos índices têm constituído-se em um dos problemas mais preocupantes da sociedade atual. Apontam os especialistas que dentre as justificativas para esta situação, ao lado daquelas de caráter econômico, educacional e social, como a miséria, o desemprego e a falta de perspectivas, figura a impunidade dos criminosos como fator determinante, estimulando a delinquência que tende, cada vez mais, a aumentar.

Este dado evidencia a inoperância das instituições públicas - Polícia e Judiciário - no cumprimento das funções que lhes são próprias e o descaso e a ineficiência estatal na busca de soluções efetivas para a proteção e segurança dos administrados. Em um Estado que se justifica pela criação de condições de coexistência social pacífica e pela proteção e o asseguramento dos direitos fundamentais de seus membros, são eles transformados em vítimas potenciais, reféns de sua própria sorte.

Em reportagem de Alexandre Secco e Sérgio Ruiz Luz, a Revista Veja, edição de 7 de fevereiro de 2001, apresenta dados alarmantes. De cada 100 crimes violentos registrados nas delegacias brasileiras, calcula-se que a Polícia só consiga prender os suspeitos em 24 casos. Desses 24, os policiais reúnem provas suficientes para levar a julgamento os envolvidos em 14 casos. Desses, apenas um cumprirá pena até o final. Em razão da inépcia da Polícia e da Justiça, só 1% dos bandidos violentos cumprem pena. A Polícia está mal aparelhada, o treinamento dos policiais não é adequado e o salário recebido não condiz com o risco que a profissão impõe. A Justiça também sofre de males crônicos. O número de juizes é insuficiente para a quantidade de processos que tramitam nas varas e tribunais brasileiros, não há um sistema de informatização que permita aos tribunais atuarem em sintonia, os processos são lentos, o número de

recursos é excessivo, permitindo que uma causa possa ser julgada inúmeras vezes antes de uma decisão executável¹.

A ineficiência do sistema revela-se não só na repressão à criminalidade, mas também na sua prevenção. Não se verifica uma vontade política séria e efetiva para a contenção deste quadro. Os programas elaborados pelos órgãos competentes não se concretizam e as informações científicas criminológicas não são utilizadas adequadamente. Os investimentos na área de segurança, ainda que tenham aumentado, não têm surtido efeito algum. Os números das estatísticas continuam a aumentar, indicando recorde na ocorrência de homicídios, chacinas, latrocínios, roubos, seqüestros, estupros e outros crimes violentos. O crime transformou-se, em nosso país, em epidemia que se alastra, aparentemente, de maneira descontrolada.

A população, nesse ambiente de alto risco, tem buscado alternativas para se proteger, quando a condição econômica permite investimentos dessa natureza. Contratam seguranças particulares, instalam sofisticados sistemas de segurança em suas residências, fazem seguros, blindam veículos, tornando a chamada *indústria da violência* um dos negócios que mais se desenvolveu nos últimos tempos. Substitui a iniciativa privada, ao Estado, numa atividade em que, pela coerção e legitimação no uso da força, há restrição a sua delegabilidade aos particulares.

Mesmo considerando o crime como um fenômeno natural da sociedade e que, segundo os estudiosos da sociologia criminal, exerce função positiva de reforço da coesão e solidariedade sociais, de afirmação, manutenção e adaptação das normas e de legitimação da ordem², deve-se considerar que as elevadas taxas da criminalidade com que se tem de conviver, em nossos dias, reforçam os seus efeitos negativos e perturbadores, causando aumento do medo e da desconfiança, inviabilizando a interação e a convivência social, colocando em risco valores fundamentais sobre os quais se assenta a ordenação econômico-social. O elemento de inovação e integração social dos crimes, destacado por Durkheim em sua Teoria Criminológica da Anomia³, tem se difundido e perdido-se na impossibilidade da convivência social segura e isenta de

¹ SECCO, Alexandre.; LUZ, Sérgio Ruiz. Somos todos reféns. *Veja*, São Paulo, n. 5, ano 34, p. 86-93, fev. 2001.

² DIAS, Jorge de Figueiredo.; ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia*. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 259-268.

³ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.; GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 253.

medo, constituindo-se em fator de isolamento e risco de desestruturação da sociedade institucionalizada.

O Estado tem omitido-se ou agido de forma insuficiente, não formulando políticas criminais efetivas que possam reverter ou reduzir esse estado de coisas, descumprindo a sua função de garantidor da segurança dos indivíduos, direito fundamental assegurado na Constituição Federal, pilar do Estado democrático e social de Direito.

A vítima de crime, nesse contexto, tem permanecido abandonada, sujeitando-se às conseqüências primárias e secundárias dos delitos, suportando os seus efeitos físicos, econômicos, morais, sociais e psíquicos, além da insensibilidade do sistema legal e a indiferença dos poderes públicos e da comunidade. No modelo penal tradicional, encontra-se ela relegada a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual, sem outro papel que o de mero declarante, em um processo judicial que visa a apuração da responsabilidade penal do infrator para a sua punição, recompondo o interesse público lesado com a infração penal. O Direito Penal e o Direito Processual Penal têm, ao longo da história, orientado-se para o delinqüente, preocupados apenas com o autor do delito, com o fato cometido pelo mesmo e com a resposta que o sistema deve dar a ele, insistindo na neutralização da vítima.

Resta a ela buscar a satisfação de seus interesses em demandas judiciais contra o infrator que se alongam no tempo e que, em geral, não se resolvem, em razão da insolvência dos demandados, nas situações em que há a sua identificação.

O movimento vitimológico, originado em fins da década de 40, do século passado, relacionado ao movimento internacional de direitos humanos do pós-guerra, buscando modificar a situação de abandono da vítima e o reconhecimento dos seus direitos, fez surgir no Direito Penal a tendência da adoção de medidas voltadas para a reparação do ofendido com a infração penal, alicerçadas na concepção de que os conflitos devem ser resolvidos pelas partes neles envolvidas, possibilitando o encontro dos verdadeiros protagonistas do drama criminal - o autor e a vítima. Observa-se, na atualidade, a tendência das políticas criminais, em determinadas infrações, da integração da vítima ao sistema penal, reivindicando a acolhida das suas pretensões. Adotam-se modelos informais de composição e conciliação, restringindo o papel do Estado, até então sujeito lesado principal, sobrepondo o interesse particular ao interesse público, na solução do conflito, instaurado com a prática da infração penal.

À partir da Vitimologia, nova concepção vem se definindo, tentando eliminar a dissociação entre os interesses da vítima de crime e o interesse penal, que não mais se coaduna com a realidade. É comum que, ocorrido o crime, a vítima tenha expectativas limitadas apenas à reparação dos danos e não são raras as situações em que os próprios operadores jurídicos do âmbito criminal pensem e procurem atuar, embora dentro de estrita margem legal, em favor da vítima.

Essa ciência, que ainda não ganhou autonomia, teve o mérito de reconhecer a condição da vítima como sujeito de direitos, titular do bem jurídico protegido pela norma penal, como a vida, a integridade, a honra, a propriedade e a saúde pública, sujeito individual ou coletivo, que habitualmente coincide com o chamado sujeito passivo da conduta, vítima direta do atuar delitivo. Além disto, enfatizou a importância do papel da vítima na ocorrência dos delitos, verificando a relação entre ela e o sujeito ativo do mesmo, relação esta, muitas vezes determinantes da conduta infratora.

Partindo da análise científica da relação delinqüente-vítima, a Vitimologia ampliou o seu objeto para o estudo científico da vítima e das suas relações com o sistema penal, incluindo a análise dos mecanismos de vitimização, fatores que individual e socialmente fazem com que certas pessoas cheguem à condição de vítimas, não só de fatos criminais, mas também dos fenômenos sociais em seu conjunto, englobando as vítimas de acidentes de trabalho, crianças, idosos, deficientes, marginalizados pertencentes à minorias raciais e religiosas e, até, as vítimas do próprio sistema penal.

Sob a perspectiva jurídico-penal, as conseqüências dos estudos vitimológicos podem ser consideradas marcantes e definitivas. Destacam a insuficiência de um Direito Penal voltado somente para a repressão e desinteressado das necessidades que afetam às vítimas, apontando a carência de mecanismos dirigidos a assegurar a satisfação dos interesses dos sujeitos passivos dos crimes, os quais, em sua grande maioria, devido a freqüente insolvência daqueles judicialmente declarados responsáveis pelos delitos, não experimentam nenhuma mudança na sua situação, quando não resultam prejudicados pela própria intervenção penal.

Essa constatação levou à proposta de criação de serviços públicos e privados de mediação e assistência às vítimas, retomando idéia já contida no Código de Hamurabi e defendida por Garofalo⁴, no Primeiro Congresso de Antropologia Criminal, realizado

⁴ GAROFALO, R. *A reparação às vítimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Livraria Editora Tavares Cardoso & Irmão, 1899. p. XXVIII.

em Roma, no ano de 1885, proposta esta que foi aprovada, mais recentemente, pelo Terceiro Congresso Jurídico Internacional, realizado em Florença, em 1981.

Pretende-se com ela a estruturação de sistemas públicos de reparação às vítimas de crimes, assumindo os Estados a obrigação de amparar as vítimas, ao menos de infrações mais graves, nos casos em que o autor do delito não possa ser punido ou, quando declarado penalmente responsável, não tenha bens suficientes para fazer frente à indenização que lhe corresponde.

Essa exigência doutrinária já havia sido acolhida no Projeto de Declaração sobre Justiça e Assistência às Vítimas, proposto pela Sociedade Internacional de Vitimologia, e que encontrou eco, à partir dos anos sessenta, em alguns Estados e, especialmente, no Conselho da Europa, sendo aprovado o Convênio n. 116, como consequência da Resolução n. 27, de 28 de setembro de 1977, sobre indenização das vítimas de infrações penais. Também a Organização das Nações Unidas, em Congresso sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, aprovou, em 29 de novembro de 1985, a Resolução n. 40/34, que se constitui na Declaração Universal dos Direitos da Vítima.

Esses documentos, em linhas gerais, estabelecem a responsabilidade subsidiária do Estado, nas hipóteses de crimes dolosos violentos que tenham por resultado a morte da vítima ou que afetem a sua incolumidade física e a sua saúde, quando a reparação não puder ser assegurada por outros meios, pela não identificação do seu autor ou pela sua insolvência.

A indenização prevista leva em conta a situação financeira e o comportamento da vítima em relação ao delito e abrange a perda de receitas ou salários, os gastos médicos e hospitalares, os gastos funerários e a perda de alimentos. Assegurada a indenização ao prejudicado, o Estado poderá sub-rogar-se na posição de vítima, para o efeito de reclamá-la ao delinqüente, no momento em que ele seja identificado ou melhore sua condição financeira.

Independente das críticas a que se sujeitam esses documentos pelas restrições impostas para o reconhecimento da obrigação estatal e, apesar do funcionamento, na prática, dos sistemas públicos de indenização às vítimas, nos países que os conhecem, não resultar satisfatório, descabe dúvidas de que a assunção pelo Estado da reparação das vítimas de delitos é uma exigência que dificilmente poderá ser afastada, tendo em vista os postulados do Estado Social e de Direito, de justiça social equidade e, neste sentido, as iniciativas daqueles órgãos devem ser acolhidas e valorizadas.

Inúmeros países, seguindo esta orientação, além de legislação própria de proteção às vítimas, já referidas em análise anterior⁵, possuem também programas de atendimento às vítimas, buscando minorar o sofrimento decorrente dos efeitos diretos e indiretos dos crimes, demonstrando uma conscientização global em favor da vítima de crime.

Nos Estados Unidos, há a Organização Nacional para Assistência - NOVA, fundada em 1975, uma das mais antigas organizações assistenciais do mundo, além de vários programas de compensação às vítimas de crimes, administrados pelos Estados da Federação. Na Argentina, indica-se a existência, em Córdoba, de centro de apoio às vítimas de crime e de abuso de poder. Na Espanha, há referência a mais de cinquenta centros de apoio às vítimas. Em Portugal, existe a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima - APAV, sediada em Lisboa, e que presta serviço jurídico, psicológico e social. Na Austrália há a *The Victim Support Service Inc. of South Australia*, organização que fornece serviços de apoio para as pessoas que sofrem danos resultantes de atos criminais, trabalhando também junto à comunidade na defesa dos interesses e direitos das vítimas⁶. Em Cuba, está regulamentado plano de compensação estatal às vítimas de crimes que, sem eliminar as obrigações do ofensor, supre eventuais deficiências suas, procurando garantir justa indenização à vítima. Criou-se para possibilitar a sua efetivação, um fundo denominado de Caixa de Ressarcimentos, o qual é formado por parte dos ganhos dos prisioneiros, por bens imóveis não reclamados pelas vítimas, por indenizações não reclamadas após dois anos da sentença definitiva, pelo dinheiro resultante de bens apreendidos para a formação do corpo de delito e não reclamados até um ano da sentença definitiva, de verbas provenientes do Estado, além de outras importâncias como as provenientes de doações⁷.

O Brasil, atendendo aos reclamos mundiais de um tratamento mais adequado às vítimas de crime, inovou no âmbito legislativo, prevendo, na Constituição Federal de 1988, a assistência pelo Poder Público aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito, a ser regulamentada em lei (art. 245).

⁵ Capítulo III, item 9.

⁶ CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, n. 13, v. 1, p. 61-76, jan./jun. 2000. p. 70-73..

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 183.

Conforme já analisado⁸, a reparação do dano decorrente de crime, até então restrita ao autor do ilícito, ganha suporte legislativo constitucional na ampliação do rol de titulares passivos da relação jurídica de compensação dos prejuízos, com a previsão, na Lei Maior, da assistência estatal aos prejudicados pela prática de crime doloso.

Norma de caráter assistencial e programático, estabelece um direito subjetivo que não é, contudo, jurisdicionável, não podendo a assistência prevista ser reivindicada em juízo. Depende o dispositivo, nos termos do legislador constituinte, de disciplina de lei ordinária que regulamente as hipóteses e condições sob as quais o direito será exercido, não tendo, portanto, eficácia direta.

Ainda que a previsão seja limitada, constitui um avanço significativo no nosso sistema, assumindo, constitucionalmente, que o Estado tem responsabilidade em relação às vítimas de crime. Neste sentido, o comentário de Pinto Ferreira, ao analisar a referida norma, de que o “Poder Público assume a responsabilidade da indenização por falta de segurança, que deveria dar a todos, e que praticamente hoje não é concedida, pois uma grande insegurança envolve o cidadão brasileiro”. Conclui, todavia, que o dispositivo é um dos mais utópicos da Constituição⁹.

Mais de uma década depois da promulgação da Constituição, nenhuma lei foi, ainda, editada, tornando efetiva a assistência devida pelo Estado aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso. A iniciativa do nosso legislador ordinário limitou-se à promulgação da Lei n. 9.807, de 13 de junho de 1999, estabelecendo normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, instituindo o Programa Federal de Assistência à Vítimas e à Testemunhas Ameaçadas, dispondo, ainda, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham, voluntariamente, prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo penal. Ironicamente, a iniciativa legislativa, ao arrepio da concepção atual da vítima como sujeito integral de direitos, considera apenas o seu papel de depoente na persecução penal e desde que haja interesse para a produção da prova, assegurando-lhe, nessa condição, a possibilidade de ampla assistência, estendida ao seu cônjuge ou companheiro, ascendentes e dependentes, quando colaborar com a investigação ou o processo criminal.

A Constituição do Estado de São Paulo, de 1989, preocupou-se também com o problema das vítimas, fixando no capítulo “Da Proteção Especial”, em seu artigo 278,

⁸ Capítulo III, item 8.

⁹ FERREIRA, Luís Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 503.

caput e inciso VI, a necessidade do Poder Público, com a participação de entidades não governamentais, de promover programas especiais, objetivando a instalação e a manutenção de núcleos de atendimento especial e casas destinadas ao acolhimento provisório de vítimas de violência, “incluindo a criação de serviços jurídicos de apoio às vítimas, integrados a atendimento psicológico e social”.

Algumas iniciativas em favor das vítimas já podem ser observadas em nosso país, como a realizada pela Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, em parceria com o PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - e o Governo de Santa Catarina para a criação do Centro de Atendimento a Vítimas de Crime - CEVIC, inaugurado em 31 de março de 1997, com o objetivo de proporcionar às vítimas de crime assistência jurídica e psicossocial, indispensável ao exercício de seus direitos.

A tutela dos interesses das vítimas é uma necessidade de justiça social, corolário dos postulados do Estado Social e de Direito. Constituindo-se em imperativo de uma sociedade mais justa e solidária, guardiã da dignidade da pessoa humana, o Estado não pode colocar-se à margem desse processo, assumindo a responsabilidade que lhe cabe como garantidor da segurança dos administrados, não realizando ou realizando de forma ineficiente função que justifica a sua existência.

2. A indenização como obrigação estatal

A vítima de crime pertence à categoria de problemas socialmente reconhecidos que reclama a adoção de medidas, por parte do Estado, necessárias para minimizar os efeitos da infração penal. Sujeita-se ela a danos de ordem física, mental, emocional, moral, social e material, experimentando, em geral, um sentimento de incredulidade, estranheza, impotência e insegurança, ante a conduta do infrator, que os órgãos públicos não conseguiram impedir.

O cidadão, convertido em vítima de um delito, independente do tratamento penal que é dado a este problema, tem um direito fundamental a um serviço especial que compreende tanto a sua assistência integral, como a compensação pelos danos sofridos.

Essa assistência inclui, além da médica, da jurídica, da moral, da psicológica e da social, a material. Refere-se esta ao atendimento das necessidades econômicas da

vítima, surgidas em razão da ocorrência do delito e que impõe a ela e aos seus dependentes uma situação de prejuízos e perdas materiais e morais.

A natureza jurídica desta prestação é alvo de controvérsias na doutrina de alguns países europeus, onde a matéria já atingiu um estágio mais evoluído.

A Declaração Universal dos Direitos da Vítima, de 29 de novembro de 1985, da Organização das Nações Unidas, ao dispor sobre os princípios fundamentais que orientam o tratamento das vítimas de delitos, estabelece o direito ao *ressarcimento*, a cargo do delinquente ou terceiros responsáveis por sua conduta (arts. 8 a 11), a *indenização*, de natureza financeira devida pelo Estado (arts. 12 e 13) e a *assistência*, prestada através de meios governamentais, voluntários, comunitários e autóctones (arts.14 a 17). O Convênio Europeu n.116, por sua vez, trata, exclusivamente, da *indenização* à cargo do Estado, estabelecida esta como responsabilidade subsidiária do ente estatal.

Inferese que a orientação definida é no sentido da distinção das medidas a serem adotadas em prol das vítimas, distinguindo-se as prestações obrigacionais daquelas de caráter assistencial.

Embora não tenha sido esta a orientação adotada na Constituição brasileira que prevê apenas o atendimento assistencial à vítima de crime, reflete ela a melhor doutrina, tendo em vista que a atuação estatal, em favor deste sujeito de direitos, não pode estar restrita somente ao assistencialismo, impondo o evento delitivo uma ampla atuação do ente público. A intervenção estatal, neste caso, não se constitui meramente em um ato de beneficência, uma liberalidade pública, emanada de um providente e solidário Estado de bem-estar social, desvinculado de um mínimo de reconhecimento de sua parcela de responsabilidade na gestação e existência do delito.

Deve-se, evidentemente, reconhecer e assegurar o direito social da vítima necessitada de ser assistida pelo Estado, um direito subjetivo fundamental que se concretiza em prestações positivas, devidas às pessoas ou classes de pessoas menos favorecidas, mais fracas ou vulneráveis, como forma de, no dizer de José Afonso da Silva, “realizar a igualização de situações sociais desiguais”¹⁰.

Inserindo-se no âmbito dos *desvalidos em geral*, a pessoa, vítima de crime, que por essa contingência teve anulados ou restringidos os seus meios de subsistência, com dificuldades de recursos para as suas necessidades mais essenciais, terá direito à

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p.258.

assistência social, a ser prestada, nos termos da nossa legislação constitucional, “a quem dela necessitar, independente de contribuição” (art. 203, CF). Nesse sentido, a previsão do art. 245, também da Carta Magna brasileira, ao prever a assistência pelo Poder Público “aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso”. Com caráter universalizante, a assistência social assenta-se em um princípio geral de solidariedade humana e social, que visa minorar o sofrimento e as necessidades daqueles que precisam ser socorridos.

Em nosso sistema, esta assistência será prestada pelo Estado, com recursos do orçamento geral da seguridade social, sem contribuições específicas de eventuais destinatários, ou, ainda, originário de outras fontes, organizada em nível federal e executada em âmbito regional e local, com a participação de entidades beneficentes e da população (art. 204, CF).

Observe-se, contudo, que o direito dos herdeiros e dependentes carentes da vítima de crime, previsto de forma limitada na Constituição Federal, não teve, no Brasil, o necessário reconhecimento das outras esferas de atuação estatal, não havendo lei infra-constitucional, nos termos exigidos pelo legislador constituinte, regulamentando o seu exercício, o que impede a sua efetivação. Em nível mundial, são muitos os países que têm programas de assistência às vítimas¹¹.

Além da assistência, voltada para o atendimento das necessidades essenciais da vítima carente e de seus dependentes, deve o Estado reconhecer e assegurar o direito à compensação dos danos sofridos pelo ofendido com o crime, garantindo o ressarcimento e a indenização dos prejuízos materiais e morais que decorrem dessa atuação lesiva.

Conforme já analisado¹², o crime ofende tanto o interesse público quanto o interesse privado e o restabelecimento da ordem jurídica afetada não pode restringir-se apenas à preservação e restauração do interesse público, com o processo, julgamento e eventual punição do infrator. Também o interesse da vítima, sujeito de direitos, deve ser protegido, atendendo-se as suas expectativas de compensação dos prejuízos materiais e morais, decorrentes do crime.

Embora a vítima tenha sido marginalizada ao longo da história, o seu interesse patrimonial ou civil tem sido tutelado pelos sistemas normativos da grande maioria dos países, que prevêm fórmulas para a reparação dos danos, **a cargo do infrator**, como efeito secundário da condenação penal ou reconhecida em ação própria, independente

¹¹ Cap. III, item 9.

¹² Cap. III, item 7.

da ação penal ou vinculada a ela. Essa reparação, que em sua origem confundia-se com a pena, visa o ressarcimento dos prejuízos aferíveis economicamente, sofridos pela vítima.

Nos sistemas atuais, a forma mais comum de obter-se a reparação do dano, através do processo penal, consiste em se admitir o ajuizamento, em sede penal, da ação civil, formando-se um litisconsórcio ativo entre o prejudicado e o Ministério Público. O primeiro pretende a reparação do dano, interesse de natureza civil; o segundo busca a condenação do agente, manifestando interesse público¹³. Estando ambos, prejudicado e Representante do Ministério Público, em um mesmo processo, embora ostentem pretensões diversas, haverá a utilização em comum das provas, influenciando para que o resultado das duas ações seja coerente e uniforme.

O prejudicado tem, ainda, além dessa via para obtenção da reparação dos danos, a garantia estabelecida em diversas legislações, de que a sentença penal condenatória tem força de título executório no juízo cível, tornando certa a obrigação de indenizar.

Para a garantia dos seus direitos, existe a possibilidade do lesado, no âmbito do processo penal, lançar mão de providências satisfativas ou de natureza cautelar em relação aos seus interesses civis, como a restituição da coisa que foi subtraída ou apreendida com a prática do delito, o seqüestro, o arresto e a hipoteca.

Essas medidas, todavia, em que pese o esforço legislativo no atendimento dos interesses civis da vítima de crime, não têm efeitos concretos significativos. Muitos fatores interferem nesta situação. Em uma grande parcela dos casos, os infratores não são identificados e, mesmo sendo conhecida a autoria, não há garantia de que ele seja processado ou condenado. Outro aspecto relevante é o de que, em geral, os infratores identificados não têm condições econômicas para responsabilizarem-se pelas conseqüências patrimoniais e morais dos seus atos. Neste quadro, descrente da atuação dos órgãos estatais da repressão criminal, optam as vítimas pelo conformismo, aceitando, sem nenhuma reivindicação judicial, as conseqüências lesivas do delito.

Afronta esta situação os ideais de justiça social, colocando em risco o reconhecimento das instituições públicas e gerando instabilidade social. Tem o prejudicado com a infração penal direito à assistência estatal, ao ressarcimento dos danos pelo infrator e, também, à indenização devida pelo Estado.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 154.

A ocorrência de crime gera para o Estado, além do dever de assistir às vítimas necessitadas e os seus dependentes carentes, a obrigação de responder pelos prejuízos a que se submeteram, em razão do crime, nas situações em que se evidencia a omissão ou ineficiência do serviço público.

A assistência às vítimas de crimes pelo Estado, prevista na Constituição brasileira, em documentos internacionais e na legislação de inúmeros países, não elide a relação jurídica obrigacional que poderá se estabelecer entre o ente estatal e o administrado com a ocorrência da infração penal, impondo a ele, pessoa jurídica responsável, a obrigação de responder pelos danos originados de sua incúria, na realização de serviço que lhe é próprio.

Não se esgota o papel do Estado na sua função de bom samaritano, com a adoção de medidas assistenciais, voluntárias ou auto-impostas, em favor dos necessitados. Também não se libera da sua própria responsabilidade ao atribuir responsabilidade penal e civil ao infrator, em um conflito que não foi capaz de administrar. No Estado de Direito, submete-se, também ele, ao regramento legal, visando à segurança jurídica e ao respeito aos direitos dos administrados.

A inclusão do Estado na relação jurídica obrigacional que se estabelece com o evento criminoso é alvo de preocupação dos doutrinadores, desde o início do século passado. Nos Congressos Penais realizados nessa época, foram marcantes as intervenções do penalista italiano R. Garofalo, na defesa da criação de uma caixa pública para assegurar a reparação, ainda que parcial, das vítimas de crime, constituída das multas derivadas das condenações dos acusados no processo penal. Alertava, contudo, que seria preciso vencer forte resistência, já que esses valores eram utilizados nas despesas da Justiça, devendo os legisladores serem persuadidos de que a reparação constituía-se em questão de justiça e segurança social. Em sua obra *Criminologia*, datada de 1891, afirma que um grande progresso seria realizado, quando o Estado viesse a considerar a indenização decorrente do delito como uma função pública¹⁴.

A idéia é retomada com o movimento vitimológico em favor das vítimas de crimes, após a II Guerra Mundial, impulsionada pela escritora inglesa Margery Fry, que no ano de 1957, escreveu o artigo intitulado *Justice for victims*, publicado no jornal inglês *The observer*¹⁵. Qualificado como *manifesto pragmático*, preconizava a assunção

¹⁴ GAROFALO, R. *La criminologie*. 5. ed. Paris: Félix Alan Éditeur, 1905.

¹⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona: Fundació Jaume Callís, sd, p. 26.

pelo Estado do encargo de reparar os efeitos do delito, fundado em um princípio de solidariedade social, segundo o qual a sociedade assume a distribuição dos riscos da insegurança gerada pelos delitos que os aparatos estatais de controle não foram capazes de evitar.

Propagadas por outros autores, essas idéias tiveram grande repercussão, sendo adotadas por muitos países, colocando-se em posição de vanguarda os países anglo-saxões, como os primeiros a introduzirem sistemas de reparação dos danos a cargo do Estado, restritos, porém a determinados delitos.

Em observação de Josep M. Tamarit Sumalla, esse mecanismo de intervenção estatal, que se inscreve, com freqüência, no conjunto de programas de atendimento e proteção às vítimas, supõe uma profunda transformação do tradicional modelo de reparação privada, baseado na responsabilidade civil *ex delicto*¹⁶.

Sem que se constitua em medida substitutiva da reparação a cargo do infrator, admitida, ao contrário, como subsidiária desta, a indenização pública implica em atuação própria do Estado social, que assumindo as conseqüências de sua vocação intervencionista, pretende evitar que a insolvência ou o desconhecimento do infrator sejam eternos obstáculos para a adequada satisfação dos prejudicados.

Segundo Gerardo Landrove Díaz, a compensação de caráter estatal constitui-se em uma espécie de seguro social, através do qual parte dos impostos é destinada a cobrir os custos da vitimização entre todos os cidadãos. Dada a nocividade do delito e o reconhecimento de que a sociedade, em seu conjunto, é responsável pela prevenção criminal, fracassada esta, é justo que se repare o dano produzido. Conseqüentemente, a compensação às vítimas de determinados delitos não pode ser concebida como uma modalidade de beneficência pública, em favor dos mais necessitados, mas como um direito dos cidadãos e uma obrigação do Estado¹⁷.

A justificação doutrinária do regime de indenização pública às vítimas, a conveniência e o alcance da sua adoção, não encontrou, contudo, consenso entre os doutrinadores estrangeiros.

Dentre as concepções partidárias da existência do dever do Estado de indenizar, podem ser apontadas, segundo Tamarit Sumalla¹⁸, em primeiro lugar, a teoria denominada de *ruptura do contrato*, defendida por Margery Fry, baseada no fato

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona: Fundació Jaume Callís, sd, p. 26.

¹⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 51.

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, op. cit., p. 27-28, nota 16.

histórico de que o Estado assumiu o monopólio da luta contra a criminalidade, proibindo o exercício da autotutela pelos cidadãos. De acordo com a função de garantia de proteção dos indivíduos que compete ao Estado, cada delito deve ser entendido como uma transgressão do pacto pela parte estatal que gera uma obrigação de reparar àquele que resultou prejudicado.

Em outra linha de argumentação, situa-se a origem do dever estatal de indenizar no fracasso do aparato institucional organizado para assegurar as expectativas de reparação ao ofendido.

Há, também, teorias que afirmam a existência de uma obrigação moral do Estado, seja como exigência do Estado social, ou como programa inserido no contexto da proteção pública às pessoas mais necessitadas ou, ainda, como um imperativo ético derivado da tomada de consciência sobre a co-responsabilidade da sociedade na etiologia da criminalidade. Neste sentido, Guido Casaroli, em seu trabalho *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, apelando aos valores da solidariedade e equidade, questiona se as pessoas que são vítimas de delitos violentos não devem merecer, ao menos, uma prestação equivalente àquela prevista para as catástrofes naturais¹⁹.

Por fim, enfoca-se, ainda, para a justificação da intervenção pública direta na reparação dos efeitos dos delitos, critérios de caráter utilitarista. Fatores como o fortalecimento da coragem da população e da sua disposição em colaborar com a Polícia, ou o restabelecimento da confiança do ofendido na efetividade da ordem jurídica, refletindo a função de satisfação ou pacificação da indenização.

Sujeitam-se essas teorias às críticas, alertando os opositores da reparação pública para o risco de manipulação política derivada da rentabilidade eleitoral de programas em favor do ofendido, que ocultam a desatenção com as causas mais profundas da criminalidade. Advertem, ainda, que a indenização a cargo do Estado poderá incidir negativamente na possibilidade de estabelecer uma aproximação do autor e ofendido, que favorece a reconciliação, na qual é imprescindível que o ofensor ofereça-se para reparar as conseqüências de seus atos e reconheça o mal cometido. Esta situação levaria

¹⁹ CASAROLI, Guido. *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*. In: *Indice Penale*, n. 24. 1990. p. 324-325. Apud TAMARIT SUMALLA, op. cit., p. 28, nota 16.

a que a responsabilidade individual se diluísse, em grande parte, na responsabilidade coletiva de toda a comunidade²⁰.

Mesmo reconhecendo o valor dessas críticas, a opinião majoritária da doutrina européia tem sido no sentido de acolher os sistemas de reparação estatal, inclusive com críticas a sua limitação aos prejuízos derivados de delitos violentos.

Rodríguez Manzanera, manifestando-se favoravelmente à admissibilidade dos sistemas públicos de reparação, afirma ter havido uma conscientização da responsabilidade social em relação às vítimas de crimes e da obrigação comum de reparar o dano sofrido, assim como, de auxiliar e assistir o ofendido.

Segundo este autor, a obrigação do Estado não pode se encerrar com a proteção de diversos bens jurídicos, através de um código penal, nem, sequer, se esgota, com a perseguição e o castigo do responsável pela sua violação; é necessário reparar os danos pela conduta anti-social.

Conclui Rodríguez Manzanera que o Estado, ao assumir para si a responsabilidade da segurança dos cidadãos, assume também a obrigação de reparar suas falhas, atendendo às vítimas da mesma forma que outros inválidos, dever que se fundamenta, ainda, nos impostos que os cidadãos pagam ao Estado para sua proteção²¹.

Em análise realizada sobre o tema, aponta o jurista mexicano a existência de discrepância de entendimentos relativos à reparação; se compete, exclusivamente, ao infrator ou se é o Estado que deve assumir, de forma parcial ou supletiva, o seu pagamento. Como argumentos justificadores da indenização pelo Estado, indica os seguintes: a) o Estado, do mesmo modo com que se ocupa das classes de pessoas menos favorecidas, como os inválidos, pessoas sem trabalho e anciões, deve estender a sua ação em benefício das vítimas de atos delitivos; b) o Estado tem a obrigação de indenizar as vítimas de atos criminosos, já que não é capaz de proteger a coletividade da criminalidade, não obstante o pagamento que esta faz dos serviços de polícia, tribunais, cárceres etc.; c) a ajuda financeira às vítimas de atos criminosos facilitará sua colaboração com o sistema de justiça criminal, estimulando para que denuncie o delito, assista e participe do processo e contribua com a Polícia na detenção e prevenção da criminalidade; d) o estado de insolvência econômica em que se encontra a maior parte dos delinquentes, seja porque são condenados a longas penas de prisão, seja porque

²⁰ TAMARIT SUMALLA, op. cit., p. 29, nota 15.

²¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología*. Estudio de la víctima. 2.ed. México: Porrúa, 1989. p.339.

carecem de possibilidades econômicas, tanto eles quanto seus familiares, para reparar os danos causados a suas vítimas; e) a Polícia não chega a detectar a taxa real de crimes e grande quantidade de delinquentes escapam à ação da Justiça, deixando a vítima sem nenhum recurso ou proteção; f) os sistemas de indenização a cargo do Estado têm caráter político, podendo ser vantajoso em momento eleitoral, atenuando as reações contrárias às reformas penitenciárias, dentre outras.

Quanto aos argumentos contrários à aceitação da reparação estatal, são apontados: a) incremento da criminalidade com a indenização das vítimas; b) constituir-se em um privilégio injusto a indenização das vítimas de crimes em relação às outras vítimas como as de guerra, acidentes e catástrofes naturais; c) a implantação de um sistema de indenização às vítimas de crimes traria consigo uma elevada carga econômica aos contribuintes²².

Scarance Fernandes, na análise do tema, aponta também as razões para a adoção da indenização estatal. São elas: a) a indenização pelo Estado deriva das idéias atuais em torno do seguro estatal e das responsabilidades sociais do Estado moderno; b) o Estado é responsável pelo bem-estar social, tendo os cidadãos direito à paz, à segurança, à preservação de sua vida, de sua honra, de seus bens e a vítima, atingida porque o Estado falhou na execução de seus serviços, deve ser por ele indenizada; c) existe interesse público na integral punição do autor do crime, abrangendo também a reparação dos danos causados à vítima do delito; d) não é suficiente prever a reparação do dano porque muitas vezes o autor do crime é desconhecido ou insolvente; e) exigência dos postulados dos Estados sociais e democráticos de Direito.

Indica, ainda, o processualista pátrio, a existência de entendimentos contrários, afirmando os opositores da indenização estatal ser impossível um controle total sobre o crime, não podendo o Estado ser responsabilizado porque também a vítima deve prevenir-se, ocorrendo, em certos casos, o estímulo à prática do crime por ela própria. Além disso, esse sistema de indenização seria altamente oneroso, o que o torna inviável até mesmo em países mais desenvolvidos²³.

Ainda que sejam significativas as opiniões em contrário, o sistema da indenização por fundos estatais implantou-se em vários países do mundo e aos poucos vai ampliando-se.

²² RODRÍGUEZ MANZANERA, op. cit., p. 338-340. nota 21.

²³ FERNANDES, op. cit., p. 181-182, nota 7.

Rodríguez Manzanera apresenta alguns exemplos da evolução na adoção pelos países da indenização a cargo do Estado²⁴. A França (1951), a Bélgica (1956) e a Itália (1969) adotaram o sistema para as lesões decorrentes de acidentes de trânsito, quando o autor é desconhecido ou insolvente e que não tenha seguro.

Em 1963, estabeleceu-se na Nova Zelândia, a indenização a cargo do governo, com sistemas independentes de compensação administrados por tribunais especiais, cobrindo as lesões ou morte, perdas pecuniárias, incapacidade parcial e a dor e o sofrimento da vítima. Na Inglaterra, a implantação deu-se em 1964, restrito às vítimas de crimes violentos, administrado por tribunal especial, a ser requerido no prazo de um ano, à partir da ocorrência do evento lesivo.

Nos Estados Unidos da América, desenvolveu-se à partir de 1965, na Califórnia, seguido por Nova Iorque (1966), Havai (1967), Massachusetts (1967) Maryland (1968), Nevada (1969), Nova Jersey (1971). As características dos programas variam de um Estado para outro. Nesse país, o Congresso aprovou *The victim's of crime actum*, em 1984, dedicando uma grande quantia ao programa.

No Canadá, o sistema desenvolveu-se a partir de 1967, em oito províncias. São excluídos do programa os casos de vitimização intra-familiar, os delitos de trânsito e os delitos patrimoniais. A compensação inclui os gastos medicinais, com próteses, advogados e partos e manutenção da criança nascida de uma violação.

O sistema austríaco foi estabelecido em 1972, cobrindo os danos corporais e alterações da saúde e morte da vítima que deixe desamparada a família, sempre que sejam causados por uma ação punível e intencional.

Na Itália, a Lei nº 354, de 1975, instituiu caixa para o socorro e assistência das vítimas de delito, incluída no contexto do ordenamento penitenciário e vinculada à Diretoria geral dos institutos de prevenção e de pena. Os fundos da Caixa são destinados a socorrer e assistir as vítimas que, em razão do delito, encontram-se numa situação de comprovada necessidade.

Na Bélgica, a partir de 1985 constituiu-se um fundo, mantido pelos condenados, destinado às vítimas que sofreram danos corporais graves ou detrimento da saúde como resultado de atos intencionais de violência. Nos casos de urgência é concedida uma ajuda provisional. A indenização alcança os dependentes da vítima (alimentos) e leva

²⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, op. cit., p. 341-344, nota 21.

em conta a situação econômica do reclamante, sua participação nos fatos e sua relação com o agente infrator.

A Dinamarca adotou o sistema estatal de compensação em 1973 e a França, em 1977. Estabeleceram, ainda, igual procedimento: Finlândia, Holanda, Luxemburgo, Japão, Noruega, República Federal da Alemanha e Suécia.

O México aprovou, em 1969, lei sobre o auxílio às vítimas de delitos, determinando a criação de um fundo para a assistência às vítimas carentes, que não dispõem de recursos próprios para a subvenção de suas necessidades imediatas, quando não seja possível obter auxílio de outra forma.

Em relação às características desses sistemas, afirma-se que os países anglo-saxões inclinam-se para o formal reconhecimento de um direito vitimal ao ressarcimento, não havendo, portanto, exigência da demonstração de situação carencial para o acesso à indenização pública. Os países europeu-continentais inclinam-se, ao contrário, para uma concepção assistencial e beneficiária.

No Brasil, segundo relata Scarance Fernandes, Esmeraldino Bandeira teria salientado a necessidade de uma *Caixa de Multas*, já em 1912, com o objetivo de suprir os recursos necessários à indenização das vítimas, quando o criminoso fosse de todo insolvente. Também Alcântara Machado, em 1938, pretendeu a adoção do sistema de fundos públicos, inspirado na Caixa de ressarcimento peruana, no Projeto Vasconcellos e nas caixas italianas, proposta que não foi aceita no Código de 1940²⁵.

As vítimas de acidentes de trânsito passaram a ter proteção específica com a Lei n. 6.194, de 19 de dezembro de 1974, que estabeleceu o pagamento de seguro obrigatório pelos proprietários de veículos automotores. Conforme regulamentação, a indenização à vítima é devida sem exigência de prova de culpa, cobrindo inclusive os casos em que o autor da infração é desconhecido.

Conforme já analisado, a previsão constitucional, estabelecendo a assistência aos herdeiros e dependentes carentes das vítimas de crimes dolosos, não ganhou ainda efetividade por falta de lei infra-constitucional regulamentando a matéria. Ainda, assim, tem havido a iniciativa da implantação de programas envolvendo o governo e entidades privadas, para o atendimento das necessidades emergentes da pessoa vitimada e de seus dependentes.

²⁵ FERNANDES, op. cit., p. 184, nota 7.

A tutela dos interesses da vítima, evidenciada na análise realizada, tanto no âmbito internacional quanto no nacional, não esgota todas as possibilidades que juridicamente este sujeito de direitos tem assegurado no vigente Estado de Direito. A proteção à vítima tem sido tratada sem a amplitude necessária, dependente da linha de política social adotada pelo governo, ignorando-se deliberadamente o necessário comprometimento estatal que se dá com a ocorrência de crimes.

O Estado, pessoa jurídica pública, com funções definidas e finalidades próprias, possui direitos e sujeita-se a obrigações. No exercício de suas atividades, voltadas para o atendimento das necessidades do indivíduo e da coletividade, visando o bem comum, submete-se às normas legais vigentes e tem responsabilidade, devendo responder pelas conseqüências de sua atuação, recompondo os agravos patrimoniais e morais provenientes de sua ação ou omissão lesiva.

A segurança pública, uma das atividades estatais mais destacadas, está prevista na Constituição Federal brasileira, como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144). Implica na garantia de um estado anti-delitual e de convivência social pacífica, com a preservação e a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas e dos seus patrimônios. No âmbito individual, a segurança constitui-se em direito fundamental do indivíduo, relativo à natureza da pessoa humana, pelo qual lhe é assegurado proteção e amparo, permitindo-lhe desfrutar de seus demais direitos, como a vida, a liberdade e a propriedade.

A ocorrência de crime implica na quebra dessas garantias. Constitui ele conduta lesiva aos interesses protegidos juridicamente nas normas penais, conduta esta que o sistema se obriga a reprimir e que, em geral, causa danos a sua vítima, de ordem física, mental, emocional, social e material.

Como sujeito de direitos, deve a vítima ser ressarcida das perdas a que se submete em razão do crime, direito este reconhecido amplamente em documentos internacionais e na legislação interna da generalidade dos países, assegurado pelos postulados de equidade e justiça social.

Responde por esses danos o próprio infrator, agente direto da conduta lesiva e também o Estado.

A responsabilidade estatal que se manifesta nessa situação não é subsidiária, como entendida pela maioria dos sistemas de reparação pública. Não responde o Estado em substituição ao infrator porque este não foi identificado ou é insolvente. **O Estado**

responde em razão da obrigação que o vincula ao administrado lesado, quando seu comportamento concorre para a ocorrência do evento lesivo.

Se na ocorrência do crime incide, além da atuação direta do agente infrator, comportamento dos órgãos públicos que contribui para a verificação da sua consumação e produção do resultado lesivo, há o comprometimento estatal, obrigando-se ele a responder pela parte que lhe cabe nessa relação.

Constituindo-se a segurança pública em atividade essencial do Estado e tendo este assumido exclusivamente a função de repressão à criminalidade, deve ele atuar, através de seus órgãos, de maneira pronta e eficiente na proteção do administrado e na preservação da ordem pública. Omitindo-se ou realizando inadequadamente as suas atribuições deve o Estado ser responsabilizado, respondendo concorrentemente com o infrator pelos danos a que se sujeitou, injustamente, a vítima e os seus dependentes. Trata-se de uma obrigação retributiva para com o cidadão vitimizado, que vem a ser, ao final, aquele que sustenta as instituições públicas.

A responsabilidade do Estado não é absoluta. Deve-se, na hipótese, verificar a anormalidade do serviço público para o estabelecimento do vínculo causal entre o fato gerador do dano e o evento lesivo e, em consequência, incidir a obrigação de indenizar. Não há, conforme destacam alguns doutrinadores, o risco de transformar-se o Estado em segurador universal, que responde sempre por todos os danos a que se sujeitam os administrados. O Estado se obrigará, logicamente, em razão da violação do seu dever jurídico de agir ou de sua ineficiência ou incúria na realização das atividades que lhe são próprias. Sua responsabilidade, nos casos de crimes, será concorrente com a do infrator, já que para o evento gerador atuam como causas tanto a ação do agente delinqüente quanto o comportamento dos agentes públicos, resultando conjunta a obrigação de indenizar.

A responsabilidade do Estado constitui-se em instituto restaurador do Direito, que busca a tutela dos interesses dos administrados, juridicamente protegidos, recompondo o equilíbrio rompido pela inadequada atuação estatal e que tem por fundamento maior os postulados do Estado de Direito.

3. Pressupostos, fundamentos e natureza da responsabilidade estatal nos crimes

Tendo sido analisados, nos três capítulos iniciais, os pressupostos considerados essenciais para o desenvolvimento do tema deste trabalho, cabe inseri-los no contexto da **responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**, buscando estabelecer os seus pressupostos, fundamentos e natureza, necessários para justificar a tese proposta.

A responsabilidade do Estado, como obrigação legal, imposta a este ente público, de responder pelos danos que causa aos administrados, decorre da sua condição de pessoa jurídica de direito público, com capacidade para figurar como sujeito das relações jurídicas. Com caráter de sanção, constitui instituto garantidor dos direitos dos indivíduos e controlador da atuação estatal, instrumento de justiça social e de autolimitação jurídica do poder do Estado.

Seu reconhecimento não pode estar vinculado à razões de oportunidade, de escassez de recursos financeiros e sensibilização pública e social diante da vitimização das pessoas. Quando o Estado assume um serviço e o oferece aos administrados, há repercussão jurídica, com a imposição de obrigações e o dever de respeito ao princípio da responsabilidade, próprio do Estado de Direito, no qual figura o indivíduo como sujeito de direitos e o Poder Público submete-se, na sua atuação, às regras estabelecidas pelo Direito.

Incide este princípio sobre todas as funções e atividades estatais, realizadas visando o bem comum ou o interesse público. Dela não se exclui a atividade da Polícia, seja quando atua por meio de prescrições, seja quando realiza, própria ou impropriamente, serviço público.

Encarregada da prestação de segurança pública, deve a Polícia atuar na prevenção e repressão de condutas delituosas, assegurando a ordem pública e a proteção dos indivíduos. Sua atividade insere-se no complexo de funções estatais, cuja finalidade é o bem-estar individual e social, criando condições propícias ao pleno desenvolvimento dos cidadãos e proporcionando garantias pessoais e de existência em sociedade. Caracteriza-se por medidas que refletem os deveres da Administração Pública para com os administrados, exigindo uma constante atividade de vigilância.

Seus agentes atuam informados pelo dever de agir, obrigados por lei a realizarem a atividade de preservação e restabelecimento da ordem pública e de

proteção dos indivíduos. Têm o dever, ainda, de atuarem em conformidade com o estabelecido pelo sistema normativo. Devendo agir, sujeitam-se os agentes ao dever de eficiência, que impõe a todo órgão público a realização de suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. **A omissão no exercício do dever funcional, o abuso ou arbitrariedade, pelo uso indiscriminado da força, ou, ainda, a atuação anormal ou irregular dos seus agentes, constituem ilícitos, pelos quais o Estado deve responder, quando causam danos aos administrados.**

O elemento configurador da responsabilidade que se manifesta é a ocorrência de um prejuízo injusto que afeta o equilíbrio social. Deve o dano, para ser indenizável, derivar de comportamento dos agentes públicos, atos comissivos ou omissivos que são imputáveis ao ente estatal, pessoa jurídica a que se vinculam os órgãos e agentes públicos, responsável direto pela ação ou omissão lesiva dos seus agentes.

Em relação aos crimes, ato de terceiro alheio à Administração Pública, haverá responsabilização do Estado quando, na sua ocorrência, incide como causa, concorrentemente à conduta do agente infrator, a anormalidade do serviço público na prestação de segurança aos administrados.

Definido formalmente como sendo o comportamento penalmente sancionado e, considerado, no âmbito social, como conduta que viola normas ético-sociais fundamentais, que frustra expectativas sociais e causa lesões à bens e interesses ou perturbação das condições fundamentais da vida em comunidade²⁶, a ocorrência de crime compromete a estabilidade social e implica na não realização de função própria da Administração Pública de garantia para os administrados de um estado anti-delitual, isento de perigo e ameaça.

Impõe às suas vítimas danos físicos, morais, emocionais, sociais e materiais que, em geral, excedem aos encargos e ônus a serem suportados pelas pessoas, na sua convivência em sociedade e que implicam na necessidade de que a própria coletividade, solidária e equitativamente, distribua o custo da vitimização entre todos.

A proposta aqui não é da absoluta generalização da responsabilidade estatal pelos crimes, com fundamento na tese do fracasso preventivo do Estado no combate à criminalidade. Sabe-se que o crime, fenômeno inerente à sociedade, apresenta múltiplas causas, não podendo, para efeito de reconhecimento da responsabilidade estatal, reduzi-las somente à negligência dos órgãos públicos, no controle e prevenção dos delitos. Em

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. *Criminologia*. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 84-87.

consideração de Myriam Herrera Moreno, admitir-se que se possa pedir tão rigorosas e absolutas contas ao Estado, estar-se-ia a abonar um asfixiante modelo policial, em um sentido quase *panóptico* de prevenção²⁷.

O que se pretende é o reconhecimento da responsabilidade estatal, como dever jurídico, nas hipóteses em que se configura, efetivamente, a negligência dos órgãos estatais na repressão do crime e na proteção dos indivíduos, impedindo que se concretize o evento lesivo. Se o Estado tem a missão de garantir a ordem pública e o dever de prestar segurança aos administrados, não é admissível que possa omitir-se sem responder pela sua parcela de responsabilidade na ocorrência do crime, justificada essa isenção, genericamente, pela inviabilidade econômica do Estado assumir esta responsabilidade, ou pela impossibilidade de ser o Estado onipotente e onipresente, realizando policiamento preventivo em todos os centímetros do território do Estado ou atendendo prontamente a todos os chamados que recebe ou, ainda, pela insuficiência do aparelhamento policial.

Na teoria geral do Direito Público, reconhece-se amplamente a responsabilidade estatal pelos danos derivados das condutas comissivas dos agentes públicos e, também, de danos decorrentes da omissão administrativa, quando deixa o órgão público de realizar as atividades que lhe competem, por dever funcional. Configura-se na hipótese, conforme análise realizada²⁸, a culpa *in omittendo*, verificável quando do não funcionamento do serviço público ou do seu funcionamento com retardo ou ineficiente. Responde o Estado pelo descumprimento do dever que tem de agir, fundada essa responsabilidade na culpa ou falha do serviço, segundo os franceses *faute du service*, teoria conhecida como do acidente administrativo.

A anormalidade no funcionamento do serviço, verificada com base no princípio da sua perfeição e continuidade, constitui-se em causa bastante para a configuração da responsabilidade estatal. Estabelece-se o binômio falha do serviço - culpa da Administração, sendo relevante para obrigar o Estado, não a culpa subjetiva do agente público, mas a falha objetiva do serviço. A culpa referida pela doutrina constitui-se em uma culpa especial, própria da Administração Pública, uma culpa anônima decorrente do serviço, sem necessidade da identificação do funcionário e da verificação da sua atuação dolosa ou culposa, salvo para a sua própria responsabilização. O julgamento

²⁷ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima*. Compendio de victimologia. Madrid ; Edersa, 1996. p. 298.

²⁸ Cap. II, item 8.

que se realiza é do serviço, não do agente, tendo como parâmetro o que era razoável exigir-se na situação. Evidencia-se, assim, o caráter objetivo desta responsabilidade.

Nos crimes, a responsabilidade do Estado surge pela atuação de terceiro, alheio à Administração Pública, cujo comportamento o Poder Público não impediu, embora devesse e pudesse fazê-lo. A omissão dos órgãos públicos não se constitui na causa primária do dano a que se sujeita a vítima, mas integra a cadeia causal, como causa eficiente, em razão do dever que tinha de agir, impedindo o resultado lesivo.

Celso Antonio Bandeira de Mello indica como situação factível de gerar a responsabilidade estatal o caso de assalto processado diante de policiais inertes e desidiosos²⁹. A hipótese é significativa da ocorrência da obrigação do Poder Público de responder pelos danos causados por conduta delitiva de terceiro, em razão da evidente omissão dos agentes públicos. Em inúmeras outras, o mesmo poderá verificar-se, como quando na eminência da ocorrência de um delito, seja ele qual for, a Polícia é chamada para dar proteção e não comparece, ou comparecendo o faz tardiamente ou atua de forma inadequada, possibilitando a consumação do delito.

Reconhece amplamente a doutrina e a jurisprudência, tanto nacional quanto estrangeira, a incidência da responsabilidade estatal por omissão nos casos de danos derivados de tumultos, arrombamentos ou depredações, causados por movimentos multitudinários, quando tenha havido prévio aviso ou solicitação de garantias por parte da vítima, ou quando se demonstre que o governo, funcionando regularmente, podia evitar esses danos e não o fez³⁰. O entendimento adotado para os crimes praticados por multidão em tumulto, não se estende, contudo, às hipóteses em que há unidade ou mesmo pluralidade de agentes, atuando em concurso, para a prática do delito.

A omissão, que traz ínsita a idéia de culpa, de um comportamento negligente, desidioso, de desrespeito às normas de procedimento, de infringência de um dever jurídico de agir, é causa bastante para fazer incidir a responsabilidade estatal, independente da conduta primária ter-se originado de uma coletividade ou de um agente individualizado, condicionada apenas à demonstração de ter sido o comportamento omissivo dos agentes públicos, concausa para a ocorrência do evento lesivo.

Evidencia-se, na situação, a necessária intervenção do Estado, para recompor o equilíbrio rompido em razão do dano injusto a que se submeteu o administrado, com a

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 590.

³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2. p. 638-639.

prática da infração penal que o Estado, através de seus agentes, não impediu, embora devesse e pudesse fazê-lo. E, ressalta-se uma vez mais, não há que se falar, nessa hipótese, em prestação assistencial por parte do ente público, devida em razão da condição de carência da vítima; e, nem mesmo, em obrigação subsidiária à do infrator, pelo fato de ser o mesmo, desconhecido ou insolvente. O Estado deve responder por obrigação própria, derivada do estabelecimento da relação jurídica entre ele e o administrado, pelo descumprimento do dever legal de agir, não realizando atividade que lhe competia, protegendo-o e garantindo-lhe segurança, direito fundamental que lhe é assegurado constitucionalmente.

Vale aqui repetir a lúcida observação do mestre Aguiar Dias de que: “Tem-se inocentado demais o Estado entre nós. Parece que é tempo de dizer que, se os governantes cumprissem melhor os seus deveres, não precisaria o Estado de se ver defendido nos tribunais por argumentos que o colocam, illogicamente, contra os interesses da comunidade. Aí estaria o melhor corretivo ao risco de empobrecer o Erário, por via de indenização”³¹.

No mesmo sentido, as considerações de José Gabriel Pinto Coelho: “...a responsabilidade do Estado, longe de constituir um perigo para este, teria os mais proveitosos efeitos, seria de uma enorme conveniência, conduzindo naturalmente a uma escolha cuidadosa dos empregados públicos, e garantiria os direitos dos cidadãos nas suas relações com a autoridade pública. A inteira responsabilidade do Estado é... de um valor e de uma importância prática de primeiro plano, sendo, talvez, a falta de aplicação destes princípios uma das causas que mais preponderantemente concorrem para o estado menos próspero de alguns países”³².

Antônio Carlos Amaral Leão e Gérson Ferreira do Rêgo, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, postulando o reconhecimento da responsabilidade estatal em algumas hipóteses restritas de crimes, utilizam as considerações feitas pelo Desembargador aposentado do TJSP, Francisco César Pinheiro Rodrigues, defendendo a necessidade do Estado indenizar a vítima ou a sua família, nos casos de roubo que possam reduzi-las, pessoas inocentes, à indigência. Em abono à tese apresentada, indicam a flagrante desigualdade de tratamento que, na hipótese de morte ou grave lesão, têm o presidiário e as *pessoas de bem*, as quais, diariamente, são vitimadas pela

³¹ DIAS, op. cit., p. 255, nota 30.

³² COELHO, José Gabriel Pinto. *A responsabilidade civil baseada no conceito de culpa*. p. 136. Apud. LEÃO, Antônio Carlos Amaral.; RÊGO, Gérson Ferreira. A segurança pública e a responsabilidade civil do Estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 622, p. 241-244, agosto. 1987. p. 243.

violência fértil do nosso país. Ponderam que: “Um ladrão, mesmo um homicida, que vai para a cadeia e ali é morto por um companheiro de cela faz com que o Estado indenize a família do mesmo, pois o marginal estava à disposição da Justiça, ou seja, era um tutelado do Estado, o qual responde civilmente pela omissão dos guardas, que não conseguiram deter a fúria dos demais presidiários. Em contrapartida, se um trabalhador honesto e pai de família é assassinado ou aleijado por um criminoso, sua família, que, não raramente, passa a viver a mingua, pois, na maioria dos casos, a pensão a receber é indecentemente pequena, não goza dos mesmos privilégios dos familiares do ladrão, do homicida, isto é, não recebe nada, absolutamente nada, dos cofres públicos a título de reparação pecuniária. Os filhos deste trabalhador chegariam à conclusão de que o Estado zela pela vida e integridade física daquele que matou ou aleijou seu pai, mas permanece indiferente à desgraça de milhões de pessoas que, em virtude de hediondos crimes, vêm-se desamparadas de uma hora para outra.” E, concluem que o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, parece não ter aplicação na hipótese analisada, “eis que, *in casu*, os familiares de um condenado criminalmente são agraciados com uma reparação negada àqueles que viram seus chefes de família serem assassinados”³³.

É de interesse os comentários reproduzidos, para indicar o quanto de injustiça há nessa questão. Embora a proposta não seja coincidente com a que é feita nesse trabalho, serve de alerta para que os nossos doutrinadores e os nossos tribunais convençam-se da necessidade da adoção de soluções mais justas e adequadas para o tratamento dos efeitos dos crimes. Não se resolve o problema com a responsabilização penal do infrator e, nem mesmo pela previsão da reparação civil a cargo do mesmo. Existe na situação pessoas ofendidas em seus bens e interesses tutelados juridicamente, que reclamam a atenção do sistema jurídico. Como afirma García-Pablos de Molina, a vítima não pede compaixão, mas respeito a seus direitos; e, em palavras de Antonio Beristain, “o fundamento do apoio às vítimas não é a caridade, mas a justiça”³⁴.

O Estado tem obrigações para com a vítima de crime e deve assumi-las, indenizando-a, quando o evento lesivo derivar, também, de comportamento seu.

³³ LEÃO, Antônio Carlos Amaral, RÊGO, Gérson Ferreira. A segurança pública e a responsabilidade civil do Estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 622, p. 241-244, agosto. 1987. p. 241.

³⁴ GARCÍA-PABLOS de MOLINA, Antonio. La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal. *Doctrina penal*, Buenos Aires: Depalma, ano 13, 1990, p. 176 e BERISTAIN, Antonio. Las víctimas siguen olvidadas. *El País*, 25 de mayo de 1996, p. 16. Apud. HERRERA MORENO, op. cit., p. 297, nota 27.

A responsabilidade que se configura, na hipótese de omissão dos órgãos públicos, é, conforme a regra constitucional, **objetiva**, (CF, art. 37, §6º).

Na análise já realizada³⁵, firmou-se esse entendimento, considerando ser a responsabilidade estatal no nosso sistema, objetiva, independente de qual seja a situação fática incidente. A Constituição Federal de 1988, a exemplo das Constituições anteriores, adotou, exclusivamente, essa modalidade de responsabilidade, no âmbito das obrigações estatais derivadas dos danos causados por seus agentes, nessa qualidade, independente de serem eles resultantes de comportamento comissivo ou omissivo, afastando a exigência de culpa para o estabelecimento da relação jurídica obrigacional.

A responsabilidade objetiva, que se origina da inobservância de um dever jurídico criado por lei, sujeita o Estado à obrigação de indenizar, independente de culpa, quer tenha agido contra o Direito, quer tenha observado as normas jurídicas, seja o ato lícito ou ilícito, seja ato comissivo ou omissivo, fundada na existência de relação de causa e efeito entre o comportamento dos agentes públicos e o dano provocado ao administrado.

Constitui condição de sua admissibilidade o estabelecimento do vínculo etiológico entre a atuação administrativa e o evento lesivo, devendo, tanto o comportamento tido por gerador do dano, quanto o próprio dano alegado, apresentar características tais que os tornem aptos a desencadear a obrigação estatal.

Em relação à omissão, comportamento negativo, o Estado só responderá se houver o descumprimento de um dever que lhe tenha sido prescrito pelas normas legais. Não cabe a obrigação se a sua inação for lícita, já que sob o ponto de vista jurídico, a mera inação não configura omissão: está só se apresenta quando, tendo o dever de agir, o sujeito fica inerte³⁶.

A responsabilidade estatal, também neste caso, é objetiva, sendo o vínculo de causalidade estabelecido entre a conduta anormal do órgão público, deixando de realizar aquilo que lhe competia na situação, e o dano daí derivado. A culpa, ínsita no comportamento do agente público, necessária para a caracterização da omissão, faz surgir o direito de regresso do Poder Público para reaver o que foi despendido com a indenização do lesado, relação esta, subjetiva.

Para a ação ressarcitória com fundamento na responsabilidade objetiva da regra constitucional, basta ao autor a demonstração do nexu etiológico entre o fato lesivo,

³⁵ Cap. II, itens 7 e 8.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 175.

comissivo ou omissivo, imputável à Administração Pública e o dano de que se queixa o lesado. Evidenciando o liame causal, não há necessidade de ser provada a culpa do agente público, irrelevante, mesmo, quando se trata de dano injusto. Segundo Yussef Said Cahali³⁷, presumida a culpa, opera-se a inversão do ônus probatório, com vistas à eventual exclusão de responsabilidade, devendo a Administração Pública fazer prova da incidência de causa excludente ou atenuante, para desobrigar-se de sua responsabilidade.

Grande parte dos doutrinadores defende o entendimento de que a responsabilidade, no caso de omissão, será subjetiva, dada a necessidade da demonstração da culpa do agente, imprescindível para o estabelecimento da obrigação estatal. Esta questão foi amplamente discutida³⁸, não cabendo aqui maiores considerações.

Estando o conceito jurídico de omissão ligado ao de ilicitude, haverá sempre, incidente a ele, a idéia de culpa do agente inativo. Isto, contudo, não desloca a relação jurídica obrigacional para o âmbito subjetivo, contrariando a regra constitucional. A responsabilidade estatal por omissão é objetiva e se configurará à partir do descumprimento do dever legal de agir dos órgãos públicos, causando dano ao administrado.

Na omissão a causalidade é jurídica, não fática, decorrendo da não execução, pelo omitente, de uma atividade juridicamente exigível, capaz de impedir o resultado. Só se verifica quando há a não atuação do agente, na hipótese em que devia e podia agir, evitando, desta forma, a ocorrência do evento lesivo.

Nos crimes, a omissão estatal geradora de responsabilidade ocorre concorrentemente com a conduta do infrator. Não se constitui em causa primária do evento lesivo, mas atua na cadeia causal como causa eficiente, uma concausa que se acresce à outra, cooperando para a produção do resultado lesivo, no momento e da forma como se realizou.

Não se verifica, por exemplo, quando a mulher mata o marido dentro de casa. Embora seja certo que a presença da Polícia no local, antes da ocorrência do homicídio, poderia impedir a sua consumação, o Estado não está obrigado a indenizar, já que inexistente um dever jurídico do Poder Público de policiar o interior das residências. Não

³⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 112.

³⁸ Cap. II, item 8.

se configura, portanto, a omissão e, em consequência, não haverá vinculação da Administração Pública ao dano derivado da conduta do infrator, não se convertendo o Estado em devedor de indenização.

Havendo, contudo, a falha na prestação da segurança pública, em situações em que os órgãos públicos tinham o dever de atuar e podiam fazê-lo, impedindo a ocorrência de infração penal, o Estado se obrigará a responder pelos danos daí derivados, indenizando a vítima e se for o caso, os seus dependentes.

O fundamento dessa responsabilidade é a igualdade dos encargos públicos, princípio elevado à categoria de garantia constitucional, noção essencial do Estado de Direito, que assegura a equânime repartição dos ônus provenientes das atividades públicas, realizadas no interesse de todos. Tem por pressuposto a idéia de que uns cidadãos não devem sofrer mais do que os outros pelos encargos e ônus, impostos no interesse comum, devendo o dano excepcional, a que se submete determinado administrado ou grupo de administrados, ser suportado por toda a coletividade, ressalvada apenas a hipótese de previsão legal contrária. A igualdade rompida com a imposição do prejuízo especial e anormal será restaurada por meio de indenização à cargo do Estado.

4. Requisitos e causas excludentes ou atenuantes da obrigação estatal nos crimes

Como obrigação de responder pelos danos que o ente público, através de seus órgãos e agentes, impõe aos administrados, a responsabilidade estatal exige para a sua admissibilidade a verificação de requisitos que lhe são próprios³⁹.

Aponta a doutrina que os requisitos necessários para que a ação de responsabilidade da Administração Pública possa prosperar, são os seguintes: a existência de um dano efetivo, avaliável economicamente e individualizado com relação a uma pessoa ou grupo de pessoas; a antijuridicidade da lesão produzida; a imputabilidade à Administração da atividade lesiva; relação de causalidade entre a atividade da Administração e o efeito lesivo, sem intervenção de elementos estranhos que alterem o nexos causal, como nas hipóteses de força maior ou nos casos em que o

³⁹ Cap. II, item 5.

particular afetado tenha o dever jurídico de suportar a lesão patrimonial produzida; e, ainda, o requisito temporal para o exercício do direito.

Em nosso sistema, dada a natureza objetiva da relação jurídica obrigacional entre o Estado e o administrado, desvinculada da idéia de culpa e, portanto, alheia à subjetividade da conduta do agente público, centra-se, fundamentalmente, o juízo da responsabilidade no dano antijurídico a que se submete o particular e no estabelecimento do vínculo etiológico entre o comportamento da Administração Pública e o evento lesivo.

Nas hipóteses de danos decorrentes de crimes, a matéria não tem tratamento diverso. É relevante, para a configuração da obrigação estatal, a existência de um dano, lesão ou ofensa a um bem ou interesse juridicamente protegido, que seja, ao mesmo tempo, certo, atual e direto. O dano, para ser indenizável, não pode ser eventual ou futuro. Deve, contudo, resultar de um comportamento omissivo da Administração, concorrente com a conduta do infrator, e que possibilita o estabelecimento do nexo causal necessário entre a atuação administrativa e o evento lesivo.

Não importa para a relação obrigacional que se estabelece entre o Estado e o administrado que o dano tenha derivado de conduta lícita ou ilícita do agente público, se houve dolo ou culpa na sua omissão. O juízo que se faz para a indenização do lesado é sobre a qualificação da lesão sofrida. Deve ela ser ilegítima ou injusta. Poderá ser material ou moral, incidindo sobre o patrimônio material ou ideal da vítima e de seus dependentes.

O dano material consiste no agravamento pecuniário do patrimônio do ofendido. O dano moral, por sua vez, é a afetação que uma pessoa sofre em seus sentimentos, afetos, crenças, decoro, honra, reputação, vida privada, imagem ou consideração que de si mesma têm os demais.

Ainda que as perdas materiais e econômicas sejam aferíveis mais facilmente e por essa razão, em geral, aquelas de que se ocupam os julgadores, os danos morais não podem ser relegados, pois as lesões psicológicas e sociais decorrentes dos crimes, em muitas situações, são mais graves do que as lesões patrimoniais, produzindo efeitos mais profundos e duradouros nas suas vítimas.

Neste aspecto, cabe ressaltar que, no nosso sistema, há garantia constitucional da indenização por danos materiais e morais, decorrentes da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, não havendo exclusão das hipóteses

em que os danos sejam causados por pessoa jurídica de direito público ou privado (CF, art. 5º, inc.X).

A especialidade e a anormalidade, características exigidas pela doutrina, em geral, para a indenização dos danos derivados de atos lícitos ou quando o fundamento adotado para a responsabilidade seja a igualdade dos encargos públicos⁴⁰, também são verificáveis nas hipóteses de crimes.

Quanto a primeira característica, relativa à particularização ou individualização

do ofendido ou grupo de ofendidos, deve-se observar que são considerados como lesados, diretamente, os sujeitos passivos dos crimes, entes físicos ou jurídicos, individuais ou coletivos, sobre cujas pessoas, bens ou direitos recai a conduta infringente da norma penal, sujeitando-os a um dano material, ou, ainda, o sujeito, cuja segurança pessoal ou gozo dos bens ou afeições legítimas, o delito afronta, impondo um dano moral.

Constitui-se o sujeito passivo de crime no titular do interesse lesado concretamente, podendo ser, ao mesmo tempo, um único indivíduo ou uma coletividade, extensa ou reduzida a algumas pessoas, devendo ser, em alguns delitos, pessoa certa, revestida de determinadas qualidades. Pode haver, nos delitos, um sujeito passivo principal e outro secundário.

Dada a grande variedade de interesses protegidos pelas normas jurídicas penais, é possível ter-se um amplo universo de sujeitos passivos, englobando todos aqueles dotados de personalidade jurídica, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público e, até mesmo, organismos ou associações sem personalidade jurídica, como a família, a sociedade, a coletividade. Abrange o ser humano antes do seu nascimento, mas exclui a pessoa já falecida e os animais, que podem, contudo, ser objeto material dos crimes.

Além dos sujeitos passivos, o crime poderá ainda trazer danos a terceiros, pessoas prejudicadas indiretamente pelo delito sofrido por outrem, submetendo-os, por repercussão, a um dos efeitos elencados. Essas pessoas podem ser integrantes da família da vítima ou ser, simplesmente, um terceiro.

⁴⁰ Neste sentido: RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.314-315; MELLO, op. cit., p. 594-595, nota 29; BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 66-67.

Para efeito de indenização, considera-se tanto o sujeito passivo, objeto de proteção especial em cada delito, como o terceiro prejudicado que, de alguma forma, sujeita-se a um prejuízo especial, decorrente da infração penal.

Quanto à anormalidade, característica do dano indenizável que se refere à imposição de inconvenientes que excedem àqueles inerentes à convivência em sociedade ou considerados próprios do funcionamento das atividades públicas, em relação aos danos derivados dos crimes incidirá sempre, nas hipóteses em que se verificar a omissão estatal na prestação de segurança pública. Devendo a Administração Pública agir na proteção dos indivíduos e na preservação da ordem pública, o descumprimento deste dever funcional implica em falta e os danos decorrentes desta inação culposa serão sempre anormais.

Além do dano, com determinadas características, exige-se, ainda, para a admissibilidade da responsabilidade estatal, a verificação da idoneidade da causa para obrigar o Estado. Esta causa, conforme análise já realizada⁴¹, consiste no fator de aglutinação dos elementos da responsabilidade, permitindo o estabelecimento da relação necessária de causa e efeito entre eles.

Para que o pedido de indenização seja procedente, há que se configurar, na situação, o nexo de causalidade entre o comportamento da Administração Pública e o dano alegado, impondo a necessária correspondência entre o fato gerador do dano e o evento lesivo.

Esta é a questão mais tormentosa no âmbito da responsabilização estatal pelos danos derivados dos crimes, já que neles, o comportamento primário, gerador da lesão a ser indenizada, não provém dos órgãos públicos. É ato de terceiro, sujeito ativo da infração penal, alheio à Administração Pública.

Nestes casos, todavia, o comportamento dos órgãos públicos integrará a cadeia causal, atuando também como causa eficiente em relação ao resultado pretendido, não como uma atuação positiva, mas como uma inação culposa, que se verifica quando do descumprimento do dever jurídico que tinha, na situação, de agir, interrompendo o movimento dirigido à produção do dano.

A relação que se estabelece entre o lesado e o Estado é direta e objetiva, em razão do comportamento negativo do agente público que concorre na ocorrência do evento lesivo. O Estado responde, não pela atuação do infrator, mas pela ausência de

⁴¹ Cap. II, item 5.

providências que os seus órgãos tinham o dever de tomar e não tomaram, ou tomando, não o fizeram a tempo ou de forma adequada à situação. Configura-se, nesses casos, a omissão, hipótese de causalidade jurídica, equiparada em seus efeitos à ação, consistente em não ter o omitente atuado, como devia e podia, para impedir o resultado.

Os elementos da responsabilidade poderão, contudo, não se conjugarem de maneira harmônica, quebrando o nexo de causalidade, quando na relação incidirem causas estranhas, que isentam o Estado de responder.

Nas hipóteses de crimes, constituem causas excludentes ou, mesmo, atenuantes, da responsabilidade estatal a culpa da vítima e a demonstração pelo Poder Público da sua atuação diligente, elidindo total ou parcialmente a obrigação de indenizar os danos.

O comportamento da vítima poderá desobrigar o Estado quando, na situação, restar comprovado que ela não agiu com prudência ou adotou os cuidados necessários para evitar o sinistro.

A segurança pública, prevista como um dever do Estado, é também prescrita como responsabilidade de todos (CF, art. 144). Cabe a cada cidadão, individualmente considerado, e a toda a sociedade colaborar, criando as condições necessárias para que o Estado possa efetivamente cumprir o mandamento constitucional. Exige-se de cada um dos membros da coletividade um comportamento diligente, evitando situações de riscos, que comprometam a garantia e a proteção dos bens e valores juridicamente tutelados. Exige-se, ainda, que, na situação configurada, tenham sido criadas as condições necessárias para a intervenção efetiva dos órgãos de segurança, avisando-os da ocorrência do evento.

Na consideração sobre o comportamento da vítima, tem-se por relevante os estudos vitimológicos, fornecendo elementos para a análise do seu papel na ocorrência dos delitos, ao estabelecer as possíveis relações entre ela e o sujeito ativo da infração, desencadeadora da sua ocorrência. Desta análise, resulta a classificação das vítimas, apresentada neste trabalho⁴², possibilitando a identificação daquelas categorizadas como *inocente* ou *ideais*, vítimas não participativas, membros da coletividade que não contribuem para o desencadeamento da conduta delitativa, havendo, no outro extremo, as vítimas *provocadoras*, que incitam a ocorrência do delito, as vítimas *por imprudência*, que originam a ação vitimizante com o seu próprio comportamento incontrolado e as

⁴² Cap. III, item 5.

vítimas *falsas* ou *simuladoras*, que realizam uma falsa imputação, consciente ou inconscientemente, visando provocar um erro judiciário.

Da relação da vítima com o infrator, poderá resultar condição relevante que isente o Estado de responder pelos danos derivados do evento criminoso ou atenua a sua responsabilidade.

Também estaria desobrigado o Estado, comprovando que, na situação, embora não tivesse conseguido obstar a consumação do delito, atuou de forma adequada ao que era exigível, dentro dos padrões de eficiência, perfeição e continuidade.

Observe-se, por fim, que presentes os pressupostos e requisitos necessários para a responsabilidade estatal, o ente público se obriga concorrentemente com o infrator, respondendo pela parte que lhe corresponde na ocorrência do evento lesivo.

Pode-se adotar, na matéria, recomendação inserida no Convênio Europeu n.116, de 1983, assumindo o Estado, supletivamente, a obrigação de indenizar os danos sofridos pela vítima de crime, sub-rogando-se nos direitos da pessoa indenizada frente ao infrator, para reclamar dele a obrigação que lhe corresponde.

Havendo na omissão ou falha do serviço, determinantes da responsabilidade estatal, dolo ou culpa, o Estado tem assegurado o direito de regresso contra o responsável pelo comportamento lesivo, para reaver o *quantum* despendido com a indenização devida.

5. Julgados

Realizada a análise dos elementos entendidos como relevantes para o delineamento do tema e o estabelecimento dos fundamentos da tese proposta, cabe a verificação de como a matéria tem sido tratada pelos tribunais nacionais.

São raras as decisões encontradas no repertório jurisprudencial brasileiro sobre indenização estatal pelos danos decorrentes de crimes. Dentre aquelas localizadas, a maior incidência é referente à crimes patrimoniais, havendo também demandas relativas à crimes contra a liberdade sexual. As decisões longe estão de formar jurisprudência, não havendo uniformidade nos julgamentos e nem consenso nos argumentos. Há uma tendência generalizada no não reconhecimento de omissão dos órgãos públicos, no cumprimento de seu dever de vigilância e de prestação de segurança pública, quando da

ocorrência de crime, pelos mais diferentes fundamentos. É possível verificar-se, ainda, que os Tribunais nacionais, contrariando a regra constitucional, mantém a tradição de reconhecer a responsabilidade estatal pela falha do serviço, como responsabilidade subjetiva, exigindo a demonstração de culpa para a sua configuração.

Na Apelação Cível de n. 6.504/97, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua Primeira Câmara, tendo por Relator o Desembargador Marlan de Moraes Marinho, não reconheceu a pretensão indenizatória da demandante, em acórdão proferido em 17.03.98, com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTUPRO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. *“Não demonstrada a negligência do Estado no desempenho da segurança individual, não há como impor-lhe a responsabilidade de reparar danos morais, decorrentes da prática de estupro, especialmente se, no desempenho de sua função repressiva, prende e condena o criminoso. Recurso provido, para julgar improcedente o pedido”*.

Refere-se o caso a Ação de Indenização, Processo n. 5.190/95, da 9ª Vara da Fazenda Pública, Comarca da Capital, Estado do Rio de Janeiro, proposta por L.C.L.S., objetivando a condenação do Estado ao pagamento de **danos morais por omissão voluntária, negligência e violação de seu dever de prestar segurança pública**, pelo fato de, no dia 06.04.94, às 19.30 horas, ao retornar do trabalho para sua residência, ter sido vítima de **roubo seguido de estupro**, fato este que lhe causou seqüelas de ordem psíquica e material. Considerou o Estado co-partícipe, em razão da sua conduta omissiva, já que tinha conhecimento de que o estuprador agia naquele local, havendo informações de outras ocorrências semelhantes, e que nada fez para impedir novos atentados.

O Estado do Rio de Janeiro contestou, através da Procuradoria Geral do Estado, alegando que a responsabilidade civil do Estado por omissão depende de sua atitude ilícita, e que tal não ocorrera na hipótese dos autos. Afirmou que não fora adotado comportamento inferior ao padrão legal exigível, pois não seria razoável manter policiamento permanente em cada centímetro quadrado de seu território. Alegou, ainda, que a autora deveria provar a omissão culposa ou dolosa do Estado, pois, o fato

criminoso fora cometido por transeunte devidamente trajado, alheio à Administração Pública, sendo que, o agente criminoso fora preso, processado e condenado pelo Estado.

Em sua manifestação, o Representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido.

Na sentença, deu-se ganho de causa a demandante, julgando procedente o seu pedido e condenado o Estado ao pagamento da importância equivalente a 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos em favor da autora. Considerou o Julgador que, embora a tese jurídica sustentada pelo Estado, através do seu Procurador, fosse “incensurável”, havendo responsabilidade do Estado por omissão somente em caso de negligência e que lhe assistia razão na alegação da impossibilidade fática de fazer policiamento preventivo em todos os centímetros do seu território, não sendo exigível ao Estado a prevenção de todas as condutas criminosas que ocorrem em toda a sua extensão, a questão *sub studio* não se enquadrava nesse contexto pela prova documental anexada aos autos pela autora. Entendeu ter sido comprovado que o criminoso praticou reiterados estupros na localidade, vangloriando-se de sua conduta e da inércia policial, já que ele telefonava para a Delegacia do local, noticiando sua próxima infração, tendo vitimado, aproximadamente, 20 mulheres. Concluiu, portanto, ter havido a omissão negligente do Estado, no tocante ao seu inafastável dever de velar pela segurança de seus administrados, deixando de montar um esquema preventivo para a conduta daquele marginal.

Interposta Apelação pelo Estado do Rio de Janeiro, nas suas razões, o apelante reiterou os termos da contestação, afirmando que a responsabilidade civil da Administração Pública por omissão não tem caráter objetivo, somente se configurando quando caracterizada a negligência do serviço público. Manifestou-se no sentido de que a responsabilidade estatal deve ser examinada sob a consideração do nível de expectativa (e não de aspirações) da sociedade e as reais possibilidades da máquina administrativa, sob pena do ente estatal ser erigido em segurador universal. Alegou, ainda, que os documentos, nos quais a decisão monocrática tinha se fundamentado, continham vícios formais, não podendo ser considerados como elementos probantes. Apresentou partes de uma reportagem que noticiam a atividade de policiais femininas acompanhadas, de longe, por grupos de policiais, servindo como iscas para o estuprador, que culminaram com a prisão do criminoso, visando demonstrar a inexistência de inércia e negligência policial.

Nas contra razões, a apelada reiterou a existência donexo causal entre a omissão e negligência estatal com o dano sofrido. Alegou que a mídia escrita e falada, diariamente, divulgava notícias sobre o criminoso e sua forma de atuação e que o Estado deveria ter atuado preventivamente, antecipando-se às possíveis novas violações, permanecendo, contudo, inerte.

Manifestou-se o Ministério Público pelo provimento do recurso, considerando a insuficiência e a precariedade da prova e que o Estado teria agido com zelo pois o criminoso logrou ser preso. Afirmou, ainda, que “o policiamento (segurança pública) se adequa aos recursos materiais e financeiros que dispõe”, tendo outras áreas como saúde e educação para cuidar.

No recurso interposto, decidiram os Desembargadores da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, dar provimento à apelação, reformando a sentença, pelos seguintes motivos: a prova documental, em que se baseou a sentença, não comprovou a inércia do Estado no caso dos autos; ausência donexo de causalidade, requisito indispensável na equação da responsabilidade civil; a prova coligida demonstrou que a apelada teria sido a primeira vítima a registrar a ocorrência do crime de estupro, levando à Polícia as primeiras notícias concretas acerca da forma de atuar do estupro; inexistência da “relação de causa e efeito entre a alegada omissão do apelante e o resultado danoso”, pois os danos morais reclamados decorreram do crime de estupro, não cometido pelo apelante ou por quaisquer de seus agentes, mas por terceiro, identificado e preso, contra quem deveria a apelada requerer o pedido de indenização⁴³.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela sua Quarta Câmara Civil, já havida adotado este entendimento na decisão da Apelação de n. 34.510, no ano de 1985, julgando improcedente o recurso e mantendo a decisão de primeira instância da ação de indenização contra o Estado. O Acórdão citado teve a seguinte ementa:

“Ação ordinária de indenização proposta contra o Estado por beneficiários de vítimas de assalto em via pública - Culpa objetiva do Estado - Não pode configurá-la o ato predatório de terceiro - Invocabilidade da teoria do risco administrativo do art. 107 da CF prevista se a omissão em que incorreu a autoridade do

⁴³ TJRJ, Primeira Câmara Civil, Apelação Civil n. 6.504, j. 17.03.1998.

Governo relacionada com o dever de, através de policiamento eficaz, proporcionar à população segurança efetiva foi genérica, e não específica, em relação às vítimas - Improcedência da ação mantida.”

No caso, a família de um jovem casal ingressou com ação ordinária de indenização contra o Estado do Rio de Janeiro alegando que as vítimas foram assaltadas e mortas em plena via pública, havendo, portanto, culpa objetiva do Estado, emergente do risco administrativo, e, ao mesmo tempo, culpa subjetiva, decorrente de omissão, quando o réu (Estado) deixou de proporcionar segurança, através de policiamento eficaz, de molde a evitar que as vítimas fossem mortas, após seus pertences serem roubados em plena luz do dia.

Em sua defesa, a Procuradoria do Estado alegou que, na hipótese, não era possível falar-se em culpa objetiva, emergente de risco administrativo, se a morte das vítimas não resultara de ato de agente da administração. Na decisão da ação não foi acolhida a pretensão dos demandantes, que inconformados recorreram. O Procurador de Justiça que atuou no caso manifestou-se favorável à condenação do Estado.

O acórdão proferido, mesmo reconhecendo que a violência no Rio de Janeiro é crônica, negou provimento ao recurso, entendendo não haver na omissão do Estado causa direta desencadeadora do dano. Citando o magistério de José Aguiar Dias, afirma que o reconhecimento dessa condição implicaria em que “o Estado seria responsável por toda a criminalidade, pobreza, delinqüência infantil, menores abandonados, analfabetismo, doenças etc., que são conseqüências inevitáveis muito mais de nosso subdesenvolvimento do que da omissão da Administração”⁴⁴.

Em outro caso, referente também a crime contra a liberdade sexual, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela sua Quinta Câmara Civil, na Apelação n. 196.391-1, tendo por Relator o Desembargador Francisco Casconi, em votação unânime, negou provimento ao recurso interposto pela Municipalidade, confirmando a sentença proferida na Ação Ordinária de Indenização por danos materiais e morais, que acolheu a pretensão das demandantes.

No caso, as autoras, servidoras municipais, estagiária de biologia e pedagoga, foram atacadas sexualmente por homem armado e encapuzado quando executavam

⁴⁴ LEÃO, op. cit., p. 242-244, nota 33.

mapeamento no interior da mata do Parque Previdência, de propriedade da requerida, que mantém ali área de lazer e administração.

A sentença acolheu, em parte, a demanda, excluindo os danos materiais por incomprovados, arbitrando indenização moral, pelo estupro e atos libidinosos, em cem salários mínimos para a primeira promovente e cinquenta para a segunda autora, incidindo juros moratórios a partir da citação.

A Municipalidade condenada recorreu, postulando nas razões o afastamento da responsabilidade objetiva, entendendo caracterizada a culpa exclusiva das vítimas.

No acórdão proferido foi considerada justa e bem dosada a reparação imposta, afirmando que a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, sendo arbitrada segundo as circunstâncias, não devendo ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva. Quanto ao fato ensejador da reparação, embora não dirigida a demanda contra o agente infrator, a tentativa da recorrente de afastar responsabilidade objetiva quando deslocado o debate para simples relação de causalidade foi entendida como pueril, inocente e infantil, pois não se poderia cogitar de culpa exclusiva das autoras que apenas executavam atividade profissional em área de parque mantido e guardado pela municipalidade. Considerou clara a negligência da administração do parque municipal, que, em evidente omissão, permitiu o trabalho de duas jovens em local perigoso e sem a indispensável segurança.

Tem o referido acórdão a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Dano moral - Servidoras, bióloga e pedagoga, atacadas sexualmente em parque mantido e guardado pela Municipalidade - Fato ocorrido quando executavam atividade profissional naquele local de conhecido perigo - Responsabilidade da Municipalidade reconhecida, em face da evidente negligências da Administração, relativamente à indispensável segurança - Verba devida - Sentença confirmada.

*“Quando o debate é deslocado para simples relação de causalidade não se há falar em afastamento de responsabilidade objetiva, em demanda contra o Poder Público, para reparação de dano moral praticado por terceiro contra o servidor”*⁴⁵.

⁴⁵ Jurisprudência do Tribunal de Justiça. São Paulo: Lex Editora. v. 149, ano 27, out. 1993. p. 75-77.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Civil n. 204.500, por sua Segunda Câmara Civil, tendo por Relator o Desembargador Almeida Bicudo, proferiu acórdão, com votação unânime, reconhecendo, em parte, a pretensão do recorrente à indenização pelos prejuízos sofridos por furto e incêndio em sua residência, atribuídos à negligência do poder público estadual, negada em primeira instância, com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO - Atos predatórios de terceiros - Ocorrência no caso de omissão da autoridade competente em dar proteção ao patrimônio lesado - Solicitação de auxílio da Polícia em face de ameaças de agressão física e de depredação - Omissão da autoridade no atendimento à solicitação - Direito do prejudicado à reparação do dano sofrido.

Relata o acórdão que o recorrente, Promotor de Justiça na Capital, teria recebido diversos telefonemas anunciando agressão física e atentado contra o imóvel onde reside com sua família e, como tinha o propósito de passar um período de descanso no interior do Estado, alarmou-se, solicitando a ajuda da Polícia. Segundo consta, foi tomado providência pela autoridade policial contactada, que recorreu ao DOPS, ficando assentado que seria deslocada para aquela residência uma viatura da Rádio Patrulha a fim de que se evitasse todo e qualquer atentado contra a vida e o patrimônio do ameaçado. Confiante na promessa da autoridade policial à qual dera ciência de seu propósito de viajar no dia seguinte, o demandante deixou sua residência, viajando para Serra Negra para os festejos do final do ano, onde foi informado de que sua casa fora assaltada e incendiada. Com base nestes fatos, e admitido ter recebido do IPESP a importância correspondente ao seguro do prédio, ingressou com ação, pedindo a condenação da Fazenda Pública ao pagamento da indenização dos danos materiais sofridos, mais o valor das jóias e demais objetos desaparecidos na ocasião, aplicada a esse montante a correção monetária e acrescendo os juros da mora e honorários advocatícios.

A Fazenda do Estado contestou a ação, negando qualquer responsabilidade no caso. Alegou que o autor não teria tomado as providências cabíveis e aconselháveis, que o ocorrido não teria relação com os telefonemas e que a força maior e a culpa exclusiva

da vítima afastam a obrigação de indenizar. E, ainda, pelo fato de já ter sido pago o valor do imóvel, nenhum direito à indenização assistiria ao promovente da ação.

Na sentença, a ação foi julgada improcedente pelo pressuposto da inexistência de culpa por omissão da autoridade policial. Considerou o julgador que o autor não havia tomado as providências cabíveis e aconselháveis no caso, não se certificando de que a viatura havia sido deslocada para o local e, mesmo assim, na manhã seguinte deixou São Paulo para um período de descanso. Considerou, ainda, o fato do assalto ter sido realizado por marginais, não tendo relação com as ameaças feitas por terroristas.

O demandante apelou, não sendo acolhidos na decisão do recurso os fundamentos da sentença. Considerou-se que a omissão da autoridade policial era inegável, pois houve a promessa de envio da viatura da Especializada consubstanciando obrigação da autoridade nas circunstâncias especialíssimas do caso. “A Polícia é uma entidade, uma organização do serviço público do Estado e suas dependências não podem ser consideradas repartições estanques de modo que uma ignore o que se faz na outra ou desconheça o que ali se passa. Fosse assim, a ordem pública teria reduzido de muito suas garantias e o sossego da população estaria sujeito a uma burocracia intolerável”. Considerou-se, ainda, que tratava-se o ameaçado de um representante do Ministério Público, com funções e participação direta na punição de pessoas visadas pela Revolução, sendo o pedido de garantias um apelo sério e dramático e, em tais condições, a remessa da viatura era providência a ser tomada. Afirma que: “Não se nega que a Constituição da República de 1946, adotando no artigo 194 (107 na atual) a teoria do risco administrativo, não responsabilizou o poder público pela reparação de atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Mas a verdade é que quando a lesão do patrimônio ou do direito do cidadão ocorre por omissão da autoridade competente, a Fazenda Pública vincula-se à obrigação de indenizar o prejuízo, restando-lhe a faculdade de exercer o direito de regresso contra o responsável pela omissão”. Considerou ainda, que a solicitação do auxílio da Polícia pelo ameaçado caracteriza a obrigação desta de tomar todas as providências indicadas no caso, sendo inegável o direito do autor à reparação do dano por ele sofrido por omissão da autoridade policial; improcedente, apenas, a correção monetária⁴⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adotou entendimento divergente no julgamento da Apelação Cível n. 149.140-1/0, pela sua Segunda Câmara Civil, cujo

⁴⁶ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Lex Editora. v. 20, jan./mar. 1972. p. 125-127.

apelante foi a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e os apelados, Nelson Felmanas e Guilherme Sheldon - Advogados Associados, sendo relator o Desembargador Urbano Ruiz, com acórdão unânime, que teve a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Ato de servido público no exercício da função causador de dano a terceiro - Alegada falta de policiamento no local onde ocorrido assalto que a tanto não equivale - Roubo não atribuído aos policiais, nem se omitindo eles, posto que não chamados a intervir - Ressarcimento indevido - Inteligência do § 6.º do art. 37 da CF.
“A alegada falta de policiamento no local onde ocorrido assalto não acarreta responsabilidade civil do Estado, eis que este só responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do §6º do art. 37 da CF. Se o roubo não foi atribuído aos policiais, nem se omitido estes, posto que não chamados a intervir, não há que se falar em indenização.”

No presente caso, decidiu a Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso, julgando a ação improcedente, com inversão do ônus da sucumbência.

Em 1ª instância, a Fazenda estadual foi condenada a indenizar os prejuízos suportados pelos autores, cujos empregados foram vítimas de assalto, no dia 28.06.90, às 15h 30min, na esquina da Av. Ipiranga com a São João, por falta de policiamento onde ocorrências dessa ordem são freqüentes.

No acórdão, considera-se que, mesmo não havendo dúvidas de que é crescente a deterioração dos serviços públicos, o roubo não foi atribuído aos policiais e nem foram chamados a intervir, de modo a evitá-lo, hipótese em que, omitindo-se estaria o Estado obrigado a indenizar. Em assim sendo, entenderam de rigor a improcedência da ação.

Considera, ainda, que a criminalidade não se deve apenas a insuficiência dos serviços de segurança, mas também, a fatores sócio-econômicos, que não serão debelados com o simples aumento do policiamento. Se por perda da capacidade de investimento da própria Administração Pública, a qualidade dos serviços públicos decai, necessário a cada cidadão precaver-se de modo a não se tornar mais uma vítima. O

contribuinte não pode suportar mais o ônus de indenizar prejuízos causados por assaltos⁴⁷.

No sentido da decisão anterior analisada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou, também, provimento ao recurso, interposto em ação de indenização contra o Estado por crime de furto, Apelação Civil de n. 103.322-1, julgada pela Primeira Câmara Civil, sendo relator o Desembargador Renan Lotufo e tendo como apelante Rolando Carniceli e apelada a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O acórdão proferido, por votação unânime, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento ao recurso e alterou o dispositivo para carência. Tem a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO -
Descaracterização - Danos causados por ineficiência da
Administração - Alegação genérica, sem demonstração da
relação de causalidade entre a ação ou omissão da autoridade e o
evento danoso - Indenização não devida - Carência da ação
decretada.

*A responsabilidade civil do Estado por danos causados por
ineficiência da Administração não se caracteriza se a vítima do
evento danoso não comprovar em que medida a ação ou omissão
da autoridade concorreu para a ocorrência dos danos,
irrelevante a mera alegação de ineficiência in abstracto do
aparelho estatal para que a indenização seja devida.*

Trata-se de recurso de autor de ação de indenização objetivando a reforma de sentença que julgou improcedente a pretensão de reparo do valor do veículo furtado e ainda não localizado. A sentença concluiu pela improcedência devido a generalidade em que se ativeram a inicial e a condução da prova, na qual o autor não demonstrou em que circunstâncias ocorreu o furto, nem como, a autoridade policial poderia tê-lo impedido, não comprovando a omissão ou negligência, afora as divergências quanto à especificação do veículo.

No acórdão, considerou-se a generalidade da argumentação que não distinguiu qual a figura responsável, aludindo ora à legislação penal e de política penitenciária, ora

⁴⁷ Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 672, ano 80, out. 1991, p. 110.

aludindo à polícia judiciária, quer federal, quer estadual, ora aludindo à polícia administrativa, sem precisar se estadual ou municipal. Concluiu que como peça genérica, a inicial poderia prestar-se a outros fins, mas não aos da pretensão indenizatória, já que no âmbito judiciário exige-se a especificidade, que tem que condenar pessoa certa em pena certa⁴⁸.

Em outro caso de furto de veículo, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou-se provimento ao recurso, a Apelação Cível n.º 139.841-1, julgada pela Primeira Câmara Civil, sendo o apelante Oswaldo Prado Neto e a apelada a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O acórdão, datado de 16 de agosto de 1991 e relatado pelo Desembargador Álvaro Lazzarini, teve a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO - Fazenda Pública - Responsabilidade civil - Furto de veículo estacionado defronte a estádio de futebol - Omissão policial incorrente - Autor que assumiu o risco não ligando o dispositivo de segurança - Nexo causal não demonstrado - Ação improcedente - Recurso não provido.

Na ação, o autor alegou que teve seu veículo furtado quando estacionado defronte ao Estádio do Guarani Futebol Clube, em Campinas. Com fundamento no art. 159 do CC, pretendeu ver declarada a responsabilidade civil do Estado, em ação declaratória, sustentando a omissão policial, considerando que a imprensa vinha noticiando casos de furtos de veículos no local. A ação foi julgada improcedente e o acórdão, por votação unânime, negou provimento ao recurso. Considerou que, o art. 159, do CC invocado é de todo inaplicável à hipótese de responsabilidade civil do Estado, cuja norma de regência à época do ajuizamento da ação era a do art. 107 da Constituição Federal revogada e, ainda, que o autor tinha conhecimento, pela imprensa, de que no local haviam constantes furtos de veículos e que mesmo assim, não tomou as necessárias cautelas quando para lá se dirigiu. Segundo consta do acórdão, “o próprio autor assumiu o risco de ver o automóvel de sua propriedade furtado, a uma por deixar o dispositivo de segurança desligado, conforme do Boletim de Ocorrência”, não tendo havido omissão policial ou falha da máquina administrativa por omissão de uma atividade razoavelmente exigível ou por ato doloso ou culposo do funcionário. Entendeu

⁴⁸ Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 640, ano 78, fev. 1989, p. 83-84.

extravasar o limite do razoável a pretensão do autor de exigir presença de policiamento defronte ao Estádio, o que levaria ao exagero, naturalmente, desarrazoado de um crescente policiamento cobrindo todos os locais públicos de modo permanente. Isso seria inviável e não atenderia aos padrões ditados pela moderna Ciência da Administração, padrões esses adotados pelo sistema policial americano e cujas técnicas de atuação podem ser sintetizados na “investigação policial” e na “patrulha”, técnicas essas adotadas e adaptadas para a realidade paulista pela Polícia Militar do Estado de São Paulo. Manteve a decisão de improcedência da ação, pela não demonstração do nexo causal e pela comprovação de que a Polícia estava atuante, dentro do que era razoável dela exigir, naquela situação⁴⁹.

Em mais um caso de crime patrimonial, relativo ao furto de armas e outros objetos de Distrito Policial, julgado também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Civil n.º 199.626-1, por sua Primeira Câmara Civil e tendo por relator o Desembargador Renan Latufo, consta a seguinte ementa:

INDENIZAÇÃO - Fazenda Pública - Responsabilidade civil - Furto de armas e outros objetos de Distrito Policial - Artigo 37, § 6.º, da Constituição da República - Teoria da responsabilidade subjetiva - Ação procedente - Recursos não providos.

Trata-se de recurso de ofício, seguido de voluntário da Fazenda Pública do Estado, em ação ordinária de indenização, objetivando a reforma da sentença que adotou e julgou procedente a indenização.

Em suas razões a apelante alegou tratar-se de responsabilidade civil do Estado, devendo ser aplicada a teoria objetiva, prevista na Constituição Federal, que exige, como pressupostos da pretensão ressarcitória, os requisitos da ação ou omissão do agente, o dano e o nexo de causalidade, afirmando não existir este último e requerendo o provimento do recurso para reforma da sentença, com a inversão do ônus da sucumbência.

No acórdão proferido, negou-se provimento ao recurso, adotando-se a seguinte fundamentação: o Poder Público pode responder civilmente com base na responsabilidade objetiva, por força do disposto no art. 37, § 6º, da CF de 1988, ou com

⁴⁹ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Lex Editora. v. 136, ano 26, maio e junho, 1992, p. 185-187.

supedâneo na responsabilidade subjetiva, conforme disposição do Código Civil; a ausência do serviço, causada pelo seu funcionamento defeituoso, ou pelo retardamento, é *quantum satis* para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos administrados; a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo), caracterizando sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente; e, o caso dos autos não encerra responsabilidade objetiva, posto que a questão fática, narrada na inicial, subsume-se como luva na teoria da responsabilidade subjetiva⁵⁰.

O último caso apresentado, também referente a crime patrimonial, tem decisão do Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, no Recurso Extraordinário n. 130.764-1, julgado em 12.5.92, tendo por relator o Ministro Moreira Alves e que apresenta a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Dano decorrente de roubo por quadrilha - Integrante foragido da prisão estadual - Alegação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, consagrada pelos arts. 107 da EC 1/69 e 37, § 6º, da CF de 1988 - Interregno de cerca de 21 meses entre a fuga do preso por omissão da autoridade pública e o fato ocorrido - Inexistência de nexo de causalidade direto e imediato - Recurso extraordinário conhecido e provido - Inteligência e aplicação do art. 1.060 do CC - Declarações de votos.

Ementa oficial: Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da EC 1/69 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também

⁵⁰ Jurisprudência do Tribunal de Justiça. São Paulo: Lex Editora. v. 156, ano 28, maio. 1994. p. 89-92.

objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

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

No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexistente e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no art. 107 da EC 1/69, a que corresponde o § 6.º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa de fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de 21 meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Versa o caso sobre uma ação reparação de danos, cujo pedido foi julgado procedente, tendo sido o Estado do Paraná condenado a pagar indenização aos seus autores, H. Kaminski & Cia. Ltda, em razão de terem sido vítimas de violência e roubo de grande quantidade de jóias, praticados por quadrilha de marginais, integrada por dois evadidos de prisões estaduais, causando-lhes grande prejuízo.

Na apelação, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, negou provimento ao agravo retido e ao recurso de apelo do condenado, o

Estado do Paraná, dando provimento parcial à remessa obrigatória e ao recurso dos demandantes para ajustar os honorários advocatícios.

Com base em voto vencido, interpôs o Estado do Paraná, embargos infringentes, sustentando que a Constituição distingue entre o dano causado por agentes administrativos e por terceiros e que a responsabilidade objetiva da Administração só ocorre no primeiro caso. Os Desembargadores do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, rejeitaram os embargos infringentes. Contra essa decisão, o Estado do Paraná e o Ministério Público do mesmo Estado interpuseram recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sendo este provido por unanimidade⁵¹.

⁵¹ Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 688, ano 82, fev. 1993. p. 230-244.

CONCLUSÕES

O tema *Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes*, não se esgota com o tratamento realizado neste trabalho. Muitas questões não foram abordadas, tendo em vista o objetivo fixado do estabelecimento de fundamentos para o reconhecimento da obrigação jurídica estatal na hipótese de crimes. Visou-se, assim, definir as bases iniciais deste tema, de fundamental importância no âmbito jurídico-social.

Da análise realizada, são apresentadas as seguintes conclusões:

- No estágio atual da organização político-jurídica da sociedade, constitui-se o Estado em um ente dotado de personalidade jurídica, sujeito de direitos e obrigações, caracterizado como prestador de serviços, que visa a proteção dos direitos individuais e o desenvolvimento do interesse público. Seu fim geral é o bem comum, conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.

- A segurança pública, estabelecida na Constituição Federal como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144), tem fundamental importância na gênese do Estado, indicada como uma de suas causas originárias ou, mesmo, como uma das causas justificadoras de sua existência, em razão da fragilidade e limitação do homem e da necessidade de proteção da sua pessoa, de seu grupo e de seus bens.

- Constitui-se a segurança em um direito fundamental dos indivíduos, base necessária das condições universais para o natural desenvolvimento da personalidade humana e para a conservação e o aperfeiçoamento da vida social.

- A segurança pública é atividade típica do Estado, integrante da função administrativa estatal e subordinada ao Poder Político. É desenvolvida pelo Estado para a tutela do Direito, visando a manutenção da ordem pública e a proteção dos administrados, em sua incolumidade física e seus bens. Assegura um estado anti delitual, de afastamento de perigo e perturbações, atuando através da Força Policial, com ações de prevenção e repressão, caracterizadas por uma constante vigilância.

- A função preventiva é exercida, fundamentalmente, pela Polícia Administrativa, regida por normas de Direito Administrativo, exteriorizando-se por

meio de atos de polícia que, como atos administrativos têm requisitos de validade e existência. Atuam os seus agentes investidos de autoridade, informados pelo dever de agir, na preservação e restabelecimento da ordem pública e na proteção dos indivíduos, de conformidade com o estabelecido pela ordem normativa.

- A omissão no exercício do dever funcional, o seu exercício em desconformidade com o que prescreve os seus princípios diretores e o abuso ou arbitrariedade no uso indiscriminado da força, constituem ilícitos, pelos quais o Estado deve responder quando causarem danos aos administrados.

- A responsabilidade estatal é instituto de Direito Público, de natureza patrimonial, garantidor dos direitos dos indivíduos e limitador ou controlador da atuação estatal, destinado à recomposição do equilíbrio rompido pelos danos causados aos administrados. Impõe ao ente público a obrigação legal de responder pelos danos derivados de suas atividades.

- O interesse da relação jurídica obrigacional, no Direito Público, centra-se numa relação objetiva, fora da culpa e da ilicitude do comportamento, enfocando o dano e a pessoa do administrado que o suportou, sem obrigação jurídica própria e válida.

- A responsabilidade estatal extracontratual, consistente na violação de um dever jurídico, pode decorrer de atos materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, desde que originário de comportamento de agente público, nessa condição.

- Pela concepção organicista do ente público, a atividade do agente ou funcionário configura-se como atividade da própria pessoa jurídica a que se vincula, sendo atribuíveis a ela todas as conseqüências dessa atividade. A relação entre o Estado e os atos de seus agentes é uma relação orgânica, de imputação direta.

- A responsabilidade do Estado, no sistema jurídico brasileiro, segundo norma constitucional, é direta e objetiva (art. 37, § 6º). Responde o ente público pela falha do serviço ou pelo risco, estabelecido o nexo de causalidade entre o comportamento lesivo do órgão público e o dano sofrido pelo administrado, prescindindo da demonstração de culpa do agente.

- Verificando-se dolo ou culpa na conduta lesiva do agente, o Estado, indenizando os danos sofridos pelo administrado, terá direito de regresso contra o agente público.

- O fundamento adotado, em geral, para justificar a responsabilidade do Estado é a igualdade dos encargos públicos. Realizada a atividade pública no interesse geral, os danos daí derivados devem ser repartidos equitativamente entre todos os administrados,

sob pena de romper-se o equilíbrio necessário na distribuição dos encargos públicos. Há uma solidariedade patrimonial da coletividade frente ao prejuízo suportado por determinado administrado ou grupo de administrados, em conseqüências da atuação pública lesiva.

- São requisitos da responsabilidade estatal: a existência de um dano antijurídico, efetivo, especial, avaliável economicamente e individualizado com relação a uma pessoa ou grupo de pessoas; a imputabilidade à Administração Pública da atividade lesiva; e a relação de causa e efeito, sem a intervenção de elementos estranhos que desfaça o necessário nexo de causalidade.

- Para a teoria objetiva da responsabilidade estatal, centra-se a obrigação de reparar no vínculo etiológico entre a atividade administrativa e o prejuízo sofrido pelo administrado. A causa eficiente ou instrumental do prejuízo deve ser idônea para obrigar o Estado, isentando-se ele de responder ou tendo a sua responsabilidade atenuada, quando houver a incidência de causa excludente ou atenuante, consistente na culpa exclusiva ou concorrente da vítima para o evento lesivo ou de que este não teve origem em um comportamento seu.

- Em relação aos crimes, a responsabilidade estatal será admissível nas hipóteses em que incide como causa do evento lesivo, concorrentemente com a conduta do infrator, a anormalidade do serviço público, na prestação de segurança ao administrado. Verifica-se quando, sendo possível a intervenção estatal para impedir a ocorrência da infração penal, esta não se realiza, realiza tardiamente ou de forma ineficiente.

- A ocorrência de crime traz para o Estado o dever de assistir às vítimas necessitadas e de garantir a compensação dos prejuízos sofridos por elas. A orientação formulada pelos organismos e documentos internacionais estabelece a necessidade da intervenção assistencial dos Estados e da prestação obrigacional em favor da vítima de crime e de seus dependentes.

- O reconhecimento da obrigação estatal em relação às vítimas de crimes, no âmbito internacional, apresenta as seguintes características: nos países anglo-saxões há a tendência para a formal admissibilidade da compensação dos danos como um direito vitimal, não havendo exigência da demonstração de situação carencial para o acesso à indenização pública; os países europeu-continentais, ao contrário, inclinam-se para a adoção de concepção assistencial e beneficiária.

- O direito das vítimas e de seus dependentes à assistência pública, constitui-se em um direito fundamental, assegurado no Direito brasileiro, na Constituição Federal

(arts. 6º e 245), que se concretiza em prestações positivas, devidas em razão da condição de carência dos beneficiários que, sujeitos à infração penal, têm anulados ou restringidos os seus meios de subsistência, com dificuldades de recursos para as suas necessidades mais essenciais.

- Além da assistência às vítimas de crimes, deve o Estado reconhecer e assegurar o direito à compensação dos danos sofridos pelos ofendidos, garantindo o ressarcimento e a indenização dos prejuízos materiais e morais que decorrem da infração penal.

- O ressarcimento constitui-se em obrigação própria do infrator pela sua conduta geradora de danos, reconhecida como efeito secundário da condenação penal, ou em ação judicial própria, vinculada ou não à ação penal. Na atualidade, há tendência na sua adoção como modalidade de pena, verificando-se, ainda, no sistema brasileiro, como meio de solução do conflito instaurado com a prática de infração de menor potencial ofensivo, dependente da natureza da ação penal cabível.

- A indenização é devida pelo Estado, em decorrência do estabelecimento da relação jurídica obrigacional entre o ente público e o lesado, pelo descumprimento do dever legal de agir, não realizando atividade que lhe é própria, de prestação de segurança. Constitui-se em um direito do lesado, assegurado pelos postulados do Estado social e democrático de Direito.

- Constituindo-se a segurança pública em atividade essencial do Estado e tendo este assumido, exclusivamente, a função de repressão à criminalidade, devem os órgãos públicos atuarem de maneira pronta e eficiente na proteção dos administrados e na preservação da ordem pública. Omitindo-se ou realizando inadequadamente as suas atribuições, deve o Estado ser responsabilizado, respondendo concorrentemente com o infrator pelos danos a que se sujeitaram, injustamente, a vítima e os seus dependentes.

- A omissão ou falha na proteção dos administrados constitui concausa do evento lesivo, atuando, na cadeia causal, como causa eficiente, juntamente com a conduta de terceiro, o agente infrator. O nexo que se estabelece é entre a não execução, pelo omitente, de uma atividade juridicamente exigível, capaz de impedir o resultado e o evento lesivo.

- A responsabilidade estatal, também nos crimes, é objetiva, segundo a regra constitucional, incidindo com o estabelecimento do nexo etiológico entre o comportamento omissivo dos órgãos públicos e o dano sofrido pelo administrado. O julgamento que se realiza é do serviço público, não do agente, tendo como parâmetro o

que era razoável exigir-se na situação, com base no princípio da sua perfeição e continuidade.

- A culpa do agente é íncita na configuração da omissão administrativa como causa eficiente para o evento lesivo, possibilitando o estabelecimento da relação necessária entre ela e o dano, ensejadora da responsabilidade estatal. É exigível, ainda, para o direito de regresso do Estado, exercido contra o agente omissor ou negligente.

- Exclui-se a responsabilidade do Estado pela verificação da intervenção de elementos estranhos à Administração Pública, na relação de causalidade, como a culpa da vítima, que com seu comportamento originou ou deu causa à ocorrência da infração penal.

- A vítima, considerada como titular da obrigação estatal de compensar os danos decorrentes de crime, será o sujeito prejudicado com a infração penal, incluindo o sujeito passivo material, principal ou secundário, individual ou coletivo, pessoa física ou jurídica, que se submete a um dano, seja físico ou mental, material ou moral, em razão de infração penal.

- O reconhecimento da responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes não pode estar condicionado a razões de oportunidade, de escassez de recursos financeiros e à sensibilização pública e social diante da vitimização das pessoas. Quando o Estado assume um serviço e o oferece aos administrados, há repercussão jurídica, com a imposição de obrigações e o dever de respeito ao princípio da responsabilidade, próprio do Estado de Direito, no qual figura o indivíduo como sujeito de direitos e o Poder Público submete-se às regras legais.

A tutela dos interesses das vítimas de crimes é uma necessidade de Justiça Social, corolário dos postulados do Estado de Direito, como imperativo de uma sociedade mais justa e solidária, guardiã da dignidade da pessoa humana. Cabe ao Estado assumir a sua responsabilidade como garantidor da segurança dos administrados, não realizando ou realizando de forma ineficiente função que justifica a sua existência.

BIBLIOGRAFIA

- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. Responsabilidade do Estado na CF/88. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano: Dott A. Giuffré, 1939.
- ALMEIDA, Maria Rosa Crucho. As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, n. 1, ano 3, p. 103-116, jan./mar. 1993.
- ALVAREZ GENDIN, Sabino. *Manual de derecho administrativo español*. Barcelona: Bosch, 1954.
- ALVES, Paulo Augusto Costa. Indenização à vítima do delito. *Justitia*. São Paulo, n. 85, p. 287-306, 2º trim. 1974.
- ANTOLISEI, Francesco. *L'offesa e il danno nel reato*. Bérghamo: Instituto Italiano d'Arti Grafiche, 1930.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Da reparação do dano causado pelo crime. *Arquivo do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, DIN, n. 116, p. 209-229, out./dez. 1970.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- ARISTÓTELES. Política. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. In: *Os pensadores - Aristóteles*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 4.ed. Porto Alegre: Globo, 1982.
- _____. *Teoria geral do Estado*. 22.ed. Porto Alegre: Globo, 1983.
- AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente. *Crime-dano-reparação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

- _____. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 9.
- BEMFICA, Francisco Vani. *Curso de teoria do Estado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BERISTAIN, Antônio. A vitimologia criadora de direitos humanos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Fabris, n. 4, v. 5, p. 3-24, out./dez. 1992.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 9.ed. Paris: Rousseay & Cie Editeurs, 1920.
- BERTOLINO, Pedro J., GOITÍA, Carlos Alberto, FERNANDES, Antonio Scarance et all. *La víctima en el proceso pena: su régimen en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 5.ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1957. v. 5.
- _____. *Estudios de derecho público - derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- _____. *Regimen juridico de policia*. Buenos Aires: La Ley. 1957.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura Bittencourt. *Vítima*. 3. ed. São Paulo: Leud, 1987.
- BLANQUER, David. *Introducción al derecho administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1967.
- BORGES, Paulo César Correa. *Responsabilidade do Estado*. Reparação dos danos causados pelo crime, cometido durante a execução penal. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 1998. 284p. Tese (mestrado em Direito), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, 1998.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1983.
- _____. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. *Tratado elementar de direito administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1943.

- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, v. 1, n. 13, p. 61-76, jan./jun. 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.
- CARVALHO JÚNIOR, Clóvis de. *As origens do Estado*. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 1988. Tese (Livre-Docência), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, 1988.
- CARVALHO, Paulo Ladeira de. Indenização às vítimas. In: KOSOWSKI, Ester, PIEDADE JÚNIOR, Heitor, MAYR, Eduardo (coord.). *Vitimologia em debate*. Rio de Janeiro: Forense, p. 33-40, 1990.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 10.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- _____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. v. 6.
- CEJAS, Antonio. *La declaracion jurisdiccional de la responsabilidad penal*. Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. Polícia e poder de polícia. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 299, p. 9-21, jul./set. 1987.
- _____. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v. 1,5 e 8.
- CUESTA ARZAMENDI, Jose L. de la. A reparação da vítima no direito penal espanhol. *Fascículos de ciências penais - vitimologia*, Porto Alegre, n. 4, v. 5, p. 77-86, out./dez. 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972.

- DE MIGUEL, Maria Encarnación. La asistencia respecto a las victimas, coordinadas del Departamento de Justicia. *Eguzkilore*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 6, p. 137-151, diciembre. 1992.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. IV.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do Estado*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1 e 2.
- DIEZ, Manuel Maria. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1971. v. 5.
- DOTTI, René Ariel. O problema da vítima. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 648, p. 259-274, out. 1989.
- DRAPKIN, Israel. *Manual de criminologia*. Tradução de Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatski, 1978.
- DROMI, Jose Roberto. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1987. v. 1 e 2.
- DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 1927.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho* (público y privado). Tradução de Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1975. (Série: Los Grandes Maestros del Derecho).
- _____. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1930. v. 3.
- DUNI, Giovanni. *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*. Milano: Dott A. Giuffré, 1968.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do estado*. Tradução de Leandro Konder. 12.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1995. v. 1.
- FALCÃO, Alcindo Pinto. Responsabilidade patrimonial das pessoas jurídicas de direito público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 11, p. 45-60, jan./mar. 1970.

- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. *Justitia*. v. 156, p. 25-34, out./dez. 1991.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992 e 1995. v. 5 e 7.
- _____. *Teoria geral do Estado*. 3.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1975. v.1.
- FIORINI, Bartolome A. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1968. v. 1 e 2.
- _____. *Poder de policia*. Buenos Aires: Alfa. 1957.
- FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. 21. ed. México: Porrúa, 1981.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- _____. *Obrigações administrativas*. Curitiba: Gênese, 1994.
- FREITAS, Marisa H. D'Arbo Alves de. Garantias fundamentais da vítima de crime. *Vanguarda*. Informativo do Centro Acadêmico "Prof. André Franco Montoro", Franca, 1995, out., n. 1, p. 4.
- _____. O Estado e a reparação do dano à vítima de crime. In: PEREZ, Augusto Martinez. *Transformações do Estado: caráter das mudanças*. Franca: UNESP, p. 119-130, 1998.
- _____. O Estado legislador responsável. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1995, v. 128, out./dez., ano 32, p. 285-295.
- _____. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*. Franca: Faculdade de História, Direito e Serviço Social, 1993. 234p. Tese (mestrado em Direito), Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista, 1993.

- _____. Responsabilidade do Estado por atos legislativos. *Revista de Estudos Jurídicos*. Franca: UNESP, 1996, n. 2, jul./dez., ano 1, p. 147-71.
- FREITAS, Riva Sobrado. *Estado e seguridade social: um exame comparativo entre a experiência brasileira e os modelos de capitalismo*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1996. Tese (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GARCIA OVIEDO, Carlos. *Derecho administrativo*. 6.ed. Madrid: E.I.S.A. Pizarro, 1957. v. 1.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos - introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GAROFALO, R. *A reparação às vítimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Livraria Editora, 1899.
- _____. *La criminologie*. 5. ed. Paris: Félix Alan Éditeur, 1905.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 10.ed. Madrid: Tecnos, 1992. v. 1 e 2.
- GASCON Y MARIN, José. *Tratado de derecho administrativo*. 12.ed. Madrid: C. Bermejo, 1952. v. 1 e 2.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GORDILLO, Augustin. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Tradução da 8.ed. italiana por Paulo Edmur de Souza Queiroz. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Muñoz Conde e Arroyo Zapatero. Bosch: Barcelona, 1984.
- _____. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11.ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.

- HELENE, Hélio. *Da responsabilidade do Estado por ato legislativo*. São Paulo: Faculdade de Direito, 1984. 190p. Tese (doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1984.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização da prisão indevida*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Leud, 1996.
- _____. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: Leud, 1995.
- HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima - compendio de victimología*. Madrid: Edersa, 1996.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 4.ed. Rio de Janeiro ; Forense, 1992.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Tradução da 2.ed. alemã de Fernando de los Rios. 2.ed. Buenos Aires: Albatroz, 1954.
- JÈSE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Júlio N. San Millan Almagró. Buenos Aires: Depalma, 1950.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KOSOVSKI, Ester, MAYR, Eduardo, PIEDADE JUNIOR, Heitor. *Vitimologia em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1996.
- _____. *Victimologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.
- LAUBADÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Tradução de Jesús Vilamizar Herrera. Bogotá: Temis, 1978.
- _____. *Traité de droit administratif*. 7.ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976. v. 1.
- LAZZARINI, Álvaro. Da segurança pública na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 104, p. 233- 236, out./dez. 1989.

- _____. Do Poder de Polícia. *Justitia*. São Paulo, v. 133, p. 45-52, jan./mar. 1986.
- _____. *Estudos de direito administrativo*. Sistematização de Rui Stoco. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LEÃO, Antônio Carlos Amaral, RÊGO, Gerson Ferreira do. A segurança pública e a responsabilidade civil do Estado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 622, p. 241-244, agosto. 1987.
- MAIA, J. Motta. Segurança pública. *Enciclopédia Saraiva do direito*. Coordenação de Limonge França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970. v. 4.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Forense, 1961.
- _____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MARTINS, Carlos Estevan, MONTEIRO, João Paulo. Locke, vida e obra. In: *Os pensadores - Locke*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tradução de Horácio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1 e 4.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 89-96, jan./mar. 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. In: *Segurança e ordem pública*. São Paulo: Saraiva. p. 147-157.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Responsabilidade do Estado por atos administrativos. *Revista de Direito Público*, n. 43-44, p. 32-41, jul./dez. 1977.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 1 e 2.

- MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 3.ed. s.l.: Borsi, 1957.
- MENEGALE, Marília de Dirceu. Omissão. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coordenação de J. M. de Carvalho Santos e José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 8.ed. revista e atualizada por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito pena: parte geral*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Processo penal*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 84-99, jul./set. 1992.
- MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A segurança pública na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 109, p. 137-148, jan./mar. 1991.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. Direito administrativo da segurança pública. In: *Segurança e ordem pública*. São Paulo: Saraiva. p. 109-146.
- _____. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1, 4 e 5.
- NETO, Manuela. *Do pedido de indenização em processo penal*. Porto: Elcla, 1995.
- NEUMAN, Elías. *Victimología: el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. 2.ed. reestructurada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 21.ed., atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- OLIVEIRA, José Carlos de. *Responsabilidade patrimonial do Estado*. Danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. São Paulo: Edipro, 1995.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Problemática da vítima de crimes - reflexos no sistema jurídico português*. Lisboa: Rei dos Livros, 1994.
- PACHECO, José da Silva. Omissão - processo civil. In: *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Coordenação de J. M. de Carvalho Santos e José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35.
- PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- PINHO, Ruy Sérgio Rebello. *A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal*. São Paulo: Atlas, 1987.
- Platão - vida e obra. In: *Os pensadores - Platão*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1953. v.1.
- _____. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 87, p. 24-34, jul./set. 1988.
- _____. *Teoria do direito e do Estado*. 2.ed. São Paulo: Martins, 1960.
- REIS, Maria do Carmo Guerreri Saboya. Responsabilidade civil do Estado: culpa concorrente. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, n. 6, p. 40-41, jun. 1997.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 311, p. 3-26, jul./set. 1990.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología*. Estudio de la víctima. 2. ed. México: Porrúa, 1989.
- ROLIM, Waldir. De como ressarcir os danos causados às vítimas de infrações penais. *Justitia*. São Paulo, v. 111, p. 198-215, out./dez., 1980.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- ROMEIRO, Fernando Antônio Barbosa. Reparação do dano causado pelo crime. *Justitia*. São Paulo, v. 104, p. 187-198, 1º trim., 1979.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di diritto amministrativo*. 2.ed. Napoli: Dott Eugenio Jovene, 1954.

- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo: Martín Bianchi Altuna, 1953. v. 1.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SCHIESARI, Nelson. *Da responsabilidade civil do Estado e seus limites*. São Paulo: Faculdade de Direito, 1989. 176 p. Tese (mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1989.
- SECCO, Alexandre, LUZ, Sérgio Ruiz. Somos todos reféns. *Veja*, São Paulo, n. 5, ano 34, p. 86- 93, fev. 2001.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *La compensación en derecho penal*. Madrid: Dykinson, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SORRIA, Eustorgio. *Derecho administrativo*. 3.ed. Bogotá: Temis, 1957.
- SPONHOLZ, Oto Luiz, BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil do Estado. *Jurisprudência Brasileira*, v. 151, p. 13-22, 1989.
- STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado - movimentos multitudinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- _____. Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 55, p. 262-272, jan./mar. 1959.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Barcelona: Fundació Jaume Callís, sd.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por atos lícitos*. São Paulo: LED, 1996.
- VEDEL, Georges. *Droit administratif*. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.

_____. DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, s.d.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 96, p. 233-251, out./dez. 1987.

VIDAL NETO, Pedro. *O Estado e os direitos sociais*. São Paulo: Faculdade de Direito, 1978. Tese (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1978.

WALINE, Marcel. *Droit administratif*. 9.ed. Paris: Précis Dalloz, 1963.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6.ed. Milano: Dott A. Giuffré, 1952. v. 1 e 5.