



**UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO  
ESTADO POR ATO ILÍCITO:  
USO ABUSIVO DO PODER DE POLÍCIA**

**LUÍS CLÁUDIO DA SILVA CONCEIÇÃO**

**COIMBRA  
2013**

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**

Dissertação elaborada por Luís Cláudio da Silva Conceição com o fim de constar como avaliação final no 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Direito Administrativo, ano letivo 2011/2013, e realizada sob a inspiração e a orientação do Senhor Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade.

**COIMBRA  
2013**

**LUIS CLÁUDIO DA SILVA CONCEIÇÃO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATO  
ILÍCITO:  
USO ABUSIVO DO PODER DE POLÍCIA**

Dissertação elaborada por Luís Cláudio da Silva Conceição com o fim de constar como avaliação final no 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Direito Administrativo, ano letivo 2011/2013, e realizada sob a inspiração e a orientação do Senhor Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade.

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

**Menção ou nota:** \_\_\_\_\_

**Data:** \_\_\_\_/ \_\_\_\_/ \_\_\_\_

Em primeiro lugar à Deus, por tudo de bom que fez e faz em minha vida. Aos meus pais, pelo amor e compreensão, apesar da distância. À minha amada esposa Lanuse, pois seu amor e dedicação me faz ter força de vontade para vencer qualquer desafio.

## Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – PODER DE POLÍCIA .....	10
1. Conceito de Poder .....	10
2. Conceito de Polícia.....	12
3. Conceito de Poder de Polícia.....	16
4. Medidas de Polícia e Poder de Polícia .....	18
5. Cláusula Geral de Polícia .....	21
6. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária .....	23
7. Atributos do Poder de Polícia.....	25
8. Limites do Poder de Polícia.....	27
CAPÍTULO 2 - USO DO PODER .....	31
1. Abuso de Poder .....	31
1.1 Excesso de Poder.....	32
1.2 Desvio de Finalidade .....	33
2. Uma breve abordagem do abuso de poder na seara criminal .....	35
CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	37
1. Conceito.....	37
2. Histórico e evolução doutrinária do tema.....	39
2.1 Teoria da Irresponsabilidade .....	40
2.2 Teorias Civilistas (culpa civilística; culpa administrativa; culpa anônima).....	42
2.3 Teorias Publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço e teoria do risco (risco administrativo e risco integral).....	44
3. Espécies de Responsabilidade Civil .....	48
3.1 Contratual .....	48
3.2 Extracontratual .....	48
4. Pressupostos da Responsabilidade Civil .....	49
4.1 Ação .....	50
4.2 Fato ilícito .....	51
4.3 Culpa .....	52
4.3.1 Culpa Leve e Culpa Grave .....	53
4.4 Dano .....	54
4.5 Nexa de causalidade.....	55

5. Excludentes ou minorantes de Responsabilidade.....	57
6. Prescrição do direito à reparação patrimonial .....	61
CAPÍTULO 4 - RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO .....	62
1. Responsabilidade civil pelo uso abusivo do Poder de Polícia.....	62
2. A atividade de polícia (notadamente da polícia de segurança pública) é uma atividade que pode ser enquadrada como de risco? .....	69
3. Direito (ou obrigação) de regresso .....	72
CAPÍTULO 5 - O CARÁTER SANCIONATÓRIO OU PUNITIVO ( <i>PUNITIVE DAMAGES</i> OU <i>EXEMPLARY DAMAGES</i> ) APLICADO À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	75
1. Conceito.....	75
2. Os danos punitivos na Common Law.....	78
3. O caráter punitivo aplicado à Responsabilidade Civil no direito brasileiro .....	81
4. O caráter punitivo aplicado à Responsabilidade Civil no direito português .....	85
5. Os danos punitivos (ou <i>punitive damages</i> ) aplicados à responsabilidade civil extracontratual do Estado por abuso do poder de polícia .....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	91
BIBLIOGRAFIA .....	92
LEGISLAÇÃO CONSULTADA .....	97
PÁGINAS CONSULTADAS NA INTERNET .....	98

## INTRODUÇÃO

Desde que o homem passou a viver em sociedade ele sabe (ou deveria saber) que esse convívio exige sempre de todos a observância e o estrito cumprimento das regras e princípios sociais. Regras e princípios estes que se não forem respeitados ocasiona, quase sempre, o desequilíbrio social e gera as desavenças que levam aos conflitos. Conflitos estes que originam danos (patrimoniais e extrapatrimoniais), e que requerem uma solução, que seria, em regra, a responsabilização civil e/ou criminal daquele que lhes deu causa.

Nesse sentido, algo que sempre foi claro e amplamente aceito e exigido é o fato de que os cidadãos deveriam respeitar o direito alheio, as regras de convívio e se submeter à vontade do Estado, entendido, especialmente nos seus primórdios, como um ente superior e absoluto.

Portanto, o que no início era difícil de se aceitar e entender era que o Estado também deveria se submeter às mesmas regras e princípios, muito embora tivesse algumas prerrogativas que serviriam justamente para proteger o interesse público coletivo. Desta maneira, a não submissão do ente estatal às regras postas passou a gerar a sua responsabilização nos campos público (gerido pelas normas de direito público (administrativo)) e privado (definido pelas normas de direito civil).

Essa imputação de responsabilidade passou a originar um instituto que foi sendo desenvolvido ao longo dos últimos séculos, qual seja, o da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado<sup>1</sup>, que nasceu diante de uma irresponsabilidade estatal e viu, nos últimos tempos, surgir a edificação da teoria do risco administrativo<sup>2</sup>, que defende uma ideia de responsabilidade objetiva estatal.

Por outro lado, é sabido que a atividade policial é uma atividade típica da administração pública desenvolvida por seus órgãos e agentes, o que enquadra a matéria dentro da seara do Direito Administrativo. Nesse contexto, o tema da presente dissertação de mestrado, qual seja, “Responsabilidade<sup>3</sup> Civil Extracontratual do Estado por Ato Ilícito: uso

---

<sup>1</sup> Na lição de Gomes Canotilho, o instituto da Responsabilidade Civil do Estado, “como conquista lenta, mas decisiva do Estado de direito [...] é, ela mesma, instrumento de legalidade. E instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indemnização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito Material – a realização da justiça material”. Nesse sentido, confira: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974, p. 13.

<sup>2</sup> Além de outras teorias que serão mais bem trabalhadas ao longo da exposição.

<sup>3</sup> Trata-se aqui da responsabilidade enquanto obrigação de reparação de danos praticados a terceiros, o que será devidamente aprofundado ao longo do presente trabalho.

abusivo do poder de polícia”, além de estar dentro da linha de pesquisa proposta, ainda nos dias atuais desperta interesse e dúvidas tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

Principalmente quando ainda se discute se seria adequado adotar parâmetros<sup>4</sup> objetivos em relação ao valor da indenização ou mesmo quais seriam os critérios adotados. Entre outras questões ainda não pacificadas jurisprudencialmente.

Assim, muito embora haja um certo consenso acerca do referido instituto, e a despeito de ser uma matéria em constante evolução, muito ainda resta a ser desenvolvido e estudado.

Esse estudo, portanto, não tem sequer a pretensão de esgotar o assunto, dada sua amplitude. Dito isso, e dentro desse entendimento, o aspecto central que será estudado nesta dissertação, dessa maneira, e como dito anteriormente, trata da responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato ilícito, notadamente em face do uso abusivo do poder de polícia.

Será estudado, ainda que muito superficialmente, o poder e o poder de polícia, dentro de suas variantes. Da mesma forma, será visto o uso e o abuso do poder, dentro de suas especificidades. A seguir será tratado do tema da responsabilidade civil, especificamente nos seus aspectos conceituais, históricos e evolutivos, buscando trazer a razão e o fundamento da existência (atualmente) de uma teoria de responsabilização objetiva.

Mais a frente será estudada a responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato ilícito, e algumas de suas variantes. Igualmente, abordar-se-á o tema da função punitiva da responsabilidade civil, primordialmente dentro do direito privado, e notadamente sua aplicação no direito público, de forma destacada na responsabilidade civil do Estado. Por último será feita um fechamento conclusivo, apresentando os principais aspectos tratados no trabalho.

Buscar-se-á, desta forma, ao longo do trabalho, trazer experiências tanto da doutrina e da jurisprudência brasileiras quanto da doutrina e da jurisprudência portuguesas, o que não chega a pretender ser um estudo de direito comparado, mas um simples paralelo entre estas duas escolas.

---

<sup>4</sup> Como pode ser visto nos seguintes julgados: AgRg nos EAg 1232795/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 15/03/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 25.258/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 26/02/2013; REsp 1127913/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 30/10/2012; entre outros.



Dito isto, importa destacar que dentro das transformações que vem sofrendo o Estado nas últimas décadas, e relativo à modernização da relação entre Estado e cidadão, em uma perspectiva de um Estado Democrático de Direito<sup>5</sup>, necessário se faz também que o direito evolua.

Muito mais que isso. Concernente ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado é necessário que esse conteúdo se desenvolva na intenção de melhor se adaptar às complicadas nuances que envolvem a prestação dos serviços públicos à população, a fiscalização desses serviços e a responsabilidade do Estado no tocante ao eventual dano causado ao particular quando se extrapolam os limites impostos à atividade estatal.

Com efeito, ao Estado cabe, dentre outras, a regulação, fiscalização e repressão das atividades privadas que causem ou possam causar danos a terceiros (numa relação de horizontalidade). O que pode ser encarado como a atividade de polícia da administração pública. Todavia, essa atuação estatal encontra parâmetros e limites que não devem ser transpostos, sob pena de se invadir direitos do cidadão e violar a sua esfera de proteção legalmente estabelecida.

Dentro deste contexto, pretende-se conhecer, nesse trabalho, com fundamento na doutrina e na jurisprudência, qual é o limite (razoável) de atuação do Estado e em que momento essa atuação, consubstanciada no poder de polícia constitucionalmente definido, passa a gerar dano indenizável ao cidadão.

---

<sup>5</sup> Ou mesmo em uma perspectiva de um Estado de Direito Democrático, como definido no preâmbulo da Constituição da República Portuguesa. Nesse sentido, e como afirma José Afonso da Silva, esse novo estágio evolutivo que logrou chamar-se de Estado Democrático “visa a realizar o princípio democrático como garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Para mais, confira: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

## CAPÍTULO 1 – PODER DE POLÍCIA

### 1. Conceito de Poder

A vida em comunidade ou em sociedade<sup>6</sup> requer que todo indivíduo que dela faça parte ceda uma fração de sua liberdade, em prol do todo coletivo, para que haja uma convivência social harmônica entre os todos.

Assim, essa coexistência, fruto de um *contrato social*<sup>7</sup>, que legitima o poder do governante, requer obediência às regras anteriormente postas.

Regras que se fundamentam em um poder para ter a força cogente necessária a sua observância. Do contrário, estas regras não teriam qualquer eficácia, já que o indivíduo poderia optar entre segui-la ou mesmo descumpri-la, porquanto não haver qualquer sanção pelo seu não cumprimento.

Fundamenta também esse entendimento as palavras de Léon Duguit<sup>8</sup>, que afirma que “o elemento essencial do Estado é a força. O Estado, antes de tudo, é uma força que se impõe pelo constrangimento material. Só existe verdadeiramente Estado num certo país quando um homem ou certo grupo de homens dispõe nesse país duma força material preponderante”.

Com efeito, o Estado originalmente tem uma profunda relação com o poder e com ele, por vezes, se confunde. Nos dizeres de Norberto Bobbio<sup>9</sup>, “não há teoria política que não parta de alguma maneira, direta ou indiretamente, de uma definição de ‘poder’ e de uma análise do fenômeno do poder.”

Para o mesmo autor, quando busca uma definição mais adequada de “poder”, revela que “por ‘poder’ se deve entender uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Entendendo sociedade como algo mais amplo e abrangente que comunidade.

<sup>7</sup> O termo aqui tem a intenção de reafirmar o que sustentavam os contratualistas, ou seja, o fato das pessoas disporem de alguns direitos e liberdades com a finalidade de conquistar as vantagens da vida em sociedade. O contrato social seria, em síntese, uma reunião de vontades dos integrantes da sociedade, por meio do qual se submetem a uma autoridade e a um conjunto de normas. Para Rousseau, este Contrato Social seria “uma livre associação de seres humanos inteligentes, que deliberadamente resolvem formar um certo tipo de sociedade, à qual passam a prestar obediência mediante o respeito à vontade geral”. Para mais, veja: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social. Princípios do Direito Político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 26.

<sup>8</sup> DUGUIT, Léon. *Os elementos do Estado*. Trad. Eduardo Salgueiro, 2ª ed., Lisboa: Ed. Inquérito, s. d., p. 41.

<sup>9</sup> Assim, BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da Política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 14ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2007, pp. 76 e 77.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 78.

Daí verifica-se que o poder, como um dos elementos<sup>11</sup> essenciais do Estado<sup>12</sup>, será dotado de uma força coercitiva necessária para a manutenção da ordem política e social.

Todavia, esse poder (que aqui não se busca ou se pretende esgotar seu conteúdo ou significado, mas apenas invocar uma simples parcela de sua dimensão conceitual), não deverá ser utilizado como instrumento de opressão, como verificado em lugares e épocas não tão distantes, muito embora ainda ocorra em Estados com estruturas típicas de um Estado Gendarme, nada obstante, muitas das vezes, mostrar-se como um Estado Democrático de Direito.

Importa frisar que a maior característica da transposição do *ancien régime* para o Estado Moderno foi justamente a limitação do poder do soberano. Antes o soberano era o Rei, o governante, que detinha todo o poder do Estado, confundindo-se muitas vezes com este. Agora o soberano é o povo<sup>13</sup>. Não mais se fala em poder oriundo de uma divindade. O poder emana da soberania popular e é legitimado por ela, como poderia afirmar Rousseau. É o povo quem, ao menos nas sociedades democráticas, detêm o poder de dirigir os rumos da nação.

Por sua vez, o Estado para ser forte e fazer prevalecer a ordem social - corroborando com a visão weberiana – é, e precisa ser possuidor do monopólio da força. Assim, o uso da força se legitima na medida em que um dado comportamento ameaça a integridade da sociedade. A força ou o poder não podem pertencer a um ou outro indivíduo, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade. Cabe unicamente ao Estado a prerrogativa de exercer o poder, mesmo com o uso da violência (legítima).

Nesse sentido, o Estado, detentor e executor da força, utiliza dos instrumentos disponíveis para manter os níveis normais tranquilidade social, reprimindo os comportamentos indesejáveis. Um dos instrumentos de que fará uso é justamente do seu aparato policial (ao nível interno, e no que tange à segurança pública), que detém o chamado poder de polícia (*law enforcement*).

---

<sup>11</sup> Hans Kelsen classifica o poder do Estado como seu terceiro elemento, além do território e do povo. Senão veja-se: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.364.

<sup>12</sup> André Hauriou, na obra traduzida para o Espanhol, afirma, na própria definição de Estado, que o poder de coerção da autoridade (podendo-se entender como o governante do Estado) é um dos principais ingredientes que estabelece e mantém o Estado. Senão, veja-se, no original: “Agrupación humana, fijada en un territorio determinado y en la que existe un orden social, político y jurídico orientado hacia el bien común, establecido y mantenido por una autoridad dotada de poderes de coerción.” Nesse sentido: HAURIU, Andre, et al. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. 2ª Edición. Barcelona: Ariel, 1980, pág. 118.

<sup>13</sup> Passagem que inspira as Constituições modernas, como a do Brasil, que afirma, no parágrafo único do art. 1º, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente...”, e como a Constituição da República Portuguesa que define, entre outras passagens, em seu art. 2º, que “Portugal é uma República soberana, baseada (...) na vontade popular...”

## 2. Conceito de Polícia

Com efeito no conceito de poder, e buscando agora a formação de um conceito de polícia, sem se aprofundar numa diferenciação entre os aspectos materiais, orgânicos, funcionais ou institucionais do termo, verifica-se que, por meio das regras e das normas jurídicas estabelecidas, o cidadão submete-se ao poder estatal, que será oponível a todo aquele que tenha qualquer espécie de relação com o Estado. Do contrário, terá contra si a ação estatal coercitiva expressada por intermédio das ações típicas da atividade de polícia.

Esse era o sentido, na sua expressão mais repressora, que tinha o termo *polícia* por ocasião dos regimes absolutistas. Naquela época o monarca limitava e restringia a liberdade, a propriedade, e por vezes a vida, dos súditos, com fundamento em um *direito de polícia*<sup>14</sup>, para fazer cumprir as leis então existentes.

Todavia, nos dias atuais, não se pode mais imprimir um sentido de autoritarismo, arbitrariedade ou de abuso ao conceito de polícia.

Importa destacar que as funções ligadas ao aparato policial e às próprias instituições policiais nem sempre estiveram presente entre nós. O nascimento das funções típicas das polícias tem íntima ligação com o recrudescimento da divisão social do trabalho. Por outro lado, o aparecimento das instituições públicas designadas para levar a efeito as funções policiais, tem relação com os processos de centralização política e administrativa que se verificou em vários países, notadamente após o séc. XVIII e principalmente com a formação dos Estados de Direito. Ocorria, assim, o surgimento e formação das polícias modernas, que buscavam, agora, assegurar a ordem pública através das normas legalmente impostas.

Assim, relevante destacar que, fora de um Estado de Polícia<sup>15</sup> (ou ainda Estado Policial ou Estado Gendarme) e dentro de um contexto de um Estado Democrático de Direito,

---

<sup>14</sup> Em sua obra histórica, publicada em 1805, Francisco Coelho de Souza e Sampaio já afirmava que “Por direito de polícia entendemos a autoridade, que os príncipes tem para estabelecerem e proverem os meios, e subsídios, que facilitem, e promovão a observância das suas leis.” (*sic*). Nesse sentido, veja: SAMPAIO, Francisco Coelho de Sousa e. *Prelecções de direito patrio publico e particular, offerecidas ao serenissimo Senhor D. João Principe do Brasil*. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1805, pp. 138 e 139. Obra disponível também em [http://purl.pt/6480/4/sc-178-v\\_PDF/sc-178-v\\_PDF\\_01-B-R0150/sc-178-v\\_0000\\_capa-cap\\_a\\_t01-B-R0150.pdf](http://purl.pt/6480/4/sc-178-v_PDF/sc-178-v_PDF_01-B-R0150/sc-178-v_0000_capa-cap_a_t01-B-R0150.pdf). Acesso em 09/10/2012.

<sup>15</sup> Nesse sentido, o Estado de Polícia (*polizeistaat*) seria aquele onde ocorria um rígido controle da população e de todas as instituições do Estado. É onde se praticava a máxima concentração do poder na figura do monarca. Ele coincide com a época do absolutismo monárquico, onde o regente detinha a tarefa de controlar os destinos da nação. Com premissas semelhantes, veja: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 11º reimp., Coimbra: Almedina, 2011, p. 91. E ainda no mesmo tema, segundo Agustín Gordillo, “En él, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir

onde a finalidade própria do Estado é (ou deveria ser) o bem comum, esse mesmo Estado, enquanto Administração Pública, não poderá fazer uso do seu (legítimo) poder de polícia para oprimir ou ameaçar qualquer do povo, mas o fará para garantir aos seus cidadãos segurança individual e coletiva, ordem pública, saúde e paz social.

Mas qual o significado desse termo *polícia*? Até mesmo Marcello Caetano<sup>16</sup>, Miguel Nogueira de Brito<sup>17</sup>, Agustín Gordillo<sup>18</sup>, entre outros, admitem a dificuldade de se definir tal conceito. Tentar-se-á, então, buscar uma definição mais próxima do ideal, mesmo diante de sua *polissemia*<sup>19</sup>.

Assim, a expressão *polícia* traz hoje (e deve trazer) uma ideia de segurança<sup>20</sup>. Mas nem sempre teve esse significado. Essa palavra, que segundo um resgate histórico, deriva do grego polis (para alguns do grego *politeia*<sup>21</sup>) e demonstrava a concepção de ordenamento político do Estado. Ela abarcava toda a atividade administrativa do Estado, com exceção da atividade jurisdicional. Mas esse sentido, ao longo dos séculos, teve uma considerável limitação, sobretudo com o nascimento do Estado liberal.

Dessa maneira, com seu desenvolvimento, esse termo passou a representar a atuação da administração pública que procura assegurar a ordem pública, a coexistência pacífica e harmoniosa dos cidadãos e a paz interna.

y los médios que podía emplear, mal podía desarrollarse un análisis metodológico de ese poder”. Cf.: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, tomo 1, p. II.1.

<sup>16</sup> Marcello Caetano, para retratar a dificuldade na definição do termo *polícia*, relata as confusões frequentes entre o instituto jurídico da Polícia e o sentido vulgar dado ao termo. Ademais, indica a imprecisão dada pelos franceses ao tema e a divisão dos autores na Itália e na Alemanha. Nesse sentido, confira: CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 10ª Ed., 9ª Reimpressão, vol. II, 2008, p.1149.

<sup>17</sup> Já Miguel Nogueira de Brito, citando Lorenz Von Stein, assevera que “sem a mais completa clareza sobre a polícia nenhum direito público, ou pelo menos nenhum direito administrativo, pode ser encarado como algo harmónico e coerente”. Mais à frente o autor expõe “a pluralidade de sentidos do conceito de polícia” para expressar a dificuldade de se delimitar sua definição. Nesse aspecto, confira: BRITO, Miguel Nogueira de. *Direito de Polícia*. In *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume I*. Coordenadores: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009, p. 281.

<sup>18</sup> Agustín Gordillo, na tarefa de definir seu conceito, afirma que “dentro de la configuración existen numerosas concepciones divergentes, habiéndose planteado su crisis y existencia como figura autónoma”. Para mais, confira: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Op. cit.* p. V-6.

<sup>19</sup> Nesse sentido, confira: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *A Questão das Polícias Municipais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 27.

<sup>20</sup> Uma segurança que se assenta essencialmente em um tripé: segurança pública; paz pública (incluindo aqui os bons costumes) e segurança alimentar.

<sup>21</sup> Segundo Tourinho Filho, o termo Polícia deriva da palavra grega *politéia* e significava, em princípio, “o ordenamento jurídico do Estado, Governo da Cidade e, até mesmo, a arte de governar”. Assim, confira: FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 31.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 195-196. No mesmo sentido Catarina Sarmiento e Castro afirma que *polícia*, além de derivar do grego *politeia*, tem sua origem etimológica também no latim *politia*, que tem em *polis* a sua raiz comum. Para mais, confira: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Op. cit.* p. 21.

O Código Francês dos delitos e das penas de 3 do Brumário do ano IV (25 de outubro de 1795) já definia polícia quando asseverava que “La police est instituée pour maintenir l’ordre public, la liberté, la propriété, la sûreté individuelle”<sup>22</sup>

O Estado moderno, assim, inaugura essa nova caracterização para a Polícia, que passou a buscar, enquanto atividade estatal, a promoção do bem-estar da sociedade. Muito embora, ainda hoje, não o tenha feito satisfatoriamente e de forma ampla em alguns países, principalmente os de democracia tardia.

Já uma versão moderna do termo polícia deriva do modelo francês *police*, com esse significado mais próximo do direito administrativo.

Desta maneira, *Polícia*, com o desenvolvimento verificado nas estruturas do Estado, passou a significar, num plano genérico, a atividade estatal, enquanto administração pública, tendente a preservar a segurança (física, social, patrimonial, etc) da população, mantendo ainda assim sua definição.

Para Catarina Sarmiento e Castro<sup>23</sup>, a concepção de polícia, no século XIX, sofreu uma limitação material, ou seja, ela se restringiu “à defesa perante os perigos ou de manutenção da ordem, tranquilidade e salubridade”.

Em regra, nos países de tradição jurídica romano-germânica, ligada igualmente a um Direito Administrativo, cujas raízes estão fincadas em solo francês, a atividade de polícia é vista como uma atividade eminentemente administrativa, derivada de uma administração central. Já nos países cuja escola jurídica tem origens no sistema anglo-saxão (*common-law*), a atividade de polícia representa um conjunto disperso de instituições responsáveis pela preservação da segurança pública, capitaneados por representantes autônomos, a exemplo dos Estados Unidos e da Inglaterra, muito embora também possam estar ligados a uma administração central.

Pode-se dizer então que a atividade de polícia é uma maneira de agir da autoridade pública (autoridade administrativa). Esse modo de atuação revela a prática de um poder que regula o comportamento social, assegurado por uma repressão prévia. Ou seja, a conduta

---

<sup>22</sup> Em uma tradução livre, poder-se-ia dizer que “A polícia é instituída para manter a ordem pública, a liberdade, a propriedade, a segurança individual”. Assim, confira: Article 16 du Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4 (25 octobre 1795). Disponível em <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_delits\\_et\\_peines\\_1795/code\\_delits\\_et\\_peines\\_1795\\_1.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795/code_delits_et_peines_1795_1.htm)>. Acesso em 20/11/2013.

<sup>23</sup> Cf.: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Op. cit.* p. 26.

individual<sup>24</sup> será balizada pela coação, pelo receio de ter contra si a atuação da administração pública que aplicará os rigores da lei em caso de violação de suas normas.

Tratando do significado, percebe-se que na doutrina portuguesa Marcello Caetano define polícia como sendo “o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesse gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir”<sup>25</sup>

Sérvulo Correia<sup>26</sup> esclarece que polícia, em uma definição funcional, seria “a actividade da Administração Pública que consiste na emissão de regulamentos e na prática de actos administrativos e materiais que controlam condutas perigosas dos particulares com o fim de evitar que estas venham ou continuem a lesar bens sociais cuja defesa preventiva através de actos de autoridade seja consentida pela Ordem Jurídica”.

Com efeito nestes argumentos, o termo *polícia*, a despeito de expressar um modo de agir do Estado, limita-se ao modo de atuação de um segmento do Estado, o da atividade administrativa, já que a atividade jurisdicional, regulada pelas normas legais processuais não pode ser enquadrada como uma atividade típica de polícia, ainda que tenham característica mandamental, coercitiva e obrigacional.

Noutro aspecto, a atividade de polícia, ocupa-se com o comportamento individual, ainda que coletivamente considerado, buscando preservar a integridade física e patrimonial das pessoas físicas e jurídicas. Seu objetivo primordial é o de prevenir ações que possam ocasionar consequências danosas a todo e qualquer cidadão<sup>27</sup>.

Ademais, não são todos os comportamentos que irão interessar a atuação da atividade policial. Somente aqueles que tenham o potencial de gerar alguma consequência negativa (dano) na sociedade, ainda que atinja uma única pessoa, será do interesse de tal atividade. E é justamente na prevenção e na repressão que podem ser encontrados dois dos segmentos mais

---

<sup>24</sup> Marcello Caetano revela que a atividade de polícia seria “uma intervenção no exercício de actividades individuais”. Nesse sentido, confira: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1151.

<sup>25</sup> Cf.: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1150.

<sup>26</sup> Nesse sentido, confira: CORREIA, José Manuel Ribeiro Sérvulo. Polícia, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VI, Lisboa, 1994, págs. 393 e ss [p.394].

<sup>27</sup> Miguel Nogueira de Brito esclarece que na França “a noção central sobre a qual se estrutura o direito de polícia é a ordem pública” o que legitima a possibilidade das autoridades restringirem as liberdades públicas e os direitos fundamentais com base em atos individuais. Já na Alemanha, como exemplo, “o conceito básico de polícia é o de perigo”. Ou seja, o Estado adota as ações de controle ou de reação em face de um perigo existente. Assim, confira: BRITO, Miguel Nogueira de. Op. cit. pp. 283 e 284.

visíveis da atividade policial do Estado: a polícia administrativa (em regra, preventiva) e a polícia judiciária (em regra, repressiva), o que será melhor trabalhado mais à frente.

Importa frisar que toda essa atividade é balizada pela lei<sup>28</sup>. Não há e não pode haver atuação da atividade policial sem o respectivo comando legal. Todavia, como não é possível ao legislador prever todos os possíveis comportamentos causadores de danos, surge para o Estado, na figura dos agentes responsáveis pela aplicação da ação policial, a forma discricionária de atuação, entretanto, sempre dentro dos limites legalmente estabelecidos.

### 3. Conceito de Poder de Polícia

Definido o que seria Poder e delimitado um campo de definição para o termo Polícia, busca-se agora delimitar uma acepção para a expressão “Poder de Polícia”, muito embora os conceitos de Polícia e Poder de Polícia possam ser vistos como muito próximo, e até iguais em certas situações.

Dessa forma, percebe-se que a doutrina europeia e norte-americana divergem fundamentalmente no sentido dado a expressão “poder de policia”. Consoante a corrente majoritária europeia o termo traz uma ideia de limitação de direitos individuais que surge por meio de atos da administração pública, o que exige uma norma anterior (tipicidade e anterioridade legal). Para os norte-americanos o *police power* tem uma ligação com o desempenho da função de legislar.

Nesse contexto, e consoante Caio Tácito<sup>29</sup>, a expressão “Police Power”, com esta acepção do Estado de Direito, teria sido utilizada pela primeira vez no caso da Suprema Corte norte-americana, *Brown x Maryland*<sup>30</sup>, de 1827. Ela se referia ao poder dos Estados-membros de editar leis limitadores de direitos, em benefício do interesse público.

Seguindo essa inteligência, convém invocar uma definição legal para o tema. Neste aspecto, a legislação brasileira logrou dar uma definição oficial para a expressão no seu Código Tributário Nacional. Assim, consoante descrito no artigo 78 da Lei nº 5.172 de 25 de

<sup>28</sup> Para Marcello Caetano a lei “é o elemento jurídico fundamental do instituto da polícia.”. Assim, confira: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1153.

<sup>29</sup> Cf.: TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus limites. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol.27, p.1-10, jan./mar. de 1952.

<sup>30</sup> Esse julgamento fazia referência ao poder dos Estados-membros norte americanos de criar leis que limitassem direitos individuais em favor da coletividade. Confira: *Brown versus Maryland* - EUA 25 419 (1827). Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/419/case.html>, acesso em 26-09-2013.



outubro de 1966<sup>31</sup> (código tributário nacional), poder de polícia seria a “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>32</sup>, no mesmo sentido, porém de uma forma mais sintética, traz que o poder de polícia seria a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Desta maneira, entende-se por poder de polícia esse poder-dever, essa faculdade de agir por parte do Estado que procura limitar direitos e liberdades individuais em prol de um bem público<sup>33</sup>, coletivamente considerado, visando uma segurança social.

O motivo da existência do poder de polícia seria o interesse público, e o seu alicerce revela-se no mandamento normativo e constitucional e na primazia que o Estado representa dentro do seu território, buscando salvaguardar as pessoas, os bens e tudo aquilo que interessa ao direito e à própria sociedade.

Dentro desta finalidade, o Estado se legitima como único detentor do poder de mando, coerção e força física. Ele detém a exclusividade do uso da violência. Max Weber<sup>34</sup> já afirmava que o “Estado é uma comunidade humana que (com sucesso) reivindica o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território”. Força física esta que deve ser exercida dentro dos limites legais para evitar comportamentos que

---

<sup>31</sup> A referida lei dispõe sobre o sistema tributário brasileiro e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

<sup>32</sup> Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 118.

<sup>33</sup> Nesse sentido, Darcy Azambuja afirma que o bem público “não é a simples soma do bem de todos os que formam a sociedade estatal, pois, no bem público não entram os interesses ilegítimos dos indivíduos, que neles veem no entanto seu bem particular e não entram também certos interesses lícitos, ou porque não está no poder do Estado realizá-los ou porque, em certas circunstâncias, o bem particular de alguns tem de ser sacrificado ao bem mais importante de todos os outros”. Cf.: AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44ed. Porto Alegre: Globo, 2003, p.124.

<sup>34</sup> Essa foi uma assertiva de Max Weber proferida em uma palestra, intitulada “A Política como vocação” (*Politik als Beruf*), na Universidade de Munique em 1918. A palestra foi também traduzida para o inglês, dentre outros, por Rodney Livingstone e publicada no livro *The Vocation Lectures: 'Science as a Vocation'; 'Politics as a Vocation'*. O trecho em inglês está assim descrito: “Nowadays, in contrast, we must say that the state is the form of human community that (successfully) lays claim to the monopoly of legitimate physical violence within a particular territory”. Nesse sentido, confira: WEBER, Max. *Politics as a Vocation in The Vocation Lectures: 'Science as a Vocation'; 'Politics as a Vocation'*. Edited and with an introduction by David Owen and Tracy B. Strong. Translation by Rodney Livingstone. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2004, p. 33.

comprometam a segurança e a saúde da comunidade e a harmonia social, além dos valores materiais e imateriais da sociedade.

Imperioso destacar que a definição atual deve se afastar de uma concepção puramente negativa, que apenas visa restringir o direito individual (ainda que em benefício da coletividade). O uso do poder de polícia não se limita ao exercício da segurança pública, mas abarca igualmente a defesa da moral e dos bons costumes; a segurança dos transportes e das vias públicas; o cuidado com a saúde individual e coletiva (vigilância sanitária); a verificação e controle das publicações por meio de sons e imagens; a defesa do meio-ambiente; o regramento das edificações; a segurança interna, entre outros, e visa, em um primeiro momento, *a prevenção dos danos sociais*<sup>35</sup> e, em um segundo momento, a proteção, traduzida “em prestações positivas, que pretendem satisfazer verdadeiros direitos a prestações, ajudando a transformar o indivíduo no “consumidor final” da Administração”<sup>36</sup>.

Em suma, o exercício do poder de polícia deve ser visto como um agir positivo da administração pública na garantia dos interesses individuais coletivamente considerados, e não mais puramente como uma atividade limitadora de direitos e garantias individuais. Existe, sobretudo um poder-dever de atuação, que se traduz pelo emprego das ações de polícia dentro dos limites legais com o especial fim da satisfação do bem coletivo.

#### **4. Medidas de Polícia e Poder de Polícia**

Para que se evite qualquer confusão, importa, nesse momento, fazer uma pequena diferenciação entre medidas de polícia<sup>37</sup> e poder de polícia.

Assim, *ab initio*, o art. 272º, nº 2, da Constituição Portuguesa<sup>38</sup> descreve que “as medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”.

Já o Decreto-Lei n.º 78 de 17 de fevereiro de 1987<sup>39</sup> (Código de Processo Penal Português) trata nos arts. 248 e seguintes das medidas cautelares e de polícia (medidas essas

<sup>35</sup> Nesse sentido: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1155.

<sup>36</sup> Cf.: CASTRO, Catarina Sarmiento e. Op. cit. p. 47.

<sup>37</sup> Confusão essa também presente na doutrina, uma vez que o próprio Marcello Caetano expressou, em relação à definição de medidas de polícia, que “da lei não ressalta com a evidência desejada o seu conceito e regime jurídico.”. Nesse sentido, confira: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1169.

<sup>38</sup> Cf.: Constituição da República Portuguesa.

voltadas para a polícia criminal ou polícia judiciária), citando-as, como: comunicação da notícia do crime; providências cautelares quanto aos meios de prova; identificação de suspeito e pedido de informações; revistas e buscas; apreensão de correspondência e relatório.

Por outro lado, ainda em Portugal, o Decreto-Lei n.º 37.447 de 13 de junho de 1949<sup>40</sup> trouxe, dentre outros, o que já denominava de medidas de polícia. No referido texto legal, estão descritas quais são as medidas de polícia que as autoridades de segurança pública podem aplicar. Os arts. 16 a 19 do Decreto-Lei definem essas medidas, como: encerramento de casas onde se exerça a prostituição ou de locais onde se pratiquem ilegalmente jogos de fortuna ou azar; apreensão de armas de explosivos e de publicações, imagens ou impressos pornográficos, subversivos ou clandestinos; repatriação de pessoas e vigilância especial<sup>41</sup>.

Invocando exemplos mais recentes, relevante seria ainda citar a Lei n.º 53 de 29 de agosto de 2008<sup>42</sup>, a Lei n.º 63 de 06 de novembro de 2007<sup>43</sup> e a Lei n.º 5 de 27 de janeiro de 1999<sup>44</sup>, que fazem referência (essas últimas) às medidas de polícia adotadas, respectivamente, pela Guarda Nacional Republicana e pela Polícia de Segurança Pública em Portugal.

Dessa forma, como definição, tem-se que medidas de polícia são “actos em que se concretiza a intervenção policial para a realização das suas funções”<sup>45</sup>

Para Marcello Caetano<sup>46</sup>, de uma maneira mais esmiuçada, medidas de polícia (ou medidas de segurança administrativa) podem ser entendidas como sendo “as providências limitativas da liberdade de certa pessoa ou do direito de propriedade de determinada entidade, aplicadas pelas autoridades administrativas independentemente da verificação e julgamento de transgressão ou contravenção ou da produção de outro acto concretamente delituoso, com o

---

<sup>39</sup> Cf.: Portugal, Decreto-Lei n.º 78 de 17 de fevereiro de 1987, (que aprovou o atual Código de Processo Penal). Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/1987/02/04000/06170699.pdf>>. Acesso em 07/10/2012.

<sup>40</sup> Cf.: Portugal, Decreto-Lei n.º 37.447 de 13 de junho de 1949 (que aprovou medidas de segurança para fazer frente às atividades contrárias à segurança do Estado). Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/1949/06/12600/04130415.pdf>>. Acesso em 07/10/2012.

<sup>41</sup> Relevante citar que a citada norma legal traz um rol taxativo das medidas de polícia, o que não se coaduna com a discricionariedade atribuída ao trabalho policial e nem igualmente com variedade de situações que os agentes se deparam no seu labor cotidiano.

<sup>42</sup> Norma que disciplina a Lei de Segurança Interna de Portugal e trata, nos arts. 28ª e ss., das medidas de polícia. Assim, confira: Portugal, Lei n.º 53 de 29 de agosto de 2008. Disponível em <<http://www.sied.pt/pdf/LeiSegurancaInterna2008.pdf>>. Acesso em 08/10/2012.

<sup>43</sup> Cf.: Portugal, Lei n.º 63 de 06 de novembro de 2007 (que aprova a orgânica da Guarda Nacional Republicana). Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/2007/11/21300/0804308051.pdf>>. Acesso em 08/10/2012.

<sup>44</sup> Cf.: Portugal, Lei n.º 05 de 27 de janeiro de 1999 (que aprova a Lei de Organização e Funcionamento da Polícia de Segurança Pública). Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/1999/01/022A00/04430465.pdf>>. Acesso em 08/10/2012.

<sup>45</sup> Nesse sentido, confira: SILVA, Germano Marques da. *Ética policial e sociedade democrática*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p. 62.

<sup>46</sup> Com efeito, confira: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1170.

fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições da polícia”.

Ainda para o mesmo autor, a medida de polícia “é um acto puramente preventivo que não carece da verificação da transgressão, contravenção ou crime para poder ser aplicada”.<sup>47</sup>

Percebe-se, portanto, que as medidas de polícia são atribuições legalmente conferidas às autoridades policiais para fazer frente às situações que podem gerar, pelo seu elevado grau de probabilidade, alguma perturbação social.

Muito embora seja essa também uma das funções do poder de polícia, isso difere em certa medida um do outro. O poder de polícia, como já dito acima, seria a atividade, a faculdade de que dispõe a administração pública, e por extensão seus agentes, de limitar direitos e liberdades individuais quando estas atinjam ou ameacem patrimônio, direito, garantia ou liberdade de outrem. Normalmente o poder de polícia é exercido quando há a ocorrência de crime ou contravenção, a despeito de poder ser invocado, em certas situações, quando da possível ou iminente prática de tais delitos.

As medidas de polícia são as exaustivamente descritas nas normas legais, não havendo espaço para uma interpretação extensiva, sob pena de violar as garantias e os direitos fundamentais do cidadão (princípio da tipicidade<sup>48</sup>). O poder de polícia tem como um dos fundamentos a discricionariedade, já que seria impossível ao legislador prever todos os casos em que o Estado deveria atuar.

O poder de polícia é mais abrangente e geral. As medidas de polícia são mais específicas e voltadas para situações descritas nos diplomas legais. O poder de polícia deve ser visto como gênero. As medidas de polícia como espécie.

Convém ressaltar que não há, na legislação brasileira, qualquer referência ao termo “medidas de polícia”, como na legislação portuguesa (acima exemplificado). Da mesma forma a doutrina e a legislação portuguesas fazem pouca, ou nenhuma, referência ao termo “poder de polícia”. Nas normas brasileiras faz-se alusão a competência, atribuições, deveres policiais, entre outros. Elencando, dentro dos respectivos diplomas normativos, as ações que podem ou devem ser adotadas pelo Estado, ou por seus agentes, no uso do poder de polícia.

---

<sup>47</sup> Cf.: *Ibidem*.

<sup>48</sup> Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o princípio da tipicidade legal significa que os actos de polícia, além de terem um fundamento necessário na lei, devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei”. Nesse sentido, confira: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 860.

## 5. Cláusula Geral de Polícia

Dentro do esforço para definir o poder de polícia e todos os institutos que o cercam, relevante seria abordar, igualmente, e ainda que superficialmente, o alicerce jurídico que aponta sua finalidade e seu objetivo. Dessa maneira, o desempenho do Estado e seus agentes na prossecução e desenvolvimento das atividades de polícia é fundamentado no que a doutrina costuma chamar de cláusula geral de polícia<sup>49</sup>.

Para uma melhor compreensão, importa esclarecer que cláusulas gerais podem ser entendidas como normas abertas, que não contem diretrizes determinadas e não declaram expressamente uma consequência jurídica<sup>50</sup>.

Nesse sentido, a razão do emprego das cláusulas gerais para o conteúdo das ações de polícia se prende na necessidade de conformação das variadas situações que eventualmente podem existir em face complexidade da atividade policial. Ou seja, permite a atuação do poder de polícia mesmo naquelas hipóteses não previstas pelo legislador constitucional ou ordinário, o que adapta de maneira satisfatória o emprego das ações de polícia ao caso concreto.

Por outro lado, permite que a regra se protraia no tempo, adaptando-se à evolução das situações que envolvem a matéria.

As cláusulas gerais, portanto, estariam inseridas no mandamento constitucional ou legal que autoriza ou determina o desenvolvimento de ações com um especial fim.

Essas ações, no presente caso, são as ações de polícia, e o fim, de maneira geral, pode ser definido como a ordem e segurança públicas.

No Brasil, as ações de polícia, que circunscrevem as questões de segurança pública, tem um especial fim. O art. 144 da Constituição assim descreve:

---

<sup>49</sup> Consoante Catarina Sarmiento e Castro, “em muitos dos países, o poder de actuação da polícia resulta de uma cláusula geral, esteja ela legalmente prevista, como nalguns “Länder” alemães, em França ou na Bélgica, ou resulte de uma previsão constitucional, como na Áustria, Espanha ou Portugal”. Acrescente-se aí o Brasil. Nesse sentido, veja-se: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Op. cit.* p. 75.

<sup>50</sup> Vieira de Andrade, referindo-se à Constituição portuguesa, afirma que ela “preocupa-se especialmente com os poderes implícitos da Administração, ao abrigo da cláusula geral de polícia”. Essa cláusula geral prescreve o princípio da tipicidade legal, da proporcionalidade e delimita o exercício da atividade de prevenção criminal ao respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Assim, confira: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2012, p. 225.

“A segurança pública [...] é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

Em Portugal<sup>51</sup>, a norma constitucional também faz uso das cláusulas gerais para delimitar as ações de polícia. O nº 1 do art. 272º faz a seguinte previsão:

“A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”

Contrariamente ao que ocorre no Brasil, todavia, essa previsão constitucional não afasta a necessidade de uma norma legal infraconstitucional para fundamentar as ações de polícia em Portugal<sup>52</sup>. Isso se depreende pela leitura do nº 2 do art. 272, que prevê a taxatividade das medidas de polícia. No Brasil, a Constituição delimita as competências gerais dos órgãos com poder de polícia e exige que uma lei posterior discipline sua organização e funcionamento, sem prever a taxatividade de suas ações.

Já a Constituição Espanhola, por exemplo, no nº 1 do art. 104 define as missões da atividade policial, mas remete ao legislador ordinário (no nº 2 do mesmo artigo) a tarefa de disciplinar as funções, os princípios básicos de atuação e os estatutos dos órgãos envolvidos. Senão, vejamos:

“Art. 104.1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendran como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad”.<sup>53</sup>

Com efeito, em alguns ordenamentos jurídicos a cláusula geral de polícia prevista na Constituição é o bastante para embasar a atuação dos órgãos responsáveis pelas ações de polícia, como é o caso da Alemanha<sup>54</sup>, Brasil e outros (muito embora possa ou deva haver normas infralegais para complementar ou disciplinar melhor a matéria). Para outros países, a despeito da existência de uma cláusula geral, é permitida a subsistência e a previsão de

<sup>51</sup> Para Catarina Sarmiento e Castro, Portugal teria sido o primeiro dos países europeus a identificar na constituição as funções policiais por meio de cláusula geral. Assim, confira: *Ibidem*, p. 335.

<sup>52</sup> Esse também é o entendimento de Vieira de Andrade quando afirma que “A Constituição portuguesa [...] sujeita as medidas policiais a uma tipicidade legal”. Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op cit.* p. 225.

<sup>53</sup> ESPANHA, Constitución Española de 1978.

<sup>54</sup> Assim: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Op. cit.* p. 80.

diferentes objetos jurídicos a serem tutelados pelos órgãos de polícia, mesmo que não estejam contidos na cláusula geral. Esse é o caso da Espanha, Itália e França<sup>55</sup>. Em outros ordenamentos o legislador constitucional exige uma complementação legal, infraconstitucional, para que a atuação dos órgãos de polícia atenda necessariamente à exigência da tipicidade legal ou taxatividade, como é o caso de Portugal.

## 6. Polícia Administrativa e Polícia Judiciária

Quando se pensa em polícia a imagem que se reflete é a das instituições policiais responsáveis pelo policiamento preventivo ou mesmo investigativo. Entretanto, como já sabido, o instituto *polícia* e o próprio poder de polícia vão muito além das instituições imaginadas.

Assim, muito embora o poder seja uno e indivisível, ele divide-se para uma melhor funcionalidade e operacionalidade das finalidades da administração pública e do próprio Estado. Nesse fim, o poder de polícia divide-se basicamente, consoante doutrina majoritária, em duas espécies ou modalidades, quais sejam: polícia administrativa e polícia judiciária. Essa divisão refere-se primordialmente a um critério finalístico e temporal das atribuições do Estado no exercício das ações de polícia, como será visto a seguir.

Nesse contexto, o Código Francês dos delitos e das penas de 3 do Brumário (*Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4 (25 octobre 1795)*), nos arts. 16 a 20, trazia a definição e as modalidades de polícia. Segundo consta no referido código, a polícia administrativa<sup>56</sup> tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em toda a parte e em todos os setores da administração geral. O seu fim é, principalmente, o de prevenir os delitos [...]. Por outro lado, a polícia judiciária<sup>57</sup> investiga os delitos que a polícia administrativa não impediu se cometessem, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados por lei de os punir.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 81

<sup>56</sup> No original: “La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale. Elle tend principalement à prévenir les délits”. Nesse sentido, confira: *Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4 (25 octobre 1795)*. Disponível também em <[http://ledroitcriminel.free.fr/la\\_legislation\\_criminelle/anciens\\_textes/code\\_delits\\_et\\_peines\\_1795/code\\_delits\\_et\\_peines\\_1795\\_1.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_delits_et_peines_1795/code_delits_et_peines_1795_1.htm)>. Acesso em 01/10/2012.

<sup>57</sup> No original: “La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir”. Cf.: *Ibidem*.

Jean Waline<sup>58</sup> descreve que polícia administrativa é toda intervenção da administração tendente a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida para a vida em sociedade, dentro do quadro traçado pelo constituinte e pelo legislador.

Com uma visão um pouco diferente, Marçal Justen Filho<sup>59</sup> explica que: “o poder de polícia administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo princípios da legalidade e da proporcionalidade”.

Numa definição pacífica, pode-se definir, então, a polícia administrativa como aquela que atua sobre os direitos, patrimônios ou atividades individuais e coletivas. Ela visa normalmente os comportamentos dos particulares<sup>60</sup>. Como exemplo dessas atuações tem-se: segurança pública; fiscalização de trânsito; fiscalização tributária; policiamento preventivo; vigilância sanitária; controle de atividades prejudiciais ao meio-ambiente; entre outras. Não se restringindo, como já visto, à polícia ostensiva de segurança pública.

Marcello Caetano traz ainda uma subdivisão sistemática para a polícia administrativa. Segundo ele, a polícia administrativa desdobra-se em polícia geral e polícias especiais. A polícia administrativa geral seria “a actividade policial que visa a observância e a defesa da ordem jurídica globalmente considerada”<sup>61</sup>. O que compreenderia a polícia de segurança e a polícia dos costumes. Já as polícias administrativas especiais são as “actividades policiais que tem por objeto a observância e a defesa de determinados sectores da ordem jurídica, como sejam a saúde pública (*polícia sanitária*), a economia nacional (*polícia económica*), os transportes públicos (*polícia dos transportes*), o uso dos meios de comunicação (*polícia de viação*), a prestação do trabalho (*polícia do trabalho*), etc”.

Em outro aspecto, a polícia judiciária, que seria auxiliar da administração da justiça, teria incidência sobre as pessoas, enquanto vítimas e autoras de delitos. Neste prisma, o poder

---

<sup>58</sup> No original: “On entend par police administrative l'ensemble des interventions de l'administration qui tendent à imposer à la libre action des particuliers la discipline exigée par la vie en société, dans le cadre tracé par le constituant et le législateur”. Nesse sentido, veja: WALINE, Jean. *Droit administratif*. 23<sup>a</sup> édition. Paris: Dalloz, 2010, p. 332.

<sup>59</sup> Cf.: FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 6<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 569.

<sup>60</sup> Cf.: WALINE, Jean. *Op. cit.* p. 333.

<sup>61</sup> Nesse sentido, CAETANO, Marcello. *Op. cit.* p.1154. E, em igual sentido, LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 56.



de polícia judiciária é exercido pelos órgãos auxiliares da Justiça, como o Ministério Público e pelo órgão policial com atribuições de investigação criminal<sup>62</sup>.

Assim concorda Diógenes Gasparini<sup>63</sup>, que assevera que o objeto da polícia judiciária “é a pessoa, na medida em que lhe cabe apurar as infrações penais.”

Na legislação portuguesa, o Decreto-Lei nº 35.042, de 20 de outubro de 1945 criou a polícia judiciária e, em seu art. 1º, já definia que ela tinha por fim “efectuar a investigação dos crimes e descobrir os seus agentes, procedendo à instrução preparatória dos respectivos processos, e organizar a prevenção da criminalidade, especialmente da habitual”<sup>64</sup>.

Definindo bem essa dicotomia entre polícia administrativa e polícia judiciária, Álvaro Lazzarini<sup>65</sup> ensina que essa diferença pode ser encontrada na prática ou não do ilícito penal. Ou seja, no momento em que age no campo do ilícito puramente administrativo ou se antecipando ao ilícito penal, é a polícia administrativa que se mostra. Quando o crime ou a contravenção penal é praticada, é a polícia judiciária que atua. O que revela o critério temporal da divisão estudada. Mas quando se fala na prevenção ou repressão do delito está se referindo ao critério finalístico, o que define bem as funções da atuação da administração pública no uso do poder de polícia.

Em síntese, a polícia administrativa atua para evitar que a infração ocorra, se agrave ou se prolongue<sup>66</sup>. Já a polícia judiciária atua após a ocorrência do delito para definir o ato praticado, identificar os autores e reunir as provas para o início da ação penal.

## 7. Atributos do Poder de Polícia

Para que o Estado possa fazer valer suas determinações perante o indivíduo que pratique um ato que motive a atuação do poder de polícia, é necessário que o ato administrativo seja dotado de certos atributos que confirmam a ele a força necessária para sua fiel observação. As características ou atributos dos atos ou medidas de polícia do poder de

<sup>62</sup> Para Marcello Caetano, “tudo o que não pertence ao âmbito da polícia judiciária integra-se ao conceito de polícia administrativa.”. Assim, confira: *Ibidem*. Para nós, a polícia judiciária se ocupa da parte investigativa, do pós-crime, como auxiliar da justiça, tudo o mais é atribuição da polícia administrativa.

<sup>63</sup> Cf.: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 132.

<sup>64</sup> Art. 1º do Decreto-Lei nº 35.042, de 20 de outubro de 1945. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1sdip/1945/10/23300/08390850.pdf>>. Acesso em 04 de outubro de 2012.

<sup>65</sup> Nesse sentido LAZZARINI, Álvaro. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>66</sup> Cf.: WALINE, Jean. *Op. cit.* p. 333.

polícia, segundo um consenso doutrinário, podem ser assim enumerados: presunção de legitimidade; discricionariedade; autoexecutoriedade e coercibilidade.

A presunção de legitimidade declara que todo ato administrativo, *ab initio*, é considerado legítimo e dentro dos parâmetros legais. Essa legitimidade, todavia, admite prova em contrário, razão pela qual diz-se existir uma presunção *iuris tantum*.

Desta maneira, é dispensado que o agente ou a administração pública prove a legalidade do ato ou ação a ser praticada.

No que diz respeito à discricionariedade, esta seria a possibilidade de uma livre escolha, por parte da Administração Pública, de agir dentro dos parâmetros legais conforme os critérios de oportunidade e conveniência.

Ou seja, a administração pode exercer o poder de polícia e aplicar as reprimendas, escolhendo a forma mais adequada de como isso será feito, tudo visando o bem público. Entretanto, essa discricionariedade insere-se em um poder-dever estatal. Ela tem como característica principal a possibilidade de valoração do ato e de gradação das punições aplicáveis, tudo dentro, todavia, de um limite legalmente definido, não podendo disso se afastar o agente ou o administrador públicos.

No ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>67</sup>, “às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário”.

Importa frisar, por oportuno, que não é o poder que é vinculado ou discricionário, mas o ato administrativo que surge do exercício desse poder.

Noutro ponto, a autoexecutoriedade do ato trata da possibilidade do agente<sup>68</sup> da administração pública executar direta e imediatamente sua ação com os meios disponíveis, sem a necessidade de autorização ou mesmo a intervenção do poder judiciário. Assim, a

---

<sup>67</sup> Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 120. No mesmo entendimento, CAETANO, Marcello. *Op.cit.* p. 1155.

<sup>68</sup> Nesse conceito engloba-se toda aquela pessoa que presta um serviço público, seja ele funcionário (ou servidor) público ou não; com ou sem remuneração; de forma temporária ou estável; escolhido por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer das formas de provimento de um cargo, vínculo, função ou mandato público.

administração impõe as necessárias medidas preventivas, restritivas e/ou sancionatórias (como detenção, apreensão, demolição, interdição) para fazer cessar a conduta violadora da norma legal.

Por fim, a coercibilidade revela a imposição coercitiva dos atos ou medidas fundadas no poder de polícia estatal. Ou seja, toda medida de polícia (notadamente da polícia administrativa) é impositiva, imperativa, e não depende de autorização ou mandado judicial, não podendo o indivíduo optar em cumprir ou não cumprir, sob pena, inclusive, do emprego da força física para fazer cumprir o ato ou compelir a pessoa a agir ou cessar sua ação transgressora.

Esse atributo é o que possibilita ao agente do Estado o uso da força física na hipótese de resistência ao cumprimento do ato.

Entretanto, ele não autoriza o uso desmedido e indiscriminado da força. Nesse sentido, o emprego desproporcional da força física para fazer cessar o impedimento à execução do ato administrativo acarretará, em tese, a existência do abuso de poder ou autoridade, o que tornará nulo o ato exarado e sujeitará o Estado e seu próprio agente à ação de recomposição de eventuais danos morais e/ou materiais, além da responsabilidade administrativa e criminal desse último.

## **8. Limites do Poder de Polícia**

O Poder de Polícia, como visto anteriormente, confere ao Estado (enquanto administração pública) a possibilidade (dever) de restringir condutas individuais em favor de um bem coletivo. Entretanto, mesmo diante de uma violação da lei, o Estado vê-se de certa forma limitado<sup>69</sup>. Ou seja, não se concebe um poder de polícia irrestrito e ilimitado<sup>70</sup>, notadamente em um Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático).

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>71</sup>, “há uma linha, insuscetível de ser ignorada, que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos

---

<sup>69</sup> Jean Waline afirma que como toda ação da administração, o exercício do poder de polícia está submetido ao princípio da legalidade e ao controle jurisdicional. Com efeito, confira: WALINE, Jean. *Op. cit.* p. 342.

<sup>70</sup> Segundo Odete Medauar “o reconhecimento dos direitos fundamentais configura limite ao poder de polícia; os direitos fundamentais não podem ser suprimidos”. Assim, confira: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 351.

<sup>71</sup> Cf.: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 124.

(liberdade e propriedade, entre outros) assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegitimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder, porque a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos.”

Assim, a administração pública, no uso do seu poder de polícia, não pode infringir normas e leis sob o pretexto de fazer cumpri-las. A liberdade é a regra, a intervenção policial é a exceção<sup>72</sup>. O exercício do poder de polícia não pode prescindir dos critérios de razoabilidade e deve estar sempre balizado, dentre outros, pelos princípios da proporcionalidade, adequação e dignidade da pessoa humana<sup>73</sup>.

Na lição de Hely Lopes Meirelles<sup>74</sup>, "a desproporcionalidade do ato de polícia ou seu excesso equivale a abuso de poder e, como tal, tipifica ilegalidade nulificadora da sanção".

Consoante o entendimento de Canotilho e Vital Moreira<sup>75</sup>, os atos públicos “só devem ir até onde seja imprescindível para assegurar o interesse público em causa, sacrificando no mínimo os direitos dos cidadãos”. Além disso, ensinam eles que “o emprego de medidas de polícia deve ser sempre justificado pela estrita necessidade e que não devem nunca utilizar-se medidas gravosas quando medidas mais brandas seriam suficientes para cumprir a tarefa”.

Neste contexto, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de dezembro de 1979, aprovou<sup>76</sup> o código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei. Nele estão descritos uma série de princípios que devem ser observados pelas instituições policiais de todos os países.

O art. 3º do código descreve que “Os funcionários encarregados de aplicar a lei podem usar a força quando estritamente necessário e na medida exigida para o desempenho de seu dever”. Ou seja, o uso da força deve ser uma hipótese excepcional, assim como deve ser

<sup>72</sup> Cf.: WALINE, Jean. *Op. cit.* p. 343.

<sup>73</sup> Catarina Sarmiento e Castro sustenta que o uso da coação para diferenciar a atuação de polícia e outras atuações administrativas não deve mais hoje prosperar. Para ela “a configuração constitucional dos poderes de polícia obriga desde logo a uma actuação pautada pelo respeito dos direitos dos cidadãos”. Nesse sentido, confira: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Op. cit.* pp. 72 e 73.

<sup>74</sup> Cf.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143.

<sup>75</sup> Nesse contexto, veja: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...Op. cit.*, p. 860.

<sup>76</sup> Tal documento foi aprovado na Resolução 34/169, disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/34/169&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/169&Lang=E&Area=RESOLUTION)>. Acesso em 21/11/2012.

excepcional o uso de armas de fogo pelos mesmos funcionários<sup>77</sup>. Norma que foi internalizada pelos países membros em seus ordenamentos jurídicos<sup>78</sup>.

A própria Constituição da República Portuguesa<sup>79</sup>, no nº 2 do art. 272º, destaca que “as medidas de polícia são as previstas na lei, **não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.**” (grifo ausente no original).

Esse é o mesmo entendimento de Marcello Caetano<sup>80</sup> que acrescenta que a atuação do poder de polícia “não deve intervir no âmbito da vida privada dos indivíduos”. Para o mesmo autor, esse princípio desdobra-se em duas regras: “A Polícia não pode ocupar-se de interesses particulares” e “A Polícia tem de respeitar a vida íntima e o domicílio dos cidadãos”.

Outro limite intransponível, à par da atuação das instituições policiais, como dito acima, é a própria normatização da atuação da administração pública enquanto no exercício do poder de polícia. Ou seja, a administração pública, considerada na figura do poder executivo, tanto no Brasil quanto em Portugal, não pode criar, modificar ou revogar atos ou medidas que restrinjam o exercício da liberdade individual, da propriedade ou mesmo de outros direitos e garantias<sup>81</sup>.

Tal assertiva depreende-se do próprio texto constitucional desses países. Assim, como exemplo, em Portugal, o nº 2 do art. 272º da constituição disciplina que “as medidas de polícia são as previstas na lei” (*grifo ausente no original*). No mesmo sentido, na constituição brasileira, após a leitura de várias passagens, com do inciso II do art. 5º “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (*grifo ausente no original*) e do art. 68, § 1º “Não serão objeto de delegação [...] a legislação sobre: [...] inciso II “[...], direitos individuais; [...]”, pode-se afirmar que compete unicamente ao poder legislativo editar normas que digam respeito ao poder de polícia do Estado, o que representa uma verdadeira reserva de lei dessas matérias nos dois países.

<sup>77</sup> Princípio descrito na Resolução nº 45/166 de 18 de dezembro de 1990.

<sup>78</sup> Como exemplo tem-se que o Código de Processo Penal da Argentina (Lei nº 23.984, de 04/09/1991), que em seu art. 184, nº 11 descreve que “Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán [...]” [...] “usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad”. No Brasil, como outro exemplo, o Decreto nº 5.289, de 29/11/2004 determina, em seu art. 3º, inciso II, o “uso moderado e proporcional da força”. Assim, confira: o primeiro disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>> e o segundo disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5289.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5289.htm)>. Ambos com acesso em 23/11/2012.

<sup>79</sup> Cf.: Constituição da República Portuguesa de 1976, art. 272º, nº 2.

<sup>80</sup> Nesse sentido, confira: CAETANO, Marcello. Op. cit. p.1156.

<sup>81</sup> Importa sublinhar que a edição de atos que façam limitação ao uso e gozo dos direitos individuais, como interdição de determinados locais ou a suspensão de determinada atividade, deverá estar sempre fundamentada em uma cláusula geral de polícia constitucionalmente definida ou mesmo em normas legais autorizativas de tais ações.

Nesse entendimento, os limites do poder de polícia do Estado devem visar também (e principalmente) o interesse público, em consonância com os direitos fundamentais, constitucionalmente delineados. Esse poder não deve ultrapassar o limite<sup>82</sup> necessário para atingir a satisfação do interesse coletivo almejado, e não deve beneficiar ou prejudicar indevidamente qualquer indivíduo em específico, ou mesmo invadir a esfera privada de qualquer cidadão (quando seu comportamento se mantenha nos limites legais), sob pena de eivar de vício insanável o ato praticado. Uma atuação policial encontra fundamento de legalidade enquanto for necessária para a manutenção ou restabelecimento da ordem pública, caso contrário, certamente acarretará uma violação tão ou mais grave que aquela que pretende atacar.

---

<sup>82</sup> Já dizia Rousseau, dentro de uma lógica ainda atual, que “[...] o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais [...] de modo que o soberano nunca tem o direito de onerar mais a um súdito que a outro, porque então, tornando-se a questão particular, seu poder já não é competente.”. Nesse sentido, veja: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social. Princípios do Direito Político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 42.

## CAPÍTULO 2 - USO DO PODER

### 1. Abuso de Poder

Como visto anteriormente, a violação dos princípios aplicáveis à matéria e a não observância dos limites razoáveis e adequados no exercício do poder de polícia poderá constituir abuso de poder<sup>83</sup>.

Assim, o uso regular do poder (de polícia) é medida que se impõe a todos os agentes da administração pública, por força legal e constitucional<sup>84</sup>. A atividade de polícia, ou seu desenvolvimento, não representa um fim em si mesmo. Ela é (e deve ser) exercida para alcançar os fins constitucionais e o bem coletivo. O uso (normal) do poder constitui prerrogativa da autoridade administrativa. Essa prerrogativa é fundada na Constituição e demais normas e tem como centro gravitacional a supremacia do interesse público. Contudo, o poder deve ser utilizado corretamente, sem abuso.

No Brasil, o próprio parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional<sup>85</sup> delimita o que vem a ser o uso regular do poder de polícia quando descreve que “considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Dessa forma, o exercício do poder não pode servir para uma mera afirmação de autoridade e supremacia por parte do Estado. O uso correto e normal do poder deve observar os limites legalmente definidos e visar o interesse público coletivo, dentro dos aspectos razoabilidade e proporcionalidade. Qualquer situação fora dessas premissas pode constituir (e certamente constituirá) abuso de poder.

Dentro deste entendimento, a expressão “abuso de poder” tem uma abrangência considerável. Ela pode englobar condutas nas várias esferas do direito, como o direito civil, o direito penal e o direito administrativo. Entretanto, o foco que se busca aqui é o do abuso de

---

<sup>83</sup> Marcello Caetano, com acerto, descreve que “o emprego imediato de meios extremos contra ameaças hipotéticas ou mal desenhadas constitui abuso de autoridade”. Podendo ser entendido também, em termos gerais, como abuso de poder. Ainda segundo ele “tem de existir proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção”. Nesse sentido, confira: *Idem*. p. 1159.

<sup>84</sup> Como exemplos pode-se citar que o nº 2 do art. 266º da Constituição Portuguesa disciplina que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. No mesmo sentido, na Constituição Brasileira, o art. 37 expõe que “a administração pública [...] obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

<sup>85</sup> BRASIL, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966, *cit*.

poder relativo ao poder de polícia da administração pública, como razoavelmente conceituado nas linhas antecedentes.

Com essa perspectiva, o abuso de poder encontra duas vertentes diferenciadoras, segundo doutrina majoritária, quais sejam: o excesso de poder e o desvio de finalidade. Senão vejamos:

### **1.1 Excesso de Poder**

O excesso de poder refere-se ao *quantum* de poder, ou seja, a intensidade ou o meio pelo qual o ato foi praticado. Considera-se excesso quando são praticados atos que não se poderiam praticar ou deveriam ter sido praticados de forma diversa, mais adequada e proporcional<sup>86</sup> e ainda quando não são praticados os atos que deveriam ter sido praticados, adotando, o agente ou administrador público uma conduta omissiva, causando prejuízo a uma pessoa ou à coletividade.

Em relação à omissão do administrador ou do agente da administração, José dos Santos Carvalho Filho<sup>87</sup> declara que “[...] as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. Esse aspecto dúplice do poder administrativo é que se denomina de poder-dever de agir. [...] Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegitimidade de que se reveste a inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta comissiva, a omissão (conduta omissiva) haverá de configurar-se como ilegal. Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omissivo a conduta comissiva imposta na lei, quer na via administrativa, quer na via judicial”.

Por outro lado, se a função dos órgãos com atribuições policiais é justamente evitar a práticas de infrações legais, nada mais exigível que o agente do Estado assumira uma postura que respeite os limites da atuação policial. Os atos por ele praticados devem guardar a

---

<sup>86</sup> No livro *Introduction to Policing and Police Powers*, Leonard Jason-Lloyd traz, ao longo da obra, diversos casos jurídicos onde é discutida a forma de atuação policial e onde é imputado aos agentes policiais ali referenciados o uso excessivo e desproporcional do poder de polícia. Nesse sentido, confira: JASON-LLOYD, Leonard. *Introduction to Policing and Police Powers*. 2nd ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2005.

<sup>87</sup> Cf.: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. Cit.*, pp. 76 e 77.



necessária proporcionalidade<sup>88</sup> entre a situação a ser reprimida e a forma como ele vai reprimir a conduta observada.

Importante sublinhar que muitas das vezes fica difícil definir onde termina o exercício regular do poder de polícia (ou das medidas de polícia) e onde começa seu excesso. Muito embora algumas normas disciplinem<sup>89</sup> e algumas instituições policiais<sup>90</sup> tenham normas regulamentadoras do uso da força, somente no caso concreto se pode definir se aquele meio utilizado foi legítimo e proporcional à resistência oferecida, o que remete a análise ao magistrado e/ou à autoridade administrativa responsável pelo eventual processo de apuração cível, criminal e/ou disciplinar.

## 1.2 Desvio de Finalidade

No que toca ao desvio de finalidade (ou desvio de poder), percebe-se que sua origem remonta ao ano de 1864, quando o Conselho de Estado da França, no caso *Lesbats*<sup>91</sup>, anulou uma decisão administrativa eivada pelo desvio de poder (*détournement de pouvoir*).

No Brasil, apenas em 1948 a jurisprudência<sup>92</sup> inaugurou esse instituto.

De qualquer sorte, verifica-se a ocorrência do desvio de poder (ou de finalidade) quando o agente da administração pública, dentro de sua competência funcional, transmuda a própria finalidade do ato, agindo por interesse próprio e/ou de terceiro.

Assim, a autoridade, a despeito de atuar dentro de sua esfera de competência, pratica o ato (com aparência de legal) por razões ou finalidades diferentes daquelas colocadas pelo legislador positivo ou esperadas pelo interesse geral, invocando uma motivação imoral ou ilegal.

---

<sup>88</sup> No mesmo sentido, no dizer de Germano Marques da Silva, deve “existir proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua preservação”. Assim, confira: SILVA, Germano Marques da. *Op cit.* p. 63.

<sup>89</sup> Cf.: Portugal, Decreto-Lei n.º 457/99 de 5 de Novembro (que trata do uso da arma de fogo em ações policiais). Disponível em <[http://www.psp.pt/Legislacao/DecLei\\_457-99.pdf](http://www.psp.pt/Legislacao/DecLei_457-99.pdf)>. Acesso em 12/10/2012.

<sup>90</sup> A exemplo da Polícia de Segurança Pública (PSP), entre outras, que dispõe de normas de execução permanente emitidas pela Direcção Nacional da Polícia de Segurança Pública (Cf.: OPSEG/DEPOP/01/05) que disciplinam os limites em que devem ser usados os meios coercivos à sua disposição.

<sup>91</sup> No citado caso, o Conselho de Estado Frances anulou, sob o fundamento do desvio de poder, o ato do prefeito de Fontainebleau que havia negado o direito a um motorista de estacionar seu veículo no pátio da estação daquela cidade.

<sup>92</sup> Nesse sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, datado de 28/07/1948, cujo Relator foi o Desembargador Seabra Fagundes, considerou que um ato administrativo que fixava horário de trânsito para uma empresa de transporte, o que a prejudicava em face de outra empresa, estava viciado pelo desvio de finalidade.

Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos<sup>93</sup> o desvio (de poder) “é um vício funcional, ou seja, decorre da preterição de requisitos de legalidade respeitantes ao fim e aos motivos dos actos administrativos”.

Noutros termos, o desvio de finalidade seria uma das modalidades de vício do ato administrativo, que tem a propriedade de anular o ato, fazendo desaparecer seus efeitos jurídicos.

Com muita propriedade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>94</sup>, expõe que o desvio de poder (ou de finalidade) “pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita e implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei”.

Pode-se dizer que a prática desse ato com finalidade desviada equivale a um abuso do direito ou abuso de poder. E esse abuso conduz à infringência, dentre outros, dos princípios da finalidade, da probidade, da moralidade e da boa-fé, tornando o ato nulo de pleno direito.

Tratando da vinculação do poder discricionário da administração à lei, Canotilho<sup>95</sup> afirma que “um acto administrativo, a recusa de um acto, um silêncio das entidades públicas podem ultrapassar os limites legais do exercício do poder discricionário (excesso de poder). Por outro lado, o exercício do poder pode não se destinar aos fins visados pela lei (*desvio do poder discricionário* ou *utilização viciada*). Num caso e noutro, o Estado de direito impõe a sua proibição e a possibilidade de controlo dos vícios do poder discricionário. Caso contrário, o exercício deste poder transformar-se-ia com facilidade no «cavalo de Tróia do direito administrativo do Estado de direito»”.

Assim, o uso abusivo do poder, na forma omissiva ou comissiva, constitui nulidade invalidadora do ato ou, quando omissiva, gera uma ilegalidade que corresponde à obrigação da prática do ato, eis que potencialmente pode gerar dano ou lesão a direito individual ou coletivo.

---

<sup>93</sup> Cf.: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. Direito Administrativo Geral. Tomo III. Atividade Administrativa. 2ª ed., reimpressão, Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010, p. 165.

<sup>94</sup> Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 245.

<sup>95</sup> Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, *Op. cit.* p. 734.

## 2. Uma breve abordagem do abuso de poder na seara criminal

Invadindo um pouco a esfera penal, e à guisa de exemplo, com o fim de enriquecer o presente conteúdo e não deixar de tratar os aspectos mais relevantes do abuso de poder, no Brasil foi editada a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965<sup>96</sup>. Esta lei regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade (que pode ser entendido como uma espécie do abuso de poder, eis que este é mais abrangente).

Normalmente imputam-se os fatos típicos presentes nesta lei somente a agentes públicos com poder de polícia judiciária ou com aqueles poderes próprios das forças de segurança pública. Entretanto, à propósito do art. 5º da presente lei, aplica-se a norma a quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Relevante acrescentar que, a despeito dos fatos típicos da Lei 4.898/65, o indivíduo eventualmente lesado pode se valer também de uma representação administrativa ao órgão do autor da lesão; de uma ação civil buscando reparação econômica e de uma comunicação à autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público visando a responsabilidade penal do agente. Todas essas esferas independentes entre si.

Ainda nesta seara, e com uma abordagem um pouco diferente, o Código Penal Português<sup>97</sup> tipifica o crime de abuso de poder e o crime de abuso de autoridade, sendo que este é gênero e aquele, espécie.

Por outro lado, o (grave) abuso de função, autoridade ou poder, constitui agravante, causa de aumento de pena e até pena acessória, a depender do delito.

Só para exemplificar o tratamento da matéria no direito português, convém trazer um trecho do Acórdão<sup>98</sup> do Tribunal Constitucional n.º 94/2012: “No crime de abuso de poder, que constitui um crime de função e, por isso, um crime próprio, o funcionário que detém determinados poderes funcionais faz uso de tais poderes para um fim diferente daquele para

---

<sup>96</sup> Para mais detalhes, veja: Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, norma brasileira que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm)>. Acesso em 26/03/2012.

<sup>97</sup> Nesse sentido veja a Seção III e o artigo 382º do Código Penal Português, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro.

<sup>98</sup> Para uma leitura mais detalhada, veja o Acórdão n.º 94/2012 do Tribunal Constitucional Português, disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120094.html>>. Acesso em 26/03/2012.

que a lei os concede; o crime é integrado, no primeiro limite do perímetro da tipicidade, pelo mau uso ou uso desviante de poderes funcionais, por excesso de poderes legais ou por desrespeito de formalidades essenciais”

Por outro lado, a Lei nº 34/87 de 16 de julho estabelece, dentre outros, a responsabilidade civil emergente de crime de responsabilidade de titular de cargo político em Portugal, estabelecendo que o Estado responderá solidariamente com o titular de cargo político pelas perdas e danos emergentes de crime de responsabilidade cometido no exercício das suas funções.

Visto isso, é imperioso citar que tanto no Brasil quanto em Portugal, e até mesmo em vários outros países<sup>99</sup>, o eventual abuso de poder gera responsabilidade civil<sup>100</sup>, penal e administrativa do agente. Inclusive a responsabilidade civil do Estado, o que se pretende demonstrar no presente trabalho.

---

<sup>99</sup> Em relação a essa afirmação, um bom exemplo pode-se constatar na pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Justiça do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que apontou o problema do abuso de poder por parte das forças de segurança pública daquele país. Para maiores detalhes, veja: WEISBURD, David, *et al. Police Attitudes Toward Abuse of Authority: Findings From a National Study*. Washington, DC: National Institute of Justice, 2000. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/181312.pdf>>. Acesso em 26/03/2012.

<sup>100</sup> Consoante o art. 71º do Código de Processo Penal Português, “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei”. Ou seja, em regra, não é necessário um processo em apartado para deduzir a indemnização civil pelo crime praticado, já que o juiz que definir a pena do crime também definirá o montante indenizatório. É o chamado princípio de adesão.

## CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

### 1. Conceito

Inicialmente convém definir que o termo responsabilidade deriva da expressão em latim *respondere*, que traz uma noção de satisfação do dano causado. Esse instituto, típico do Direito Civil, evoluiu de uma situação de responsabilidade entre os indivíduos (vingança privada), em que o credor poderia tomar posse dos bens do devedor ou ainda escravizá-lo ou mesmo matá-lo em razão de uma dívida, e criou as bases para a responsabilização do Estado perante o particular.

Assim, esse instituto da Responsabilidade Civil do Estado ganhou uma considerável evolução, abandonando a situação onde a responsabilidade recaía sobre a própria pessoa para ingressar na fase da incidência da responsabilidade sobre o seu patrimônio.

Ademais, o instituto ganhou uma maior importância, notadamente no Estado moderno, criando alicerces também dentro do direito público.

Dessa maneira, esse mesmo Estado, sobretudo com o desenvolvimento do princípio da legalidade, encontrava-se com mais obrigações em face dos cidadãos. Obrigações essas que, mais tarde, vão colocar o Estado e os cidadãos em igualdade em direitos e obrigações, eis que submetidos à mesma lei.

Com isso, várias teorias acerca do tema acompanharam o desenvolvimento das sociedades, amoldando-se às necessidades e aos anseios sociais que foram surgindo (além da idealização de justiça para cada época), passando de uma fase de irresponsabilidade para uma responsabilidade civil objetiva de seus atos<sup>101</sup> - o que será mais bem definido mais adiante.

Dentro dessa noção, e para melhor entender o tema da responsabilidade civil do Estado, necessário se faz delimitar inicialmente seu conceito e seu conteúdo.

Nesse aspecto, Hely Lopes Meirelles<sup>102</sup> traz a definição de que a responsabilidade civil da Administração Pública é “a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano

---

<sup>101</sup> Consoante Jean Waline essa evolução se encaixa em um movimento geral de socialização dos riscos que tendem a fazer do poder público uma espécie de assegurador de todos os riscos de danos que podem ocorrer aos administrados. Nesse sentido, confira: WALINE, Jean. *Op. cit.* p. 457.

<sup>102</sup> Cf.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 655.

causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”<sup>103</sup>.

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini<sup>104</sup> define a responsabilidade civil do Estado “como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável.”

Isso mostra que nem só as ações, mas também as omissões são relevantes para gerar a responsabilidade. Da mesma forma, as ações, ainda que legítimas, podem acarretar danos e, por consequência, criar a obrigação de reparação.

Sobre o mesmo tema, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>105</sup>, afirma que é “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Canotilho<sup>106</sup>, afirmando o objetivo do tema, vem declarar que seu fim é a “transferência do dano do sujeito lesado para o autor do facto danoso”. O que traz uma ideia de sanção civil com tendência compensatória e, ao mesmo tempo, punitiva.

Por sua vez, e com muita propriedade, Diogo Freitas do Amaral<sup>107</sup> conceitua responsabilidade civil da administração como a “obrigação jurídica que recai sobre qualquer pessoa colectiva pública de indemnizar os danos que tiver causado aos particulares, seja no exercício da função administrativa, seja no exercício de actividades de gestão privada”.

Relevante assinalar que todo conceito doutrinário sobre a responsabilidade contempla, sempre, a ideia de culpa (ou dolo ou risco) e o respectivo dever de reparação pelo dano provocado a outrem decorrente da violação de um dever jurídico. E essa reparação deve ter como objetivo primordial o restabelecimento do *status quo* anterior, ou ao menos uma compensação se este for de difícil alcance, buscando-se evitar sempre um enriquecimento sem justa causa.

---

<sup>103</sup> Importa destacar que esse conceito, nada obstante servir para definir o tema da responsabilidade do Estado como um todo se restringe ao exercício da função administrativa do Estado. Por outro lado, a responsabilidade civil é imputada ao Estado ou aos órgãos da administração pública, e não à administração pública propriamente dita, que não detém personalidade jurídica para tanto.

<sup>104</sup> Cf.: GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 973.

<sup>105</sup> Nesse sentido, veja: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 1001.

<sup>106</sup> Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade... Op. cit.*, p.99.

<sup>107</sup> Cf.: AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 681.

Assim, com amparo em volumosa doutrina e de forma bastante pacífica, a responsabilidade civil (ou patrimonial) extracontratual do Estado, notadamente pelo exercício da função administrativa (que se encontra no cerne do presente trabalho), pode ser entendida como o dever, por parte do Estado, de indenizar os danos eventualmente causados por seus agentes a terceiros, dentro de uma relação jurídica, por ação ou omissão.

## 2. Histórico e evolução doutrinária do tema

Em uma definição histórica, Canotilho<sup>108</sup>, quando se refere à responsabilidade civil do Estado, assim declara: “Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estatal é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a coletividade ao direito dos atos estatais: a indemnização por sacrifícios autoritariamente impostos cumpre uma função ineliminável do Estado de Direito Material – a realização da justiça material”.

Assim, com esta introdução, percebe-se que a evolução do Estado, notadamente ao longo dos últimos séculos, também representou a evolução de sua responsabilidade civil (ou patrimonial) perante os seus administrados.

De um Estado Absolutista, onde havia uma *irresponsabilidade estatal*, a um Estado Democrático de Direito, que adota uma responsabilidade objetiva e até direta<sup>109</sup>, o tema ganhou novos contornos e grande desenvolvimento, com diferenças entre os países<sup>110</sup>, muito embora as teorias relativas à matéria, que devem sua origem ao direito privado<sup>111</sup>, ainda estejam em constante mutação.

Neste contexto, os doutrinadores costumam dividir, em uma sistematização consensual, a responsabilidade civil extracontratual do Estado em três fases distintas: fase da

<sup>108</sup> Nesse sentido, veja: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da Responsabilidade...Op. cit.*, p. 13.

<sup>109</sup> Na Espanha, a responsabilidade da administração pública é entendida como uma responsabilidade direta, unitária e objetiva. Tal assertiva se absorve a partir do entendimento doutrinário relativo ao n° 2 do art.106 da Constituição Espanhola, senão veja-se: “Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Nesse sentido, veja o n 2 do art. 106 da Constituição Espanhola de 1978.

<sup>110</sup> Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nos países anglo-saxões prevalece a responsabilidade do Estado fundado nos princípios de direito privado; já nos países da Europa continental, e também no Brasil, adota-se o regime publicístico. Nesse sentido, veja-se: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* pag. 643.

<sup>111</sup> Nesse sentido, confira: ANDRADE, José Carlos Vieira de. “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140.º n.º 3969, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 345 e ss. (p. 345).

irresponsabilidade do Estado; fase civilista (ou da responsabilidade subjetiva ou culpa civil) e (a atual) fase publicista (ou da responsabilidade objetiva ou culpa administrativa, incluindo aí a teoria do risco).

## 2.1 Teoria da Irresponsabilidade

A fase (doutrina ou teoria) da irresponsabilidade do Estado era notadamente vigente durante o absolutismo (*ancien régime*) e prevaleceu até meados do século XIX. Nela, negava-se a responsabilidade do Estado, eternizada na expressão inglesa “The King can do no wrong”, que afirmava que o Rei era infalível (já que seu poder tinha origem divina), o que era emprestado também, em certa medida, aos representantes do soberano. Essa doutrina, assentada na soberania do Estado e do próprio governante, sustentava que a autoridade do Estado não podia ser contestada<sup>112</sup>, já que se ele exercia a tutela do direito não poderia, desta forma, violar o próprio direito.

Essa teoria começou a perder força com a promulgação de uma lei francesa, 17 de fevereiro de 1800 (28 de Pluvioso do ano VIII), que disciplinava a indenização dos prejuízos originados em obras públicas. Mas o ponto que demonstra sua total superação foi o famoso Caso Blanco<sup>113</sup>, julgado pelo Tribunal de Conflitos na França.

Anos mais tarde outras nações seguem a tendência francesa e abandonam também a teoria da irresponsabilidade. Consoante o ensinamento de Hely Lopes Meirelles<sup>114</sup>, “a doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.”

<sup>112</sup> Com este mesmo entendimento veja-se: ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 600. E também CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

<sup>113</sup> O Caso Blanco, julgado em 1873, auxiliou na criação das bases do direito administrativo moderno. Neste julgado, Jean Blanco, cuja filha teve uma perna amputada após um acidente causado por funcionários de uma fábrica de tabaco, em Bordeaux, na França, conseguiu, entre outros, o reconhecimento de que o Estado deveria ser responsabilizado pelo ato de seus funcionários. Para mais informações, veja, dentre outros, a informação contida no sítio: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-blanco.html>>. Acesso em 20/09/2012.

<sup>114</sup> Cf.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 656.



Por outro lado, mesmo quando ainda não se admitia a responsabilização do Estado (fora das situações em que ele poderia ser demandado pelas regras do direito civil), passou-se a admitir a responsabilização do agente público, o que forçava a vítima da lesão a acionar o autor do dano. Em Portugal<sup>115</sup>, v. g. o art. 14 da Constituição de 1822 assim disciplinava: “Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abusos do poder, na conformidade da Constituição e da lei.” Norma (que parece ter sido) copiada para a Constituição Brasileira<sup>116</sup> de 1824, já que no item XXIX do art. 179 assim dizia: “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos” (sic). Responsabilização esta que não se estendia ao Imperador<sup>117</sup>, já que o art. 99 afirmava que: “A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.” (sic).

Convém ressaltar que nesse momento histórico a responsabilidade pelos eventuais danos causados aos particulares era dirigida exclusivamente em desfavor dos próprios agentes do Estado. A responsabilização do servidor, que requeria uma autorização antecipada da administração pública, seguia as regras próprias do direito civil e somente admitia a responsabilização quando o erro era proveniente de uma falta pessoal, ou seja, derivada do comportamento pessoal do servidor, sem qualquer liame com o serviço público. E essa era a grande barreira<sup>118</sup> a ser transposta, já que a administração não reconhecia o direito a indenização em todos os casos.

Luís Barbosa Rodrigues<sup>119</sup> declara que “paradoxalmente será através – ou em consequência – dessa autorização, que a jurisprudência vai começar a proceder à imputação dos factos lesivos à própria Administração”.

Mesmo entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>120</sup> que vem sustentar que “essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o

<sup>115</sup> Cf.: Art. 14 da Constituição Portuguesa de 1822. Disponível em <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1822t1.html>>. Acesso em 27/03/2012.

<sup>116</sup> Cf.: item XXIX do art. 179 da Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em 27/03/2012.

<sup>117</sup> Cf.: art. 99. *Idem*.

<sup>118</sup> Gomes Canotilho considera essa autorização prévia um entrave ao reconhecimento da responsabilidade do funcionário. Nesse sentido, veja: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade...*, *Op. cit.* p. 41.

<sup>119</sup> Cf.: RODRIGUES, Luís Barbosa. Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública em cinco Estados das Comunidades Europeias, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ª edição, coord. Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 2004, p. 228.

<sup>120</sup> Cf.: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* pag. 644.

direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações.”

Assim as normas de direito civil estavam passando a não serem mais adequadas ao atendimento das questões que envolviam a responsabilidade civil por atos da administração ou dos seus servidores.

Em complemento, e de acordo ainda com Maria José Rangel de Mesquita<sup>121</sup>, essa teoria da irresponsabilidade foi sendo superada, igualmente, em virtude do “desenvolvimento do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”, já que não era adequado exigir que somente uma parte dos cidadãos arcasse com os custos, os riscos e os danos oriundos da atividade da administração pública, uma vez que esta era realizada sempre com vistas ao bem coletivo.

Além do desenvolvimento do princípio da igualdade, há também o evidente progresso do princípio da legalidade, tanto no maior reconhecimento do seu instituto quanto do seu alcance. Por outro lado, existe igualmente o reconhecimento de que os agentes do Estado eram, a bem da verdade, a *longa manus* do Estado, onde as ações daquele representavam as próprias ações estatais, não se podendo dissociar um do outro, o que Canotilho denomina de “a configuração publicista da relação funcionário-Estado”<sup>122</sup>.

## **2.2 Teorias Civilistas (culpa civilística; culpa administrativa; culpa anônima)**

Com a superação da teoria da irresponsabilidade nasceu a fase civilista, com as correntes que defendiam a responsabilidade subjetiva (ou a culpa civil), onde a culpa ou dolo do agente público deveria ser provado para que houvesse um direito à reparação.

Para Alexandre Mazza<sup>123</sup>, essa teoria teve aplicabilidade, notadamente nos países ocidentais, entre 1874 e 1946. Ainda segundo ele, “a teoria subjetiva estava apoiada na lógica do direito civil na medida em que o fundamento da responsabilidade é a noção de CULPA<sup>124</sup>”. Assim, para que haja o direito da indenização deve haver, cumulativamente, os seguintes elementos: conduta (do agente em nome do Estado); dano; nexo de causalidade

<sup>121</sup> Nesse sentido, veja: MESQUITA, Maria José Rangel de. Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração no Ordenamento Jurídico-Constitucional Vigente, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ª edição, coordenador Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 2004, p. 55.

<sup>122</sup> Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade...*, *Op. cit.* p. 47.

<sup>123</sup> Cf.: MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 291.

<sup>124</sup> Cf.: Idem, *Ibidem*, p. 292.

(entre a conduta e o dano) e a culpa ou o dolo do agente, situações que nem sempre eram fáceis de se comprovar no caso concreto.

No Brasil este entendimento foi abrigado pelo art. 15 do Código Civil Brasileiro<sup>125</sup> de 1916, sendo mantido no art. 43 do atual Código Civil Brasileiro<sup>126</sup>.

Em Portugal, a reforma do Código Civil Português de 1867 (também chamado de Código de Seabra), ocorrida em 1930 com Decreto-Lei nº 19.126, de 16 dezembro do mesmo ano, possibilitou, com a alteração do art. 2.399º, a responsabilização solidária<sup>127</sup> do Estado com os seus agentes, por atos ilegais praticados por estes. O que também foi observado no Brasil pelo art. 171 da Constituição<sup>128</sup> de 1934.

Importante esclarecer, por outro lado, que em um primeiro momento, podia-se diferenciar a atuação do Estado em duas vertentes: atos de império e atos de gestão. Os atos de império eram aqueles praticados pelo Estado-Administração que, de forma unilateral e com fundamento na soberania dos interesses públicos, impunha sua vontade aos particulares, já que era detentor das prerrogativas públicas. Por outro lado, os atos de gestão eram aqueles praticados conforme normas de direito privado. Os atos de gestão, muito embora fossem atos da administração, não eram considerados atos administrativos.

Essa diferenciação, no entender de Hely Lopes Meirelles<sup>129</sup>, era feita “para admitir a responsabilidade da Administração somente quando o dano resultasse destes últimos.” Desta forma, o Estado não respondia pelos danos que eram decorrentes dos atos de império.

Todavia, essa distinção, dentro da teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, nem sempre era fácil<sup>130</sup> ou mesmo possível, o que gerava muitas críticas. De outra banda, era muito difícil determinar quando um ato poderia ser considerado ato de império e

---

<sup>125</sup> Redação original: “Art. 15 - As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

<sup>126</sup> Redação original: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

<sup>127</sup> Veja-se a nova redação do art. 2.399º: “Os empregados públicos de qualquer ordem ou graduação que sejam não são responsáveis pelas perdas e danos, que causem no desempenho das obrigações que lhes são impostas por lei, excepto se excederem ou não cumprirem, de algum modo, as disposições da mesma lei, sendo neste caso solidariamente com eles responsáveis as entidades de que forem serventuários”.

<sup>128</sup> Redação original: “Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

<sup>129</sup> Cf.: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 662.

<sup>130</sup> Essa dificuldade vai favorecer a evolução da teoria. Nesse sentido, veja-se: PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.72.

quando um ato poderia ser chamado de ato de gestão, já que havia muitos pontos de contato entre os conceitos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>131</sup> sustenta que “embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa.”

### **2.3 Teorias Publicistas (teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço e teoria do risco (risco administrativo e risco integral))**

Mais à frente, nomeadamente a partir da segunda metade do século XX, a doutrina passou a considerar que os atos irregulares dos funcionários constituiriam irregularidades do próprio órgão, isto representava uma responsabilidade direta do Estado, acarretando uma evolução para a teoria da responsabilidade (ou culpa) administrativa, o que não impedia, mesmo sob o primado da separação dos poderes, o controle jurisdicional dos atos administrativos<sup>132</sup>.

Em Portugal, o Código Civil de 1966 (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro) inaugurou essa normatização quando previu no seu art. 501º a responsabilidade objetiva<sup>133</sup> (independente de culpa). No Brasil o art. 194 da Constituição<sup>134</sup> de 1946 passou a prever a responsabilidade objetiva, inaugurando a adoção das teorias publicistas por parte do Estado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>135</sup>, “o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873”. A partir deste momento, continua a autora, “começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade

<sup>131</sup> Cf.: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* pag. 645.

<sup>132</sup> Com esse entendimento veja-se: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade...* *Op. cit.* p. 47 e ss.

<sup>133</sup> Expõe o art. 501º que: “O Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários”.

<sup>134</sup> Reza o art 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”. Importa destacar que as Constituições posteriores ampliaram esse entendimento, sendo que a Constituição de 1988 estabeleceu que não só as pessoas jurídicas de direito público, mas também as de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos causados.

<sup>135</sup> Para a autora, no referido caso o Tribunal de Conflitos na França decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público, afastando a competência da justiça comum. Nesse sentido, veja-se: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* pag. 645.

do Estado: teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral”.

Consoante Diógenes Gasparini<sup>136</sup>, a teoria da culpa do serviço (*faute du service*<sup>137</sup>, para os franceses) ocorria “sempre que este não funcionava (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo)”.

Assim, esta teoria, também chamada de culpa administrativa (ou da culpa anônima), considera uma falha na prestação do serviço para que se caracterize a responsabilidade administrativa. No entender de Hely Lopes Meirelles<sup>138</sup>, “já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa”.

Neste passo evolutivo, muito fundado no direito francês, surge concretamente a teoria da responsabilidade objetiva (ou teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa; ou teoria da responsabilidade patrimonial objetiva; ou, ainda, teoria do risco administrativo<sup>139</sup>). Os elementos da responsabilidade objetiva são: a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, não sendo necessário provar a culpa ou o dolo do agente (por isso também chamada de culpa anônima). A verificação de dolo ou culpa será postergada para a ação regressiva que deverá ser movida em desfavor do agente público responsável pelo dano, caso haja condenação do Estado.

Essas novas teorias, portanto, representam uma maior garantia para os indivíduos. Segundo elas, o Estado é obrigado a recompor o dano fundado unicamente no próprio dano ou ato lesivo praticado, não se requerendo a comprovação da culpa do servidor e nem da falha no serviço (exige-se a conduta, o dano e nexo de causalidade entre eles).

<sup>136</sup> GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 977.

<sup>137</sup> Maria José Rangel de Mesquita, no mesmo sentido, referindo-se ao modelo português e fazendo alusão aos n.ºs 3 e 4 dos art. 7.º do Regime da Responsabilidade civil do Estado, afirma que “a responsabilidade exclusiva do Estado e demais entidades públicas passa a abranger ainda, e com caráter inovador, os danos resultantes do funcionamento anormal dos seus serviços (*faute du service*). Assim, veja-se: MESQUITA, Maria José Rangel de. *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19.

<sup>138</sup> Desta forma, confira: MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 657.

<sup>139</sup> A teoria do risco administrativo, no entendimento Sérgio Cavalieri Filho, quando parte do pressuposto que é desempenhada em favor de todos, seus gravames devem ser também suportados por todos. Por conseguinte, deve o Estado, que a todos representa suportar o ônus da sua atividade, independente de culpa de seus sectários. Para mais, confira: FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ªed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 257.

Convém sublinhar que essa responsabilidade baseia a obrigação de recompor o eventual dano na noção de um risco existente. Ou seja, a administração pública assume o risco de gerar dano pelo exercício de sua atividade. Assim, a presunção da culpa passa a ser decorrente do risco da atividade pública, podendo a Administração, entretanto, fazer prova da sua não responsabilidade ou de culpa concorrente ou exclusiva da vítima, podendo ser afastada consoante seja a atividade disciplinada pela teoria do risco integral ou pela teoria do risco administrativo.

Em se tratando do risco integral, Diógenes Gasparini<sup>140</sup> afirma que a teoria do risco integral “obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento.”

Desta maneira, pela teoria do risco integral, a responsabilidade objetiva não pode ser excluída, não é admitida excludente, ainda que falte um dos elementos formadores da responsabilidade Estatal. Ela é adotada por alguns países, inclusive, segundo alguma doutrina, o Brasil, sendo exemplo disso a responsabilidade decorrente de dano originado por material bélico (paiol ou depósito de munições e artefatos), substâncias nucleares<sup>141</sup>, atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos<sup>142</sup> e danos ambientais.

Em um entendimento diverso, Yussef Said Cahali<sup>143</sup> indica que “qualquer que seja a qualificação atribuída ao risco - risco integral, risco administrativo, risco proveito - aos tribunais se permite exclusão ou atenuação daquela responsabilidade do Estado quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido ou concorrido como causa na verificação do dano injusto”.

---

<sup>140</sup> Cf.: GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 978.

<sup>141</sup> No Brasil a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa, senão veja: alínea “d”, do inciso XXIII, do art. 21 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>142</sup> Em relação a isso, foi editada a Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003 que dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público. Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 5.035, de 5 de abril de 2004. Confira, respectivamente, em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.744.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.744.htm)> e <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5035.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5035.htm)>. Acesso em 15/04/2012.

<sup>143</sup> Cf.: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

Importante descrever que Portugal não adotou a teoria do risco integral<sup>144</sup>. O Regime da Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, trazido pela Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro, admite a responsabilidade<sup>145</sup> pelo risco<sup>146</sup>, mas destaca que no caso de força maior ou concorrência de culpa do lesado, o tribunal, neste último caso, levará em consideração as circunstâncias, podendo reduzir ou excluir a indenização do dano.

Já a teoria do risco administrativo, no ensinamento de Arnaldo Quirino<sup>147</sup>, “decorre da teoria objetiva, e, segundo a mesma, a responsabilidade da administração pública independe de prova de culpa de seus agentes, sendo bastante para a responsabilização a demonstração do nexo causal entre o ato ilícito praticado e o dano causado.”

No Brasil, o § 6º do art. 37 da Constituição Brasileira de 1988 abrigou a teoria do risco administrativo. Em Portugal, o art. 22º, em termos gerais, e o Regime da Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas<sup>148</sup>, em termos específicos, e em uma certa medida, adotaram também a teoria da responsabilidade objetiva fundamentada no risco administrativo, já que igualmente não exigem dolo ou culpa do agente para caracterizar a responsabilidade estatal.

Em arremate, Diógenes Gasparini<sup>149</sup> assevera que, “se tais teorias obedeceram a essa cronologia, não quer isso dizer que hoje só vigore a última a aparecer no cenário jurídico dos Estados, isto é, a teoria da responsabilidade patrimonial objetiva do Estado ou teoria do risco administrativo. Ao contrário, em todos os Estados acontecem ou estão presentes as teorias da

---

<sup>144</sup> Vieira de Andrade, nesse sentido, destaca que “a responsabilidade pelo risco não é integral, na medida em que a indenização pode ser afastada pela verificação da força maior [...] e excluída ou diminuída pela culpa do lesado”. Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op cit.* p. 352.

<sup>145</sup> Para Vieira de Andrade, a responsabilidade civil pelo risco é uma responsabilidade pelo perigo, já que “trata-se, estritamente, de assegurar a responsabilidade directa, exclusiva e objectiva dos entes públicos pelos danos causados por atividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente perigosos*”. Quanto a isso, confira: ANDRADE, José Carlos Vieira de. “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140.º n.º 3969, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 345 e ss. (p. 345).

<sup>146</sup> O risco, no direito português, pode ser entendido pelas atividades, coisas ou serviços administrativos, especialmente perigosos. Nesse sentido, veja o artigo 11º, nº 1 do Regime da Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas de Portugal.

<sup>147</sup> Nesse sentido veja-se: QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 50.

<sup>148</sup> Carla Amado Gomes sintetiza que o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas “confere plena efectividade ao artigo 22º da Constituição Portuguesa na medida em que contempla todas as situações potencialmente geradoras de responsabilidade, desde a falta leve à falta dolosa”. Nesse sentido: GOMES, Carla Amado. A Responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas : Lei 67/2007, de 31 de dezembro*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 41.

<sup>149</sup> Cf.: GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 979.

culpa administrativa e do risco administrativo, desprezadas as da irresponsabilidade e do risco integral”.

Desta maneira, em regra, a culpa administrativa, notadamente pelo exercício da função administrativa, verifica-se quando houver dano decorrente da omissão da administração pública quando a lei exige um comportamento diverso, ou nas hipóteses de casos fortuitos ou de força maior. O risco administrativo ocorre nas demais hipóteses.

### **3. Espécies de Responsabilidade Civil**

#### **3.1 Contratual**

A diferenciação entre os dois tipos básicos de responsabilidade civil repousa no fato gerador do próprio dano. Assim, de acordo com o fato motivador da lesão têm-se duas espécies de responsabilidade civil do Estado: contratual e extracontratual.

De maneira bem simples, e entendendo que o conceito já é de amplo conhecimento, define-se a Responsabilidade Contratual do Estado em razão de atos ou fatos administrativos que interferem na relação contratual estabelecida entre o Estado e outro ente (público ou particular). Ou seja, quando há um incumprimento de alguma das cláusulas do contrato, e esse fato dá ensejo a uma lesão, ocorre a responsabilidade contratual. Esta responsabilidade está delimitada e se resolve com fundamento na lei (em geral) e nas cláusulas do contrato (em específico).

Consoante ensinamento de André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa<sup>150</sup> “a responsabilidade contratual decorre da violação de direitos de crédito resultantes de contrato”.

#### **3.2 Extracontratual**

A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado ou também conhecida por aquiliana, que é a única que interessa ao presente estudo, e que já foi definida acima, corresponde à responsabilidade patrimonial do Estado decorrente de condutas unilaterais, praticadas mediante ação ou omissão, com ou sem observância dos parâmetros legais, “que

---

<sup>150</sup> Nesse sentido, MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.*, p. 482.



configurem uma infração a um dever jurídico de origem não contratual”<sup>151</sup>, que causem danos a terceiros e, por isso, mereçam reparação.

Dessa forma, a responsabilidade contratual tem supedâneo nas cláusulas do contrato, a responsabilidade extracontratual opera-se segundo a lei, que disciplina a obrigação geral de não lesar quem quer que seja. Na responsabilidade contratual o fundamento da indenização se assenta no não cumprimento do pacto, bastando que a parte faça mera prova do incumprimento contratual. Já na responsabilidade extracontratual, a depender de sua natureza, o lesado deverá fazer prova, ao menos, da conduta, dos danos e do nexo entre esses dois.

#### 4. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Antes de invadir o tema, relevante destacar que no que concerne à responsabilidade civil subjetiva, temos como elementos a conduta humana (fato), o dano, o nexo de causalidade e a culpa. E quanto à responsabilidade objetiva, temos como elementos a conduta humana (fato), o dano e o nexo de causalidade (não sendo necessária a análise de dolo ou culpa).

De outra forma, tratando genericamente da responsabilidade civil do Estado, muito embora vá além do tema proposto para esse estudo, percebe-se que são cinco os pressupostos (ou elementos) que devem ser verificados cumulativamente<sup>152</sup>: o ato (voluntário ou intencional, comissivo ou omissivo, no exercício da função pública ou em face dela); a ilicitude (da ação); a culpa (ou dolo do agente, o que demonstra a intenção do agente ou, ao menos, sua voluntariedade); o dano (material ou extrapatrimonial no patrimônio do lesado) e o nexo de causalidade entre o ato e o dano).

Assim, não havendo a conjugação de todos esses elementos restaria inexistente a responsabilidade civil do Estado, muito embora algumas espécies de responsabilidade civil exijam menos pressupostos.

<sup>151</sup> Cf.: FILHO, Marçal Justen. *Op. Cit.* p. 1200.

<sup>152</sup> Estevão Cunha, dentre outros, aponta que a doutrina enumera de forma estável a existência dos cinco pressupostos. Cf.: CUNHA, Estêvão Nascimento da. *Ilegalidade Externa do Acto Administrativo e Responsabilidade Civil da Administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 215. Também, por outro lado, André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa asseveram que “a não verificação de um destes pressupostos acarreta automaticamente a inexistência de responsabilidade delitual”. Assim, cf.: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.*, p. 485. Esse também é o entendimento da jurisprudência portuguesa, como, v.g., do Tribunal Central Administrativo Sul, no Processo nº 03399/08 (Secção: CA - 2.º Juízo. Relator: Sofia David. Data do Acórdão: 22-11-2012), onde concluiu-se que a não demonstração de todos os pressupostos cumulativamente faz decair a pretensão indenizatória em juízo.

Nesse sentido, vejamos cada um desses elementos conforme o entendimento da doutrina majoritária.

#### 4.1 Ação

Em se tratando especificamente da responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato ilícito, pressupõe-se, necessariamente, que só subsiste a responsabilidade estatal quando o dano se origina de uma ação<sup>153</sup> (ou omissão) humana intencional ou voluntária. Essa ação ou omissão pode corresponder a um ato administrativo ou a um regulamento de mesma natureza. Ela também deve ser humana, porque apesar dos fatos da natureza poderem causar danos, eles não podem, a priori, ser imputados ao homem. Por outro lado, essa voluntariedade, enquanto inerente à ação humana, exprime uma liberdade de atuação da vontade do agente. Isto quer dizer que não se consideram os atos reflexos e os praticados sob coação moral ou física. Seria, pois, a disposição de praticar o ato determinado e não, propriamente, de chegar a um resultado esperado.

Por outro lado, a omissão terá uma importância para o instituto quando revelar uma não observância de uma obrigação de atuar conforme os ditames legais, ou seja, na hipótese de não se praticar um ato quando a norma exigir a atuação positiva nesse sentido.

O que é relevante sublinhar é que esse ato deve ter uma necessária correspondência com a função do agente público<sup>154</sup>, ou seja, deve ser praticado o ato no exercício da função e em decorrência desse exercício<sup>155</sup>. Isso decorre da leitura das normas constitucionais, a exemplo do § 6º do art. 37 da Constituição Brasileira e do art. 22º da Constituição Portuguesa, e do próprio artigo 1º, nº 2 do Regime da Responsabilidade Civil em Portugal.

---

<sup>153</sup> Consoante André Salgado e Marcelo Rebelo a “responsabilidade civil decorrente de actos positivos tem carácter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar activamente as posições jurídicas subjectivas de outrem; já a responsabilidade civil emergente de omissões [...] depende da existência de um dever de praticar a acção omitida [...] designado como «dever de garante». Nesse sentido: idem, ibidem, p. 486.

<sup>154</sup> Para Tiago Alcoforado Calhau, citando jurisprudência do STA, aduz que deve haver “um «nexo directo, interno, causal entre o acto ilícito e a função», devendo o acto lesivo corresponder a um acto próprio das funções do órgão ou agente em causa, ou seja, um acto que se inspira no âmbito das suas competências”. Cf.: CALHAU, Tiago Alcoforado. *Liquidação Ilegal de Imposto: Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 42.

<sup>155</sup> José dos Santos Carvalho Filho assevera que “ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*). Assim, confira: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Op. Cit.*, p. 694.

Dessa maneira, a ação, como um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, deve ser praticada por pessoa com competência para praticar tal ato<sup>156</sup>. Ou seja, não se pode exigir que o Estado se responsabilize por ato praticado por pessoa alheia ao serviço público. Isto quer dizer que aquele que praticou a ação deve ter realizado o ato em nome do Estado, e/ou com o consentimento deste. Nesse sentido, ainda que o ato tenha extrapolado a competência do agente ou tenha ocorrido um excesso em sua execução, o início da ação, ou ao menos o núcleo do ato, era legal.

#### 4.2 Fato ilícito

No contexto da enumeração dos pressupostos, o fato ilícito representa um ato (ou fato) voluntário praticado pelo Estado (ou pelas entidades públicas) por meio de seus representantes (agentes públicos). Esses atos tanto podem ser ações como omissões (consideradas relevantes), que são praticadas em decorrência da atividade administrativa, e em função dela.

O fato ilícito (ou a ilicitude) decorre da violação das normas legais. Ilicitude é sinônimo de antijuridicidade<sup>157</sup>. Com efeito, ilícito é o comportamento humano voluntário que infrinja o conjunto normativo, bem como as regras e os princípios que o acompanha.

Importa destacar, por oportuno, que a ilicitude não se prende tão fixamente à imputabilidade, como poderia sugerir alguma doutrina. O fato continuará a ser ilícito, muito embora, em razão de uma possível inimputabilidade, possa não ser imputável àquele que o tenha praticado, mas ao seu responsável legal<sup>158</sup>.

De outra forma, e segundo o art. 9º do Regime da Responsabilidade Civil do Estado em Portugal, “consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de

---

<sup>156</sup> Na leitura de Carlos Cadilha “excluem-se do âmbito da responsabilidade administrativa, a atividade de gestão privada dos entes públicos, por um lado, e, por outro, os actos lesivos que tenham sido praticados, por titulares de órgãos, funcionários e agentes, fora do exercício funções ou, no exercício das funções, mas não por causa desse exercício, e que, por isso, se devam qualificar como *actos pessoais* dos seus respectivos autores materiais”. Assim, confira: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. 2ª edição. Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 141.

<sup>157</sup> Nesse sentido, MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. Cit.*, p. 486.

<sup>158</sup> Com efeito, o artigo 928 do Código Civil brasileiro atribui a responsabilidade ao responsável legal do incapaz por ato desse, mas permite que o incapaz seja responsabilizado quando o seu responsável não tenha obrigação ou não dispõe de meios para tanto. No mesmo sentido são os artigos 488 e 489 do Código Civil português.

que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”. Dessa maneira, não é qualquer ação ilícita que terá relevância para o instituto da responsabilidade civil, mas apenas aquela que viole a norma que tutela a posição jurídica subjetiva cuja lesão se pretende ver reparada<sup>159</sup>.

A própria redação do art. 186 do Código Civil brasileiro também destaca o que pode ser entendido como ato ilícito. Assim, segundo essa norma “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”<sup>160</sup>. Contrário sensu, a ilicitude (ou o ato ilícito) seria a violação do direito pela prática de uma ação (ou omissão) que cause dano a outrem. Mais uma vez a norma exige a violação de um direito legalmente protegido, seja por fazer o que não se podia ou deixar de fazer o que se era esperado.

Por outro lado, Carlos Cadilha afirma que “fora do conceito de ilicitude ficam as ilegalidades sanáveis e, designadamente, a preterição ou inobservância de trâmites procedimentais que se degradam em formalidades não essenciais, e bem assim, todas as ilegalidades não invalidantes, como é o caso dos vícios que não implicam a anulação contenciosa por efeito da aplicação, pelo tribunal, do princípio do aproveitamento do acto administrativo”<sup>161</sup>.

Vale lembrar, por fim, que a antijuridicidade da conduta por ser ilidida quando se encontrarem presentes algumas cláusulas específicas, também denominadas de “causas de justificação da ilicitude”<sup>162</sup>. Essas causas, segundo boa parte da doutrina, podem ser elencadas como: o estrito cumprimento de um dever legal; o estado de necessidade (exculpante ou justificante); o consentimento da vítima e a legítima defesa própria ou de terceiro.

Assim, via de regra, essas causas excluem a ilicitude do ato e afastam a obrigação de reparação do dano eventualmente causado à vítima.

### 4.3 Culpa

Basicamente, o comportamento humano divide-se, dentre outros, quanto a forma que se exterioriza. Ou seja, dizemos que ele é doloso quando praticado de forma intencional ou

---

<sup>159</sup> Idem, *ibidem*. p. 487.

<sup>160</sup> Cf.: art. 186 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

<sup>161</sup> Cf.: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>162</sup> Nesse sentido: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. Cit.*, pp. 487 a 491.

consciente. Por outro lado há culpa (comportamento culposo), quando esse ocorreu por inobservância de uma regra ou dever legal. A culpa, portanto, engloba o dolo e a culpa (*stricto sensu*).

Assim, por culpa pode-se entender como o elo entre o fato e o agente causador do dano. É o elemento volitivo da conduta humana. Ela “consiste na preterição da diligência pela qual a lei exigia que o autor do facto voluntário e ilícito tivesse pautado a sua conduta”<sup>163</sup>.

A culpa *latu sensu* tem um elemento objetivo, que pode ser definido como a violação da esfera de proteção jurídica de um terceiro, e um integrante subjetivo ou psicológico, que pode ser delimitado como a previsão ou a possibilidade da previsão quanto a ocorrência do eventual dano.

Por outro lado, a culpa *strictu sensu*, que é aquela que não está presente na responsabilidade objetiva do Estado, eis que dispensável sua análise, tem como elementos a negligência, a imperícia e a imprudência na prática de um ato.

Nessa modalidade de culpa (*strictu sensu*), o agente praticou uma ação (ao menos) voluntária, mas não pretendeu o resultado verificado, que seria previsto ou previsível. Essa previsão ou previsibilidade decorre de um comportamento medianamente esperado por todos, muito embora não se possa, em tese, estabelecer um padrão geral de comportamento. Por isso é muito relevante definir, de uma forma razoável, se o resultado da ação era previsto ou previsível. Caso não seja possível definir o resultado se aproximará do caso fortuito ou da força maior, o que poderá excluir a imputação da responsabilidade.

Dessa maneira, a culpa deverá sempre ser verificada no caso concreto, diante das circunstâncias do fato.

#### **4.3.1 Culpa Leve e Culpa Grave**

A legislação e a doutrina brasileiras não trabalham fundamentalmente a diferenciação entre culpa leve e a culpa grave, já que o elemento central é o próprio dano<sup>164</sup> e não a gradação da culpa daquele que o deu causa. Situação que se vê presente nas normas e na doutrina portuguesas.

---

<sup>163</sup> Idem, Ibidem. p. 491.

<sup>164</sup> Vide o art. 944 do Código Civil brasileiro que dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. A gradação da culpa assume uma função subjacente, influenciando a fixação da indenização.

Dessa forma, o próprio regime da responsabilidade civil do Estado em Portugal define culpa grave como sendo aquela ação praticada com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo. Culpa leve seria, portanto, quando o agente não agisse dessa forma.

A culpa leve, segundo o regime da responsabilidade civil, e no caso da prática de ação ou omissão ilícita, isenta o agente público da responsabilização, atribuindo ao Estado a responsabilidade exclusiva pelos danos eventualmente praticados.

Em adição, o próprio regime<sup>165</sup> reforçando a diferenciação de tratamento, atribui a responsabilidade solidária dos titulares de órgãos, funcionários e agentes com o Estado na hipótese de prática de ação ou omissão ilícita com dolo ou culpa grave.

#### **4.4 Dano**

Como um quarto pressuposto, o dano (indenizável<sup>166</sup>) é qualquer prejuízo material (ou imaterial) suscetível de apreciação ou determinação pecuniária. Esse conceito nos leva a definir que há também um dano não indenizável, que seria aquele que por sua natureza seja impossível quantificar ou não atinja de tal forma a esfera física ou patrimonial da vítima que mereça uma reparação.

Ou seja, muitas vezes os danos não ultrapassam os limites do aceitável ou suportável e são definidos como meros dissabores da vida em sociedade. Além disso, alguns danos originam-se de condutas lícitas do Estado ou, ainda que ilícitas, são abarcadas pelas excludentes de ilicitude, e por isso devem ser suportadas pelo particular.

De outro lado tem-se que o dano deve ser certo (determinado) ou determinável. Além disso, o dano deve ser visto como aquilo que a vítima efetivamente perdeu ou deixou de lucrar em razão do evento danoso. Por isso os danos subdividem-se nas categorias dos danos emergentes (que seriam o prejuízo material ou imaterial sofrido) e dos lucros cessantes ou danos futuros (que podem ser entendidos como aquilo que o sujeito deixou de receber em face

---

<sup>165</sup> Art. 8º do RRCEE.

<sup>166</sup> Estêvão Cunha faz bem a distinção entre qualquer prejuízo ou qualquer dano naturalístico do dano juridicamente relevante e, por isso, indenizável. Assim, cf.: CUNHA, Estêvão Nascimento da. *Op. Cit.* pp. 294 a 297.

da interrupção de uma atividade que ele desenvolvia (ou que poderia estar desenvolvendo) causada pelo evento danoso)<sup>167</sup>.

O próprio RRCEE estabelece, em seu art. 3º, nº 1, que aquele que esteja obrigado a reparar o dano “deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. É em razão disso que se busca, em regra, a imputação de um dano que pode ser quantificado ou delimitado para facilitar e viabilizar sua reconstituição. No caso de existir um dano indeterminável ou de difícil delimitação, o juiz, no caso concreto, poderá fazer uma estimativa ou utilizar regras processuais para chegar a um valor adequado e razoável.

#### **4.5 Nexo de causalidade**

Quando se está perante um fato simples, fica fácil chegar-se à causa do dano, pois se estabelece facilmente a ligação entre o fato e o dano. Todavia, quando há uma multiplicidade aparente de causas o operador deve lançar mão de algumas teorias para encontrar a causa do dano, mesmo que nenhuma das teorias responda prontamente acerca do fato que originou o prejuízo.

Nesse sentido, o elemento mais complexo e, talvez por isso, um dos mais importantes e essenciais da responsabilidade civil é a verificação do nexos causal entre a conduta e o dano provocado. O nexos de causa ou de causalidade tem uma íntima relação com as causas externas da ação ou da omissão de um agente que viola direito de terceiro e causa um prejuízo material ou imaterial. É o fato que liga a ação (ou omissão) ao prejuízo, não podendo qualquer pessoa ser responsabilizada se aquele comportamento por ela adotado não tiver dado causa ao dano.

Algumas teorias buscam explicar o nexos de causalidade, citaremos as 3 principais:

- Teoria da equivalência das condições;
- Teoria da causalidade adequada; e
- Teoria da causalidade direta e imediata ou do dano direto e imediato.

De acordo com a teoria da equivalência das condições (ou teoria da “*conditio sine qua non*”, formulada por Von Buri), todas as variáveis que concorrem para a ocorrência do evento

---

<sup>167</sup> Cf.: arts. 402 e 403 do Código Civil brasileiro e 483º e 564º do Código Civil português e art. 3º, 3 do RRCEE.

(e tenham ligação com seu respectivo resultado) podem ser consideradas como causa. Ela não elenca diferença entre os antecedentes, essa é a razão de chamá-la de equivalência das condições, já que todas essas variáveis se equivalem.

Causa, portanto, é a ação omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido<sup>168</sup>. Assim, basta que o fato seja antecedente ao dano para que o autor da ação seja responsabilizado. Essa ampliação demasiada é o grande problema dessa teoria, já que a fórmula retornaria ao infinito e tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males da humanidade<sup>169</sup>.

Para a teoria da causalidade adequada, criada pelo filósofo alemão Johannes Von Kries e adotada pelo direito civil brasileiro<sup>170</sup>, causa “será só o antecedente necessário que deflagrou o dano”<sup>171</sup>. Ou seja, causa é só aquilo que tem potencial para gerar o dano. O antecedente deve ser necessário e adequado para tanto. Diversamente da teoria antecedente, aqui existe uma diferenciação entre a causa e a condição.

Dessa maneira, para se encontrar a causa do dano, faz-se um exercício de abstração e retira-se, mediante uma análise de probabilidade, toda a ação que não seria adequada para resultar no dano, permanecendo aquela que se mostra com aptidão para fazer nascer o resultado danoso.

Tem-se como exemplo um agente que efetua um disparo de arma de fogo contra um indivíduo, matando-o. Nesse caso, para a teoria da causalidade adequada, apenas o ferimento causado pelo disparo da arma (ou da munição) que atingiu a vítima, ocasionado pelo acionamento do gatilho, é causa da morte do indivíduo.

A ideia principal para a compreensão dessa teoria encontra-se na hipótese onde apenas a ação anterior ao dano que tenha aptidão abstrata para gerar o resultado, considerando-se uma maior probabilidade, pode ser encarada como causa.

Portugal também parece ter adotado essa teoria quando observamos o art. 563 do Código Civil português<sup>172</sup>.

<sup>168</sup> Cf.: FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 51

<sup>169</sup> Cf.: PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 286.

<sup>170</sup> Sérgio Cavalieri Filho afirma que o art. 403 do Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada, muito embora haja alguma divergência. Nesse sentido, confira: FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>171</sup> Cf.: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Vol. 4. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

<sup>172</sup> Consoante o art. 563: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.



A grande crítica que sofre essa teoria, além de sua imprecisão, é o fato de que ela permite que seja utilizada em demasia a subjetividade e a discricionariedade de quem vai julgar o fato, já que ele será o responsável por fazer o exercício da abstração.

Já para a teoria da causalidade direta e imediata ou do dano direto e imediato, também chamada (dentre outros) de teoria da interrupção do nexo causal, causa seria unicamente o fato antecedente que fizesse nascer o dano em decorrência de seus efeitos diretos e imediatos. Essa teoria é mais razoável e seria um contraponto entre as duas teorias anteriores. Ela afasta as condutas distantes e considera as ações próximas que interromperam o nexo causal das demais e, por isso, são consideradas as causas diretas do evento danoso.

## **5. Excludentes ou minorantes de Responsabilidade**

Quando se aborda o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, notadamente pelo uso abusivo do poder de polícia, a regra é que se tenha<sup>173</sup> que indenizar todo aquele lesado pela atividade estatal<sup>174</sup>. Todavia, nenhuma regra é absoluta. Assim, várias são as possibilidades de exclusão ou diminuição da responsabilidade civil do Estado, como a legítima defesa; o estrito cumprimento do dever legal; o estado de necessidade; o exercício regular de um direito; a culpa exclusiva da vítima; o caso fortuito e a força maior; o fato de terceiro; o consentimento do lesado; a ação direta e a culpa concorrente.

Nesse sentido, as cláusulas excludentes e minorantes da responsabilidade civil rompem o nexo de causa e afastam (ou diminuem) a responsabilização pela prática do ato ilícito e a consequente indenização. Vejamos, portanto, algumas definições.

A legítima defesa consiste no afastamento de perigo (agressão injusta) atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos recursos disponíveis. O excesso ou desproporção na defesa pode constituir uma nova agressão e, por isso, afastar a justificante. O art. 188 do código civil brasileiro afirma que os atos praticados em legítima

---

<sup>173</sup> Segundo Canotilho e Vital Moreira, “o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos e o princípio da solidariedade nacional são legitimadores de atribuição de compensações indemnizatórias às vítimas”. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...*, *Op. cit.*, p. 437.

<sup>174</sup> Também para André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa “a responsabilidade civil [...] decorre do princípio da justa distribuição dos encargos públicos: [...] os prejuízos resultantes do exercício de uma actividade que visa a prossecução do interesse colectivo devem ser suportados pela colectividade que dela beneficia e não exclusivamente pelo lesado”. Assim, os benefícios e os prejuízos devem ser suportados por todos. Nesse sentido, veja: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. Cit.* p. 508.

defesa não constituem atos ilícitos. O art. 337º do código civil português vai além e exige que para justificar o ato o “prejuízo causado pelo acto não seja manifestamente superior ao que pode resultar da agressão”. No mesmo dispositivo, o legislador considera também justificado o excesso na legítima defesa, desde que esse excesso seja “devido a perturbação ou medo não culposos do agente”.

O estrito cumprimento do dever legal, por óbvio, afasta a ilicitude da conduta, já que o autor da ação a pratica observando regras legalmente impostas. É o caso, por exemplo, quando um agente policial efetua uma prisão e usa da força necessária para conduzir o detido à presença da autoridade policial.

Por seu turno, o estado de necessidade refere-se a ação dirigida à “destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”<sup>175</sup>. Para fins dessa justificante, o valor do bem deve ser igual ou inferior ao do bem que se busca proteger. Além disso, a ação deve ser totalmente necessária, não deve haver outra forma de atuação e ainda deve estar dentro dos limites (razoáveis) para afastar o perigo.

Já o exercício regular de um direito, quando efetivamente regular, afasta<sup>176</sup> qualquer ilicitude da conduta, porquanto o autor da ação amparar-se no ordenamento jurídico para a prática do ato. O exercício de um direito além dos limites razoáveis constitui abuso de direito, sujeito às sanções legais. A grande questão é saber definir até onde se encontra o exercício regular e onde começa o exercício abusivo do direito. E esse debate normalmente redonda numa colisão de direitos. Para solucionar esse impasse foi adotado o critério finalístico<sup>177</sup> para a teoria do abuso do direito, derivada do direito francês, estabelecendo-se, assim, limites mais definidos.

Por outro lado, não há que se falar em responsabilidade do Estado quando se está diante de uma culpa exclusiva da vítima. É o caso, por exemplo, quando determinada pessoa morre ao colidir seu veículo em via pública ou mesmo contra um bem público. Contudo, se restar comprovado na hipótese concreta que o Estado omitiu-se no dever de sinalizar ou conservar a via pública poderá haver culpa concorrente ou mesmo responsabilidade exclusiva do Estado.

---

<sup>175</sup> Redação do art. 339º do código civil português.

<sup>176</sup> O art. 188 do código civil brasileiro é expresso ao legitimar o exercício regular de um direito reconhecido, já o art. 334º do código civil português, em linguagem inversa, afirma a ilegitimidade do exercício do direito quando esse exercício é irregular.

<sup>177</sup> De acordo com esse critério, constitui ato ilícito se o exercício do direito excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em relação ao caso fortuito e a força maior, parte da doutrina, por vezes, utiliza esses termos como sinônimos, muito embora haja consenso na diferença entre ambos os institutos. O código civil português define a força maior como “toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa”<sup>178</sup>. O caso fortuito seria um acontecimento desconhecido e imprevisível. Para Carlos Alberto Fernandes Cadilha<sup>179</sup>, tanto um quanto outro tem o mesmo significado e consistem “num facto de terceiro ou num acontecimento natural”. Em regra, quando da ocorrência desses elementos, há o rompimento do nexo causal e a consequente isenção da responsabilidade civil. O nº 1 do art. 11º do RRCEE descreve que havendo prova da força maior o Estado não será responsabilizado pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços especialmente perigosos. Ocorre que em face do risco administrativo tanto um quanto outro nem sempre servirão para romper o nexo de causalidade e afastar a responsabilidade civil pelos danos. Ou seja, quando estamos diante da responsabilidade do Estado, a teoria do risco administrativo afirma que a atividade estatal criou um risco que deve ser suportado pela própria administração, principalmente quando estamos diante da responsabilidade do Estado pelo risco social e a própria solidariedade presente nesse contexto, situações referidas com propriedade por José Carlos Vieira de Andrade<sup>180</sup>.

Assim, a força maior, como um acontecimento imprevisível da natureza e que ocorre à revelia da intenção dos envolvidos, também exclui (em regra) a responsabilidade estatal, já que não há comportamento imputável ao ente público. Entretanto, mesmo diante de uma força maior (ou caso fortuito<sup>181</sup>), se ficar comprovado que o Estado deixou de adotar medidas preventivas, por exemplo, poderá responder pelos danos causados na modalidade omissiva.

Nessa linha de pensamento, o fato de terceiro é aquela situação onde uma terceira pessoa, que não o autor do dano ou a vítima, participa da cadeia causal e, em razão disso, afasta a responsabilidade daquele que gerou diretamente o dano. É o caso, por exemplo, de um indivíduo que colide seu veículo com uma viatura policial e esta, desgovernada, atinge e atropela a vítima. Na hipótese citada a jurisprudência, que não é pacífica, atribui a responsabilidade ao Estado, que terá o direito de regresso contra aquele terceiro e, em outras

<sup>178</sup> Nº 2 do Art. 509º do Código Civil Português.

<sup>179</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. cit.* p. 226.

<sup>180</sup> Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D... *Op. cit.* p. 361 e ss.

<sup>181</sup> André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa definem caso fortuito como circunstâncias imprevisíveis, ainda que, a terem sido previstas, fossem evitáveis (por exemplo, um comportamento humano não gerador de responsabilidade civil). Nesse sentido, veja-se: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.* p. 506.

ocasiões, o isenta de responsabilidade, apontando o terceiro como o causador do dano<sup>182</sup>. Essa tarefa, contudo, será do causador direto do dano que buscará provar que foi apenas um instrumento na ocorrência do dano.

Por sua vez, o consentimento do lesado, por óbvio, e por tratar-se de direitos disponíveis, afasta a responsabilidade do causador do dano. Esse consentimento, entretanto, para gerar efeitos, deve ser livre e consciente, ainda que presumível. O que não afasta a ilicitude do ato.

Em relação à culpa concorrente, descreve o art. 4º do Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas de Portugal<sup>183</sup>, que “quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

Em igual sentido, o nº 1 do art. 11º do mesmo regime<sup>184</sup> detalha que “o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização”.

Dessa maneira percebe-se que a responsabilidade civil do Estado, em regra, poderá ser excluída ou atenuada, segundo as circunstâncias do fato ou o comportamento do lesado.

Neste entendimento, mesmo estando diante da regra do risco integral, os tribunais aplicarão a teoria da culpa anônima ou da culpa administrativa, onde poderão estabelecer o grau de responsabilidade do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>185</sup> destaca, citando entendimento da jurisprudência e a legislação, que “quando houver culpa da vítima, há que se distinguir se é sua culpa exclusiva

---

<sup>182</sup> Cf.: GAGLIANO, Pablo Stolze & FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. III, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 116 e ss.

<sup>183</sup> Regime aprovado pela Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro.

<sup>184</sup> Idem.

<sup>185</sup> Cf.: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* pag. 652.

ou concorrente com a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima”.

Dessa forma, a culpa exclusiva do lesado, portanto, por excluir o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano verificado afasta (em regra) a própria responsabilidade da administração pública. Já a culpa concorrente tem o condão de atenuá-la.

## **6. Prescrição do direito à reparação patrimonial**

Assim como em toda relação jurídica, o não exercício de um direito pode levar ao perecimento desse mesmo direito. Dessa maneira, respeitadas algumas situações legalmente definidas, a não atuação do particular no prazo legal acarreta a prescrição do direito à reparação patrimonial (material ou imaterial) por dano causado pelo Estado.

Nesse sentido, e segundo o que normatiza o art. 1º-C da Lei nº 9.494 de 10 de setembro de 1997, prescreve em 05 (cinco) anos “o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

Todavia, a regra geral é a que prevê que a prescrição ocorra no prazo de 03 (três) anos. O art. 206 do Código Civil brasileiro define que “prescreve [...] § 3º - Em três anos: [...] V – a pretensão de reparação civil”.

Por outro lado, e consoante o preconizado na parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal brasileira<sup>186</sup>, as ações de ressarcimento aos danos causados ao patrimônio público são imprescritíveis, o que não impede a ocorrência da prescrição dos ilícitos que tenham dado ensejo a esses mesmos danos.

No direito português o art. 498º do Código Civil estabelece que “o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete [...]”

---

<sup>186</sup> Disciplina o § 5º do art. 37 que: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**” (grifo ausente no original).

## CAPÍTULO 4 - RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATO ILÍCITO

### 1. Responsabilidade civil pelo uso abusivo do Poder de Polícia

Definido o que vem a ser poder de polícia<sup>187</sup> e estabelecido os limites (razoáveis) do seu uso regular, além de descrever conceito, espécies, histórico e excludentes da responsabilidade civil extracontratual do Estado, cabe agora definir (sem pretender esgotar o assunto) a responsabilização patrimonial do Estado em face de sua atuação ilícita, consubstanciada especificamente no uso abusivo do poder de polícia.

Assim, se o poder de polícia da administração pública encontra limites, dentre outros, nos princípios da legalidade e da razoabilidade, qualquer ato praticado na esfera da função administrativa e consubstanciado no poder de polícia, que violar esses limites estabelecidos e causar danos ao particular constitui ato ilícito<sup>188</sup> e gera, automaticamente, o dever de indenizar para o Estado.

De acordo com André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa<sup>189</sup> “existe a responsabilidade civil delitual (ou por fato ilícito) da administração e, como tal, dever de indenizar, quando [...] (houver), cumulativamente [...]: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade”.

Desta forma, quando o Estado, por meio de seus agentes, na pretensão de limitar direitos e garantias individuais, em benefício de uma coletividade, causar lesão ao patrimônio moral ou material de outrem deve indenizá-lo. É o que a jurisprudência no Brasil em várias oportunidades vem a confirmar, como exemplo, pode se ver:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AGRESSÃO FÍSICA. POLICIAIS MILITARES. DANO MORAL. De acordo com o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado, por ato de seus agentes, é objetiva, encontrando respaldo na teoria do risco administrativo. Dever do Estado de indenizar os danos causados por seus agentes, desde que comprovados e presente o nexo de causalidade. Caso em que o autor foi agredido por policiais militares, que atendiam a chamado em sua residência, em virtude de discussão familiar. Provas

<sup>187</sup> Poder de polícia, mais uma vez, como o poder da administração pública de limitar direitos e liberdades individuais em favor da coletividade, como explanado nas páginas antecedentes.

<sup>188</sup> O próprio nº 1 do artigo 11º do Regime da Responsabilidade Civil [...] descreve que “consideram -se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

<sup>189</sup> Cf.: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.* p. 485.

documental e testemunhal que confirmam o nexo de causalidade entre a ação dos agentes públicos e o dano moral causado ao demandante. Excesso na atuação dos agentes públicos. Valor da reparação mantido. Agravo retido não conhecido e apelações desprovidas. (Apelação e Reexame Necessário N° 70013605654, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 08/03/2006).

Ou também:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLÊNCIA PERPETRADA POR POLICIAIS. DISPARO DE ARMA DE FOGO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. DEVER DE INDENIZAR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º DO CPC. REVISÃO. SÚMULA N.º 07 DO STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Ação indenizatória ajuizada contra o Estado, ao argumento do autor ter sofrido danos patrimoniais e morais, vez que alvejado por quatro tiros disparados por policial militar, que invadiu sua residência, praticando a conduta dolosa, ao argumento de desarmá-lo, ferindo-lhe gravemente nas pernas, razão pela qual encontra-se incapacitado para o trabalho.

2. [...].

3. [...] inobstante, à atitude da vítima, deveriam os policiais estarem preparados e agirem com cautela devida, mesmo porque, conhecedores antecipadamente, do estado de desespero que se encontrava Sebastião. De igual sorte, não se pode crer que policiais, preparados e, em número superior, para conter um cidadão embriagado tivesse a necessidade de desferir contra ele vários disparos. [...] Conforme bem anotou o douto magistrado, ainda que, estivessem os policiais acobertados pela excludente, conforme quer fazer crer o Estado, sua responsabilidade civil, remanesceria.

Oportuno ainda consignar, que a versão trazida pelo apelante difere daquela encontrada nos autos. É o próprio laudo pericial quem esclarece a inexistência de evidência de que tenha a vítima efetuado disparo no interior do imóvel, conforme dito por um dos policiais. Comprovado o dano sofrido pela vítima e a ação danosa, praticada por agentes do Estado, exsurge o dever de indenizar. (...) (AgRg no REsp 830318 /MT. Relator Ministro: LUIZ FUX. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 09/10/2007).

Gabriel Doménech Pascual<sup>190</sup> também traz exemplos da jurisprudência relativos a responsabilidade do Estado. Um deles trata da responsabilidade civil do Município de Huétor Tájar quando este suspendeu ilegalmente as atividades de um estabelecimento comercial.

Outros exemplos podem ser imaginados quando agentes da ANVISA<sup>191</sup> ou da ASAE<sup>192</sup> exorbitam do seu poder de polícia e interditam ou impedem o funcionamento de um

<sup>190</sup> O caso é retratado no STS de 30 de outubro de 1990 (RJ 8338). Nesse sentido, confira em PASCUAL, Gabriel Doménech. “Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”. In *Revista de Administración Pública*. núm. 183, Madrid, septiembrediciembre (2010), págs. 179-231 (p.189).

<sup>191</sup> A ANVISA é uma agência reguladora brasileira que tem a finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, como descrito no próprio sítio do órgão. Nesse sentido confira em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/agencia>>. Acesso em 12/04/2012.

estabelecimento comercial quando a sanção máxima pela conduta observada seria uma multa. Da mesma forma ocorre quando um agente de polícia (no exercício da preservação da segurança pública) agride fisicamente um detido e causa-lhe lesões corporais. Ou então, um agente da administração pública, agindo nesta qualidade, realiza a demolição de um imóvel simplesmente para atender a vontade própria.

O fundamento legal da imputação da responsabilidade civil ao Estado, sob o ponto de vista objetivo, encontra amparo, inicialmente, na Constituição da República Portuguesa, onde o artigo 22.º aponta que “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções 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**”. *(grifo ausente no original)*

Com igual fundamento, o nº 5 do art. 27º da mesma Constituição, indica que “a privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer”. Essa norma volta-se primordialmente contra os eventuais abusos praticados por agentes do Estado munidos do poder de polícia, já que, em regra, e geralmente, são os policiais da polícia administrativa e da polícia judiciária, e até mesmo magistrados<sup>193</sup>, que tem a competência legal para praticar atos voltados à privação da liberdade daqueles que são (ou devem ser) presos em flagrante ou em virtude de mandado de prisão ou mesmo fora das hipóteses descritas no nº 3 do mesmo artigo.

Na mesma corrente, o art. 271.º do mesmo diploma legal afirma que “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”.

Desta forma, se o nº 2 do art. 272, deste mesmo diploma legal, sublinha que “as medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”, qualquer violação a este limite constitucionalmente imposto, que

---

<sup>192</sup> A ASAE, como informado no sítio do órgão, é a autoridade administrativa nacional (de Portugal) especializada no âmbito da segurança alimentar e da fiscalização económica. Nesse sentido, confira em: <<http://www.asae.pt/>>. Acesso em 12/04/2012.

<sup>193</sup> A responsabilidade civil, nesta hipótese, poderia ser enquadrada na responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (arts. 13º e 14º do Regime da Responsabilidade Civil)



cause lesão a um bem legalmente protegido, acarreta responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar.

O próprio Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei 67/2007, estabelece, de forma mais específica, na seção I do capítulo II a responsabilidade pelo fato ilícito. Dentro desta matéria, o art. 7º, nº 1 determina que o Estado será exclusivamente responsável pelos danos resultantes das ações (ou omissões) ilícitas, praticadas com culpa leve por seus agentes.

Todavia, quando se fala do uso (abusivo) do poder de polícia, só se pode estar falando de um ato voluntário praticado dolosamente, de forma intencional<sup>194</sup> (ou, em algumas hipóteses, com culpa grave<sup>195</sup>).

Como corolário, a responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder de polícia é objetiva<sup>196</sup> e sua aplicação será fundamentada no art. 8º do Regime da Responsabilidade Civil<sup>197</sup>. Senão, veja: diz o nº 1 do art. 8º que “os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo<sup>198</sup>”.

Dessa maneira, como bem trata o nº 2 do mesmo art. 8º, “o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária<sup>199</sup> com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse

<sup>194</sup> Jean Waline assevera que a conduta dolosa constitui uma culpa pessoal. Ele cita o exemplo de um policial que atua contra uma pessoa com a qual tem uma rixa antiga. Assim, confira: WALINE, Jean. *Op. cit.* pp. 505 e 506.

<sup>195</sup> A culpa grave (ou negligência grave) é definida pelo nº 1 do art. 8º do próprio Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, que diz que ela seria a diligência e o zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo (por ele ocupado). Igual definição é dada também por André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa, nesse sentido confira: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.* p. 492.

<sup>196</sup> Vieira de Andrade, que entende que o sistema de responsabilidade objetiva pura é “excessivamente rígido, desproporcionado e porventura insustentável”, afirma que há uma tendência de subjetivação da análise da atuação administrativa em relação à sua responsabilidade civil por fato ilícito. Nesse sentido, confira: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.* p. 350.

<sup>197</sup> Essa nova sistemática representou uma sensível alteração na atribuição da responsabilidade civil definida de forma precedente nos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 48.051 de 21 de novembro de 1967. Para mais, confira em: [http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-vi-leis/pdf-vi-1/dl-48051-1967/downloadFile/file/DL\\_48051\\_1967.pdf?nocache=1182169459.78](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-vi-leis/pdf-vi-1/dl-48051-1967/downloadFile/file/DL_48051_1967.pdf?nocache=1182169459.78). Acesso em 13/04/2012.

<sup>198</sup> Como dito anteriormente, essa *diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo* equivale à culpa grave.

<sup>199</sup> Esse dispositivo segue, portanto, o preconizado no art. 22 da Constituição Portuguesa, que define que “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma **solidária** com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções 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” (grifo ausente no original).

exercício<sup>200</sup>”. *Contrario sensu*, se as ações ou omissões não forem praticadas no exercício de suas funções ou por causa desse exercício, o agente responderá sozinho pelo dano<sup>201</sup>.

Cabe definir, portanto, neste momento, se o uso abusivo ou excessivo do poder de polícia, ou seja, aquele que contraria o n° 2 do art. 272° da Constituição Portuguesa, constitui um ato funcional, ainda que ilegal e irregular, ou corresponde a um ato pessoal, que ultrapassa os limites funcionais do agente e, por isso, não merece que o Estado (administração pública) se responsabilize, ainda que solidariamente, com o seu agente, protegendo o direito dos cidadãos.

No ensinamento de Carlos Alberto Fernandes Cadilha<sup>202</sup>, por ocasião do Decreto-Lei n° 48.051 de 21 de novembro de 1967 (norma revogada pela Lei 67/2007), o art. 3° n° 1 definia que haveria uma responsabilidade exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, quando os atos ilícitos excedessem os limites das suas funções, notadamente quando as ações funcionais envolvessem abuso de autoridade ou excesso de poder. Todavia, como ele mesmo ressalta, o n° 2 do art. 3° da norma revogada afirmava que na hipótese de ação dolosa a pessoa coletiva e o agente teriam sempre responsabilidade solidária.

Com efeito, a responsabilidade exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes ocorre unicamente na hipótese da prática de ato fora do exercício de suas funções, na sua esfera privada<sup>203</sup>, sem qualquer liame entre o ato e o cargo que ele ocupa.

Ora, com esse entendimento, se o abuso de autoridade ou excesso de poder é praticado com dolo, não haveria, portanto, hipótese de responsabilidade exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, já que o abuso do poder (ou seu excesso) seria praticado sempre em razão da função ou a pretexto de exercê-la.

Nesta linha de pensamento, há sempre a responsabilidade solidária entre o Estado (e as demais pessoas coletivas de direito público) e os titulares de órgãos, funcionários e agentes

---

<sup>200</sup> Esse é também o entendimento de Maria José Rangel de Mesquita quando expõe que o dispositivo é uma inovação em relação ao Decreto-Lei n° 48.051, que apenas previa a responsabilidade solidária no caso de procedimento doloso, e não de culpa grave. Para mais, veja-se: MESQUITA, Maria José Rangel de. *Op. cit.* p. 20.

<sup>201</sup> Nesse sentido, Carlos Alberto Fernandes Cadilha ressalta que no anterior diploma legal (Decreto-Lei n° 48.051 de 21 de novembro de 1967) o art. 3° n° 1 definia uma responsabilidade exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes quando os atos praticados excedessem os limites das suas funções. Para mais, confira: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Op. Cit.*, p. 139

<sup>202</sup> *Ibidem* (para autor e obra), pp. 139 e 140.

<sup>203</sup> Esse é o entendimento de André Salgado de Matos e Marcelo Rebelo de Sousa quando afirmam que “os actos não funcionais são actos da esfera privada das pessoas que os praticam” Por outro lado, sustentam os autores, “para que um acto seja considerado funcional: tem que ser praticado por um titular de órgão ou agente de uma pessoa colectiva administrativa e tem que ser praticado no exercício das funções [...] e por causa dessas funções”. Assim, confira: MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Op. cit.* p. 485.

que praticarem abuso de poder (especificamente, para o fim deste trabalho, o abuso do poder de polícia). Assim, consoante o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>204</sup>, essa solidariedade é uma garantia dos funcionários ou agentes do Estado perante terceiros, já que no caso da verificação de culpa por parte deles, tanto o lesado quanto o Estado pode demandá-los judicialmente, seja através do chamamento à demanda, seja por ação de regresso.

A norma legal, portanto, e como não poderia ser diferente, conferiu ao lesado a possibilidade de escolha no seu direito de ação. No que toca especificamente à responsabilidade civil por ato ilícito, como há uma solidariedade entre o autor do dano e o Estado, o lesado pode escolher acionar diretamente o servidor (ou funcionário) ou ele pode demandar o ente estatal, ou ainda ambos conjuntamente.

Nessas hipóteses, quando a vítima aciona civilmente, e de forma direta, o servidor pelo ato praticado, a responsabilidade civil do Estado resolve-se. Ou seja, o Estado não poderia ser demandado e nem seria o caso de uma ação regressiva, já que este não arcou com qualquer indenização ou ressarcimento à vítima.

Caso a vítima opte por demandar o Estado diretamente a opção processual mais adequada<sup>205</sup> e econômica para o Estado seria chamar à lide<sup>206</sup> o funcionário ou servidor. Assim, se restar comprovada a ação dolosa (abuso) do servidor e ficar caracterizada a responsabilidade civil, o Estado fará o ressarcimento à vítima e já terá a sentença judicial (título executivo) para demandar o autor do dano, não havendo necessidade de nova ação de conhecimento (em ação de regresso), bastando mera execução da sentença, eis que o servidor participou da lide originária e teve a oportunidade de fruir dos institutos da ampla defesa e do contraditório.

---

<sup>204</sup> Nesse sentido, confira: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...Op. cit.*, pp. 431 e 435. Da mesma forma, igual descrição encontra-se no art. 519º do Código Civil Português, na rubrica “direitos do credor”, e pode servir de fundamento para que o lesado faça a escolha.

<sup>205</sup> Esse é o entendimento de Carlos Alberto Fernandes Cadilha quando afirma que “o chamamento à demanda faculta não só uma defesa conjunta dos responsáveis solidários, como também acautela o direito de regresso do réu principal, permitindo enxertar no processo o conflito de interesses entre o devedor e o chamado quanto ao direito de regresso e aos respectivos pressupostos. A administração poderá, desta forma, obter o reconhecimento judicial do seu direito de regresso contra o funcionário, munindo-se de um título executivo, e obviando à necessidade de, no futuro, ter de propor uma ação autónoma para obter o reembolso do montante indemnizatório em que tenha sido condenada.”. Para mais, veja-se: CADILHA, Carlos. Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 40, 2003, [pp. 18 e ss.], p. 23.

<sup>206</sup> O chamamento à lide, no direito português, e na hipótese em comento, deverá seguir o rito do artigo 329º do Código de Processo Civil, que expõe que “o chamamento [...] é deduzido obrigatoriamente na contestação ou, não pretendendo o réu contestar, no prazo em que esta deveria ser apresentada”.

Até mesmo em relação ao servidor, na hipótese da responsabilidade solidária, seria mais cômodo e adequado responder ao processo juntamente com o Estado, já que este dispõe, em regra, de melhores recursos e prerrogativas processuais que favorecem sua defesa técnica.

Situação (relativamente) semelhante ocorre no Brasil. Na Constituição brasileira, a previsão<sup>207</sup> para a responsabilidade civil encontra-se no §6º do art. 37. Essa norma disciplina a regra geral relativa à responsabilidade (objetiva) do Estado quando seus agentes, agindo em nome do Estado, causarem danos aos particulares<sup>208</sup>. Desta forma, o Estado responde objetivamente pelos danos, gerando, para o Estado, o direito de regresso<sup>209</sup> em desfavor do servidor responsável pelo ato ilícito.

O art. 43 do Código Civil, com redação bastante próxima, afirma que “as pessoas jurídicas de direito público interno<sup>210</sup> são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Dentro deste entendimento, e apesar da superficial abordagem normativa da responsabilidade civil do Estado no Brasil (que não dispõe de uma lei específica, como em Portugal), define-se que a responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder de polícia recai sobre o próprio Estado, que vai dispor da ação de regresso em desfavor do servidor que deu origem ao fato ou praticou o ato. Essa ação, entretanto, será proposta nos casos em que ficaram comprovados que os agentes do Estado agiram com dolo ou culpa, o que não é difícil de definir nos casos do uso abusivo do poder de polícia.

Ademais, a jurisprudência<sup>211</sup> não tem admitido a denúncia à lide do agente causador do dano na ação principal, o que causaria uma situação processual contraditória, pois, se para excluir a sua responsabilidade na ação principal o Estado terá que provar que o

---

<sup>207</sup> Descreve o § 6º do art. 37 que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>208</sup> Exemplo disso pode ser visto no art. 7º, parte final, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública). Segundo a norma “àquele que for molestado por excesso ou abuso de poder, cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal”. Nesse sentido, veja-se a norma citada, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm)>. Acesso em 13/04/2012.

<sup>209</sup> O § 5º do mesmo artigo 37 expõe que a ação de regresso em razão da prática de ilícito é imprescritível.

<sup>210</sup> As pessoas jurídicas de direito público interno, segundo o art. 41 do Código Civil Brasileiro, são: União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, fundações e outras entidades de caráter público criadas por lei.

<sup>211</sup> Como exemplo tem-se o enunciado da súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nº 50 que diz: “Em ação de indenização ajuizada em face de pessoa jurídica de Direito Público, não se admite a denúncia da lide ao seu agente ou a terceiro (art. 37, § 6º, CF/88)”.

dano não foi causado pelo seu servidor. Já para lograr êxito na denúncia à lide terá que provar a culpa desse mesmo servidor.

Retornando ao esquema anterior, percebe-se, portanto, em relação à realidade brasileira, que o Estado (e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos) respondem civilmente, e de forma objetiva<sup>212</sup>, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Entretanto, há decisões judiciais que imputam a responsabilidade civil ao Estado mesmo em casos em que o agente público praticou o ato ilícito fora do exercício de suas funções, mesmo sem o pretexto de exercê-las.

Em relação a isso, como exemplo, tem-se um julgado do Supremo Tribunal Federal<sup>213</sup>:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO POR POLICIAL FARDADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. [...]. 1. O Estado responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, ainda que fora do horário de expediente. Nesse sentido: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. [...].

## **2. A atividade de polícia (notadamente da polícia de segurança pública) é uma atividade que pode ser enquadrada como de risco?**

Nesta etapa do trabalho convém, por oportuno, fazer um breve questionamento acerca da natureza da atividade policial<sup>214</sup> no que respeita às consequências advindas do seu desenvolvimento para a responsabilidade civil do Estado.

---

<sup>212</sup> A constituição brasileira, que adota a teoria do risco administrativo, como já anteriormente visto, não exige a comprovação de dolo ou culpa para a responsabilização do Estado, notadamente na prática de ato ilícito, como o abuso do poder de polícia.

<sup>213</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 644395/GO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 04/10/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28assalto+praticado+por+policial+fardado%29&base=baseAcordaos>>, último acesso em 20/09/2012.

<sup>214</sup> Importa ressaltar aqui que essa atividade policial, dentro do universo que essa pesquisa aborda, é aquela atividade lícita, dentro dos limites legais, mas que por culpa (leve ou grave) violou norma legal e causou danos ao particular, nascendo para o Estado, assim, a sua responsabilidade civil. A responsabilidade civil pelo abuso de poder enquadra-se, como certo, dentro da responsabilidade por ato ilícito.

Com efeito, prevê o art. 11º do Regime da Responsabilidade Civil do Estado que:

“O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.”

Desta maneira, é bem sabido que os órgãos policiais pelo mundo trabalham diariamente com produtos perigosos, como armas de fogo, projéteis, bombas, produtos químicos e incendiários (como gás lacrimogêneo e de outros tipos), além de, entre outros, captura de criminosos e guarda de presos.

Ora, então entende-se que a atividade de polícia, principalmente quando esta se falando da polícia de segurança pública (polícia administrativa) que, em regra, manuseia tais artefatos e pratica diariamente as ações acima descritas, pode ser enquadrada como atividade (especialmente) perigosa.

Esse parece ser o entendimento de Carla Amado Gomes<sup>215</sup> quando cita que na França “as actividades de polícia de segurança [...] foram consideradas actividades perigosas”. Afirmção corroborada por Canotilho<sup>216</sup>, no momento em que se refere à jurisprudência francesa, citando que “o *Conseil d’Etat* admitiu que a acumulação de explosivos, mesmo sem qualquer culpa ou atividade particular, implicava a criação de um “risco anormal de vizinhança” justificador de um dever de indemnização. Posteriormente, a teoria do risco excepcional alargou-se a hipóteses em que a administração utiliza uma coisa considerada perigosa (emprego de armas de fogo, veículos administrativos).”

Além disso, em outro momento Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>217</sup> citam que a utilização de armas de fogo pelos agentes de segurança enquadra-se na responsabilidade pelo risco.

Com o mesmo entendimento, Carla Amado Gomes ainda cita que na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo<sup>218</sup> “o conceito de actividade *excepcionalmente*<sup>219</sup> perigosa

<sup>215</sup> Cf.: GOMES, Carla Amado. A Responsabilidade Administrativa pelo risco na lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: Uma solução arriscada? in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas : Lei 67/2007, de 31 de dezembro*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, p. 64

<sup>216</sup> Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade...*, op, cit, p. 247.

<sup>217</sup> Assim: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada...* Op. cit., p. 436.

coincide fundamentalmente com operações de polícia de segurança envolvendo o uso de armas de fogo [...]”.

Dessa forma, não parece exagero dizer que mesmo nos dias atuais as atividades que envolvem o trabalho policial, notadamente das forças de segurança pública, podem ser classificadas dentro do universo das atividades ou serviços administrativos especialmente perigosos, como descrito no art. 11º do Regime da Responsabilidade Civil do Estado. Essa seria uma tendência típica de um Estado Social, que busca uma justiça social mais ampla. Até mesmo porque se o Estado está a criar um risco, ainda que necessário, nada mais natural que ele suporte o dispêndio e as consequências derivadas de sua atividade.

Nesse entendimento, é certo que a norma legal exige do Estado e de seus agentes, notadamente daqueles que labutam em atividades que envolvem o risco e o perigo (como os que exercem atividades de polícia), o dever objetivo de cuidado. Ou seja, requer que seja observado o especial cuidado e a adoção de práticas que afastem a possibilidade do dano. Pois a ocorrência da violação do dever de cautela pode gerar mais que uma culpa grave, o que equivale dizer que o ato pode ser considerado como um verdadeiro abuso, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Mas qual a relevância do enquadramento da atividade (ou das medidas) de polícia dentro da categoria das atividades ou serviços administrativos especialmente perigosos?

Um dos efeitos, por óbvio, seria o de retirá-la da categoria da responsabilidade por fato ilícito e lançá-la na categoria da responsabilidade pelo risco. O que equivale dizer, grosso modo, e dentre outras nuances, que deixará de ser verificada a hipótese de dolo ou culpa, pois a responsabilidade pelo risco independe dessas variáveis, posto de objetiva.

Nesse mesmo sentido, Carla Amado Gomes<sup>220</sup>, vem afirmar que “a responsabilidade administrativa pelo risco é claramente um *plus* de garantia dos particulares em face de uma administração tentacular, no plano jurídico como material”. O que se alinha com a lição de Vieira de Andrade<sup>221</sup>, onde este declara que a responsabilidade pelo risco que é, segundo ele, uma responsabilidade pelo perigo, assegura “a responsabilidade directa, exclusiva e objectiva dos entes públicos pelos danos causados por actividades, coisas ou serviços administrativos

<sup>218</sup> A referida autora cita os seguintes acórdãos do STA, I: de 08/02/1989, *in apêndice ao DR* de 14 de novembro de 1994, pp. 890 e segs.; de 24/10/1991, *in apêndice ao DR* de 31/10/1995, pp. 5864 e segs.; e de 26/05/1992, *in apêndice ao DR* de 16/04/1996, pp. 3367 e segs..

<sup>219</sup> Importa sublinhar que o termo *excepcionalmente*, que estava presente no Decreto-Lei nº 48.051 de 1967, fora substituído pelo termo *especialmente* na nova norma.

<sup>220</sup> Cf.: GOMES, Carla Amado. *A Responsabilidade Administrativa...*, *op. cit.* p. 83.

<sup>221</sup> Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. “A responsabilidade indemnizatória...”, *op. cit.* p. 351.

especialmente perigosos”. E mais a frente o mesmo autor expõe ainda que a responsabilidade pelo risco trata “da obrigação das entidades públicas de indemnizarem os danos causados por coisas ou actividades públicas que, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados envolvam perigo de causação de danos”<sup>222</sup>.

O que significa dizer que o lesado não enfrentará grandes dificuldades para ver-se ressarcido de eventuais danos sofridos, já que o Estado não precisará se ocupar em provar se houve ou não dolo ou culpa por parte do seu funcionário ou servidor. Nada obstante a isso, buscará provar a existência da força maior ou a concorrência de culpa no episódio, o que poderá minorar ou eximir a sua responsabilidade, por força do art. 11º do Regime da responsabilidade civil.

### **3. Direito (ou obrigação) de regresso**

Relevante destacar que esse direito de regresso, a bem da verdade, é e deve ser encarado, consoante ensinamento de Fausto de Quadros<sup>223</sup>, como um “dever de regresso”.

Assim, muito embora o preceito legal diga “direito de regresso”, ou termos equivalentes nos diversos diplomas legais, por se tratar de matéria de ordem pública, por dizer respeito ao dinheiro do contribuinte e em face indisponibilidade do interesse público o administrador tem a obrigação de propor a ação de regresso.

No Brasil, a Lei nº 4.619, de 28 de Abril de 1965 (que dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus agentes<sup>224</sup>) determina<sup>225</sup> a atuação dos Procuradores da República no sentido de proporem as ações respectivas contra os responsáveis pelos danos. Essa ação deve

---

<sup>222</sup> Cf.: *Ibidem*, p. 352.

<sup>223</sup> Fausto de Quadros afirma que “deve-se, porém, consagrar o dever de regresso da Administração, e não apenas o seu direito de regresso, sempre que o agente tenha agido com culpa grave ou dolo. E isto (é porque) não devem ser os contribuintes a suportar prejuízos resultantes de negligência grave ou de dolo de funcionários ou agentes administrativos.”. Em relação a isso, confira: QUADROS, Fausto de. A responsabilidade civil extracontratual do Estado - problemas gerais. In Ministério da Justiça - Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. Lisboa - disponível em: “<<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/conferencias-organizadas/>” : [s.n.]>. Acesso em 14/04/2012.

<sup>224</sup> Nesse sentido, confira o texto da Lei nº 4.619, de 28 de Abril de 1965, disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4619-28-abril-1965-377872-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 14/04/2012.

<sup>225</sup> A lei referida acima diz que: “Os Procuradores da República são obrigados a propor as competentes ações regressivas [...]”.



ser ajuizada no prazo máximo<sup>226</sup> de 60 dias do trânsito em julgado da ação que condenou o Estado.

Diógenes Gasparini<sup>227</sup> sustenta esta mesma obrigatoriedade, afirmando, todavia, que para a administração pública exercer o direito de regresso, deverá haver três requisitos básicos: “a) a condenação da Administração Pública a indenizar, por ato lesivo de seu agente; b) o pagamento (efetivo) do valor da indenização; c) a conduta lesiva, dolosa ou culposa do agente causador do dano”.

Na doutrina portuguesa, consoante Carlos Alberto Fernandes Cadilha<sup>228</sup>, citando Pires de Lima e Antunes Varela, “para que nasça o direito de regresso [...] é necessário que o devedor *satisfaça* o direito do credor, não bastando que tenha sido interpelado para cumprir ou que haja constituído qualquer garantia especial a favor do credor”.

Ainda em Portugal, o próprio art. 6º do Regime da Responsabilidade Civil disciplina que “o exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar”.

Para Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo<sup>229</sup>, citando o exemplo do art. 6º do Regime da Responsabilidade Civil, a epígrafe transparece o fato de que “envolve discricionariedade, mas nos termos do nº 1, consubstancia na verdade um dever – “é obrigatório”, lê-se na norma”.

Segundo os mesmos autores esse dever de regresso “trata-se, contudo, de um dever imperfeito, uma vez que o RRCEE não associa à ausência da sua efectivação qualquer reacção”.

Apesar das eventuais dificuldades surgidas na ação regressiva, não pode o administrador público optar por não intentá-la. Não pode ele se omitir e, igualmente, não cabe a ele decidir se a ação é ou não conveniente e oportuna, pois citada tarefa não se inclui no seu poder discricionário. Ele deve agir pelas razões e fundamentos acima expostos, visando preservar, em última análise, o patrimônio público, a legalidade e a ética administrativas.

---

<sup>226</sup> A não observância do prazo constitui falta funcional do Procurador.

<sup>227</sup> Cf.: GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 986.

<sup>228</sup> Cf.: CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade...*, *Op. cit.*, p. 134.

<sup>229</sup> Nesse sentido: GOMES, Carla Amado, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades*. In *Revista do Direito Público e Regulação*, Coimbra: CEDIPRE, Nº 5, março de 2010, pp. 03 a 25, (pp. 22 e 23).

Essa responsabilização civil do agente ou funcionário não impede, todavia, a imputação de responsabilidade administrativa e penal (notadamente no caso do abuso do poder de polícia) ao agente público causador do dano.

## **CAPÍTULO 5 - O CARÁTER SANCIONATÓRIO OU PUNITIVO (*PUNITIVE DAMAGES* OU *EXEMPLARY DAMAGES*) APLICADO À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

### **1. Conceito**

É princípio normativo, em qualquer época e em qualquer lugar, a situação que obriga aquele que tenha causado um dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, a recompor o prejuízo. Esse é o pressuposto lógico da responsabilidade civil<sup>230</sup>.

E esse também sempre foi o argumento a favor da ação de responsabilidade civil, que busca muito mais que a reparação do prejuízo da vítima e restituição do *status quo ante*<sup>231</sup>. A ação busca a pacificação social e o equilíbrio entre os indivíduos e entre estes e o próprio Estado.

Relevante sublinhar que a responsabilidade civil, através dos séculos, e a depender do momento histórico, sempre esteve ligado a funções<sup>232</sup> ou objetivos, como a punição do culpado pelo dano; a vingança<sup>233</sup> e a indenização da vítima; o restabelecimento da ordem social e a prevenção dos comportamentos antissociais.

Assim, essa responsabilização do indivíduo, tanto no campo civil ou penal, é uma preocupação que existe desde os tempos remotos e serve para manter a unidade do corpo social.

No campo penal, a sanção que decorre do delito praticado tem as funções repressiva (ou retributiva) - que vai impor um castigo ao autor da infração como forma de retribuir o mal causado a outrem - e educativa – que visa mudar o comportamento social do infrator; além da preventiva, que buscará evitar novos comportamentos desviantes dos indivíduos (prevenção geral) e do próprio autor do delito (prevenção especial).

---

<sup>230</sup> Disciplina o art. 186 do Código Civil Brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O Art. 927 do mesmo dispositivo, em complemento, descreve que: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>231</sup> Não basta, todavia, a simples restituição ao estado anterior. Para uma melhor distribuição do ideal de justiça deve haver, além de outras nuances, uma compensação à vítima pelos danos e transtornos sofridos, o que será melhor definido mais adiante.

<sup>232</sup> Nesse sentido, confira: TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed, Paris: Économica, 1989, p. 133.

<sup>233</sup> Daniel de Andrade Levy afirma que “o ato ilícito não era considerado, em suas origens, como fonte de uma obrigação, mas como fonte de um direito de vingança”. Assim, confira: LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*. In *Revista de Direito Privado* nº 45, pp. 165-216, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, [p. 168].

E já na seara civil não haveria de ser (tão) diferente. À despeito da pouca gravidade relativa do ilícito civil, o Estado não pode abdicar de aplicar uma espécie de punição àquele que infringe as regras sociais de convívio. E o faz mediante a ação judicial competente, desde que, todavia, seja provocado a tal pela parte interessada (lesada). Assim, diferentemente do que ocorre com a ação penal, e notadamente por se tratar de direitos disponíveis, o Estado não é o *dominus litis*. Para aplicar uma sanção civil deve haver um processo judicial que tenha sido iniciado após a manifestação da parte prejudicada, limitando-se o Estado-Juiz a aplicar a sanção nos termos em que foi pedido.

Com efeito, essa sanção civil guarda algumas características próprias, mas bem próximas da sanção penal. Ela também tem o desígnio de reparar o mal causado, impondo ao ofensor um valor pecuniário a título de perdas e danos. Igualmente a sanção civil busca prevenir e evitar novos comportamentos desviantes ou a provocação de novos danos, o que faz surgir o caráter pedagógico ou preventivo<sup>234</sup>. Para além destes, a doutrina cita ainda a característica retributiva ou sancionatória em decorrência do dano causado, que também gerará para o autor do fato o dever de indenizar.

E é essa vertente sancionatória que tem um especial relevo na doutrina, notadamente na doutrina norte-americana e na doutrina inglesa. É o que se logrou chamar de *punitive damages* ou *exemplary damages*. Em uma tradução livre poder-se-ia chamá-los de danos punitivos ou danos exemplares, mas seu conteúdo não se encerra no significado de suas palavras, até porque não são os danos que são punitivos, mas a indenização é que deve ser punitiva.

De acordo com o *Duhaime Legal Dictionary*<sup>235</sup>, os *punitive damage* são os danos especiais altamente excepcionais reconhecidos por um Juízo contra um réu cuja ação ou omissão foi de uma particular maldade, malícia ou natureza egoísta. Com outra ênfase, são danos que não os compensatórios ou nominais, impostos a uma pessoa para puni-la por sua

---

<sup>234</sup> O caráter preventivo, nessa hipótese, serve para que o Estado, por meio de seus representantes, adote práticas que qualifique e treine melhor seus funcionários e servidores com o fim de evitar a ocorrência de danos oriundos de condutas irregulares. Frise-se que esse caráter preventivo visa não somente os atos ilícitos, mas também aqueles lícitos que são praticados sem o necessário dever objetivo de cuidado. Muito embora, em relação a esses últimos, a prevenção não deve ser de tal maneira rigorosa que impeça ou crie temor na prática das relações jurídicas entre as pessoas e entre o Estado e elas, o que seria prejudicial para a sociedade.

<sup>235</sup> No original: “Special and highly exceptional damages ordered by a court against a defendant where the act or omission which caused the suit, was of a particularly heinous, malicious or highhanded nature”. Cf.: *Duhaime Legal Dictionary*, disponível em <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/P-Page5.aspx>>. Acesso em 02/12/2012.

conduta escandalosa e evitar que ele e outros como ele adotem comportamento semelhante no futuro<sup>236</sup>.

André Gustavo de Andrade<sup>237</sup> assevera que os *punitive damages* podem ser entendidos como a “indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”.

Dessa maneira, os *punitive damages* seriam, em síntese, uma espécie de pena privada, onde o réu (parte autora do ilícito civil), em face de sua conduta ilícita, ficaria obrigado a pagar um determinado valor além do montante já determinado a título de danos morais e/ou materiais. O valor correspondente à condenação pelos danos punitivos tem a expressa intenção de punir civilmente o autor do dano e fazer com que ele e outras pessoas não voltem a praticar atos semelhantes. Então os *punitive damages* tem esse duplo propósito: de punir o réu pela sua ação reprovável e servir de desestímulo para que outras pessoas adotem conduta igualmente condenável.

Assim, o valor estabelecido na condenação pode ir para a própria vítima (ou vítimas) ou então para uma entidade privada ou mesmo um fundo, o que afasta a natureza unicamente indenizatória do instituto, traduzindo-o como uma verdadeira pena civil.

Importa destacar que nos Estados Unidos alguns estados tem legislações que determinam a divisão do montante relativo aos *punitive damages* entre o lesado e o Estado, ou entre aquele e instituições beneficentes<sup>238</sup>.

Diferentemente, então, de países como o Brasil, onde as condenações a título de responsabilidade civil já incluem as características reparadoras, educativas e sancionatórias em um só montante<sup>239</sup>. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, por exemplo, a parcela correspondente aos danos punitivos constitui uma fração autônoma da condenação, tendo seu valor definido em separado ao valor reparatório.

---

<sup>236</sup> No original: “Damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and other like him from similar conduct in future”. Cf.: Restatement (second) of torts § 908 1979. Disponível em <[https://www.lexisnexis.com/start/signin?service=xlink&contractURL=https%3a%2f%2fw3.lexis.com%2fresearch2%2fauthResource.do%3f\\_m%3db9b1c8009819a2b7a6ce68e79fd9bccc&key=\\_cFD8E10FC-EFD0-44C9-2D4F-26059F5A169F\\_k785B5D71-F6FF-7AA8-C060-8E088CD49D32&event=form](https://www.lexisnexis.com/start/signin?service=xlink&contractURL=https%3a%2f%2fw3.lexis.com%2fresearch2%2fauthResource.do%3f_m%3db9b1c8009819a2b7a6ce68e79fd9bccc&key=_cFD8E10FC-EFD0-44C9-2D4F-26059F5A169F_k785B5D71-F6FF-7AA8-C060-8E088CD49D32&event=form)>. Acesso em 02/12/2012.

<sup>237</sup> Cf.: ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186.

<sup>238</sup> Nesse sentido, veja: LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 186.

<sup>239</sup> Muito embora na sentença o magistrado faça a divisão entre os valores relativos a danos morais, materiais, estéticos e outros, todas essas parcelas reúnem a característica de reparação (e

Na jurisprudência norte-americana é de fácil visualização que os tribunais recorrem com grande frequência a este instituto. Geralmente as sanções aplicadas a título de *punitive* ou *exemplary damages* são bastante elevadas<sup>240</sup>, o que levou alguns estados a limitar o valor aplicado à título da indenização punitiva<sup>241</sup> e o que motivou a Suprema Corte norte americana a expedir orientações para as cortes de justiça estaduais a respeito dessa questão, o que será melhor explicado mais abaixo.

## 2. Os danos punitivos na Common Law

De acordo com Paula Meira Lourenço, “os *punitive damages* ergueram-se como estandartes do respeito pelo direito à reserva da vida privada e pela liberdade do indivíduo contra os abusos de poder, punindo os agentes e exercendo uma função dissuasória relativamente a futuros comportamentos por parte dos mesmos (prevenção especial), ou de terceiros (prevenção geral)”<sup>242</sup>.

Convém ressaltar que os *exemplary damages* costumavam figurar na classe dos *compensatory damages*, simplesmente porque se recusavam a aceitar o viés compensatório das reparações por dano moral.

Assim, os *punitive* ou *exemplary damages* (até mesmo *aggravated damages*<sup>243</sup>), surgiram de forma inaugural na jurisprudência inglesa<sup>244</sup>. Foram eles que consagraram as categorias de *aggravated*, *exemplary* e *restitutionary damages*<sup>245</sup>. Mais especificamente,

---

<sup>240</sup> Os valores alcançados nas condenações alcançam cifras estratosféricas, a exemplos dos seguintes julgados da Suprema Corte Norte-Americana e de outros tribunais: Exxon Shipping Co. et al. v. Baker et al. (554 U.S. 471 (2008)); Grimshaw v. Ford Motor Company (19 Cal.App.3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981)); Kay Barnes, etc., et al., petitioners v. Jeffrey Gorman 536 U.S. 181 (2002); Cooper Industries, Inc., v. Leatherman Tool Group, Inc. 532 U.S. 424 (2001); Atlantic Sounding Co., Ins., et al. v Townsend (557 U.S. \_\_\_\_ (2009)); entre outros. Fora os casos em que as partes requerem cifras também muito altas, como no célebre caso Roy Pearson v. Chung (Custom Cleaners), onde aquele pediu inicialmente US\$ 67 milhões de indenização pelo extravio de sua calça na lavanderia (parte ré).

<sup>241</sup> Como exemplo pode-se citar o Mississippi Code of 1972, que na Seção 11-1-65 faz limitações quantos aos valores dos danos punitivos e estabelece como critério o patrimônio líquido do réu.

<sup>242</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 166.

<sup>243</sup> Havia anteriormente um debate doutrinário e jurisprudencial para definir se esses são institutos sinônimos ou mesmo quais são as diferenças entre eles. Cf.: v.g., opinião de McIntyre J. no caso da Suprema Corte do Canadá *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia [1989] 1 S.C.R. 1085 at 1098-99.*, apesar de que hoje eles estão bem definidos.

<sup>244</sup> Muito embora tenha ganhado corpo e um melhor desenvolvimento na doutrina e na jurisprudência norte-americana, onde a teoria teve boa aceitação.

<sup>245</sup> Cf.: LEVY, Daniel de Andrade. *Op. cit.* p. 174.

dentre outros, com os *leading cases* *Huckle v. Money*<sup>246</sup> e *Wilkes v. Wood*<sup>247</sup>, não obstante existir uma previsão de indenização múltipla desde 1278<sup>248</sup>.

O primeiro caso refere-se a uma ação judicial por prisão ilegal mediante abuso de autoridade movida por um tipógrafo. Os guardas do Rei, na ocasião, cumpriam mandado de prisão contra o responsável pela impressão da edição nº 45 do jornal “The North Briton”. Mas o mandado foi emitido por Lord Halifax, um Secretário de Estado da época que autorizou os guardas do Rei a realizarem a prisão, sem mesmo colocar o nome de quem deveria ser preso, além de determinar a apreensão dos jornais. Na sentença condenatória, o Tribunal concedeu ao autor, à título de *exemplary damages*, £ 300,00 de indenização.

O segundo *leading case*, que também traz em seu bojo o mesmo caso de abuso de autoridade por parte de agentes do Estado, trata de uma ação judicial movida por John Wilkes<sup>249</sup> em desfavor do Sr. Robert Wood, que exercia função pública e estava subordinado ao Rei. John Wilkes era um membro do parlamento inglês. Ele fazia oposição ao regime do Rei George III, tendo denunciado o autoritarismo do monarca através de panfletos apócrifos que foram publicados na localidade. Diante disso o Rei emitiu um mandado geral para descobrir o criador destes panfletos. O Sr. Wood foi encarregado de executar o mandado, prendendo várias pessoas e chegando a entrar à força na casa do Sr. Wilkes, remexendo em seus documentos. Após o julgamento o Tribunal inglês decidiu em favor de Wilkes, concedendo a ele £ 1.000,00 à título de *exemplary damages* declarando, em outras palavras, que o poder para emitir mandados genéricos é totalmente subversivo à liberdade do sujeito e isso trazia consequências muito perigosas a todos os homens do reino<sup>250</sup>.

Importa sublinhar que essa doutrina desenvolveu-se para explicar a aplicação de uma sanção indenizatória nos casos em que não há um dano material, ou seja, nos casos em que o dano é extrapatrimonial<sup>251</sup>, como nos dois exemplos acima. Muito embora os *punitive damages* tenham sido aplicados, mais tarde, também em casos de danos patrimoniais.

<sup>246</sup> Cf.: 95 Eng. Rep. 768 (KB 1763).

<sup>247</sup> Cf.: 98 Eng. Rep. 489 (KB 1763).

<sup>248</sup> Nesse sentido, a primeira disposição legal acerca dos danos múltiplos no direito anglo-americano foi o Estatuto de Gloucester de 1278. Cf.: BLAKEY, Robert. Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages. In *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, nº 3, 1997, pp. 97-126 [p. 101].

<sup>249</sup> John Wilkes foi reverenciado *post mortem* com uma biografia escrita por Arthur H. Cash, denominada: *John Wilkes: The Scandalous Father of Civil Liberty*, onde o autor o denomina como pai das liberdades civis.

<sup>250</sup> No original: “If such a power is truly invested in a Secretary of State, and he call delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject”. Cf.: 98 Eng. Rep. 489 (KB 1763).

<sup>251</sup> Em regra os *punitive damages* não se aplicavam às relações contratuais (law of torts).

E foi em 1964, nos autos do caso *Rookes vs. Barnard*<sup>252</sup> que a *House of Lords* inglesa delineou a fronteira entre os danos punitivos e os danos morais, estabelecendo que os *punitive damages* só poderiam ser aplicados em face de ações opressivas, arbitrárias e inconstitucionais derivadas de agentes do Estado; para comportamentos premeditados pelo réu, em cuja ação ele busque benefício econômico, ainda que tenha que pagar eventual compensação à vítima; e quando expressamente autorizado pela legislação.

Dentro desse contexto, o instituto dos *punitive damages* ou *exemplary damages* foram criados e desenvolvidos nos países cuja tradição jurídica é a de *commom law* (como Inglaterra, Estados Unidos, Austrália e Canadá). Na Inglaterra, tanto na origem quanto na atualidade, esse instituto sempre foi muito utilizado também nos casos<sup>253</sup> que envolvem abuso de autoridade ou abuso do poder de polícia, seguindo os parâmetros estabelecidos, notadamente após 1964.

Nesse sentido, e à despeito dos *punitive* ou *exemplary damages* terem sido aplicados de forma pioneira na jurisprudência inglesa, tais institutos foram bastante desenvolvidos nos Estados Unidos, onde não há uma lei federal que discipline seu conteúdo, apesar de haver legislações em vários dos estados prevendo sua aplicação, podendo existir desde sua ampla aceitação, passando por Estados que limitam sua aplicabilidade, até sua completa proibição.

Mesmo não havendo uma lei federal autorizando, há um estatuto legal que se refere a ele e limita sua aplicação. Com efeito, o *Federal Tort Claims Act*, que é um estatuto legal que autoriza ações judiciais referentes a danos contra os Estados Unidos, excepciona a regra afirmando que os Estados Unidos (governo federal e seus órgãos) não podem ser demandados, dentre outras situações, com fundamento nos *punitive damages*<sup>254</sup>.

Por outro lado, a tradição norte-americana deposita no júri (formado por cidadãos comuns e visto como um *guarantor of fairness*) a responsabilidade de aplicar tal instituto às demandas judiciais. Para Daniel de Andrade Levy<sup>255</sup>, a atribuição da competência ao júri (*microcosmo social*) para decidir acerca da *punitive damages* “corrobora uma visão difusa das interrelações entre indivíduos e entre indivíduos e o Estado” norte-americano, o que demonstra que um problema que à primeira vista é de um indivíduo é levado a uma categoria

---

<sup>252</sup> 1964 West Law 19640.

<sup>253</sup> Pode-se citar alguns casos como: *Brooks v Commissioner of Police for the Metropolis* [2005]; *Elgouzouli-Daf v Commissioner of Police* [1995] QB 335; *Holden v. Chief Constable of Lancashire* [1986]; entre outros.

<sup>254</sup> “...it may not be held liable for interest prior to judgment or for punitive damages ( FTCA - 28 U.S.C. § 2674)”.

<sup>255</sup> LEVY, Daniel de Andrade. *Op. cit.* p. 212.



de problema social, adotando o Estado um papel de salvaguarda desses direitos e garantias. O que, todavia, preocupa parte da doutrina<sup>256</sup>, pois em algumas situações percebeu-se que as indenizações fixadas nos julgamentos chegavam a valores excessivamente altos, demonstrando que os jurados, na verdade, poderiam estar querendo fazer alguma espécie de justiça social, penalizando fortemente grandes empresas por seus eventuais erros.

Essa preocupação levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a limitar alguns parâmetros com a finalidade de afastar a ideia de que havia uma indústria milionária das indenizações. Dessa maneira, a partir do julgamento do caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*<sup>257</sup> a Suprema Corte, com fundamento no *due process clause* (14ª emenda), orientou as cortes de justiça estaduais a levarem em consideração alguns aspectos quando da definição dos *punitive damages*, seriam eles: o grau de repreensibilidade da conduta do réu; a relação entre o dano efetiva ou potencialmente verificado e os *punitive damages* e a comparação entre os *punitive damages* aplicado e as penalidades civis ou criminais que poderiam ser impostas por condutas semelhantes. Tais informações ajudariam a trazer uma definição mais justa do que seria uma indenização adequada e se ela haveria de existir.

Desde então as indenizações tendem a ser mais comedidas, o que não impede a repetição de novos excessos.

Com efeito, e voltando ao esquema inicial, percebe-se, então, que uma das vertentes de aplicação dos *punitive damages*, notadamente no direito inglês, é justamente em face de uso abusivo das funções estatais, incluindo-se aí o uso abusivo do poder de polícia.

### **3. O caráter punitivo aplicado à Responsabilidade Civil no direito brasileiro**

A função primordial da Responsabilidade Civil é sempre a reparação do mal causado, seja na restituição ou substituição do bem material danificado ou destruído, seja na compensação financeira pela dor ou transtorno pessoal sofrido. Entretanto, muitas vezes a função unicamente reparadora não consegue fazer com que determinadas pessoas se furtem de praticar certos atos que causem danos ao indivíduo ou à coletividade, como no caso de

---

<sup>256</sup> Nesse sentido, alguns estudiosos duvidam da capacidade do júri em definir questões complexas que envolvem o instituto do *punitive damages* e, entre outras coisas, delimitar o valor que seria justo numa indenização, o que fez com que a instituição do júri nos casos de *punitive damages* diminuísse consideravelmente no Canadá e na Austrália e desaparecido na Inglaterra. Assim, confira: Development in the law – The Civil Jury in *Harvard Law Review*, v. 110, nº 7, may 1997, p. 1408 e ss. E também LEVY, Daniel de Andrade. *Op. cit.* p. 212.

<sup>257</sup> 517 U.S. 559 (1996).

grandes empresas que insistem em desrespeitar o direito do consumidor ou determinado Estado que insiste em manter seus serviços públicos e a própria qualificação dos seus servidores abaixo do padrão esperado.

Nesses casos, o ganho obtido com o comportamento irregular ou ilícito, ou a economia financeira conseguida com a omissão do dever jurídico trará muitos resultados positivos (no aspecto econômico) à essa pessoa jurídica, em contraposição ao grande gasto que ela teria se se adequasse aos parâmetros exigidos por lei ou pela necessidade do usuário final. Dentro desse entendimento, mesmo considerando que eventuais vítimas dessa má prestação de serviço ingressem com ação judicial individual requerendo reparação patrimonial ou extrapatrimonial a indenização eventualmente paga será muito inferior ao gasto (investimento) que deixou de ser feito.

Para esses casos a norma reclama uma responsabilidade-sanção, onde o indivíduo ou pessoa jurídica deve se ver obrigado a atuar conforme o mandamento legal, sob pena de punição (cível).

Dentro desse contexto, o direito brasileiro, muito embora tenha uma tradição jurídica romano-germânica adotou, em certa medida, algumas características do instituto dos *punitive damages*. Apesar de, até o momento, somente doutrina e jurisprudência terem abraçado esta causa<sup>258</sup>, tratando da matéria como logrou denominar-se de *teoria do valor do desestímulo*.

Com efeito, essa teoria informa que a indenização decorrente de uma ação de responsabilidade civil, além da natural satisfação à vítima, tem, simultaneamente, a função de punir o autor do dano e desestimular, com isso, o indivíduo e outras pessoas a praticar ato semelhante e que seja (o ato) potencial causador de dano<sup>259</sup>.

A aplicação da teoria do valor do desestímulo (ou do viés punitivo da responsabilidade civil) na jurisprudência brasileira, em grande medida, procura ocupar o

---

<sup>258</sup> No Brasil, no ano de 2007, foi apresentado na Câmara dos Deputados um projeto de lei que visava alterar dispositivos do Código Civil. Dentre eles, o art. 944, que seria acrescentado de um parágrafo, onde esse teria como redação: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”, o que normatizaria a teoria do desestímulo. Ocorre que em 31 de janeiro de 2012 o projeto de lei foi arquivado.

<sup>259</sup> Com efeito, “há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral e material, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima”. Assim, confira: Tribunal de Justiça do Piauí. Ação Cível 201100010034172 PI. Relator: Des. José Ribamar Oliveira. Julgamento em 04/07/2012.

espaço vazio<sup>260</sup> deixado pela norma legal que não atribui à responsabilidade civil, ao menos expressamente, uma característica punitiva.

É uma tendência dos tribunais, portanto, a utilização simultânea das características punitiva e compensatória da responsabilidade civil. Notadamente quando o ato ilícito praticado se reveste de uma especial gravidade ou o dano tenha sido deveras considerável, ainda que apenas extrapatrimonial.

Importa sublinhar que a teoria do valor do desestímulo não se apresenta como uma cópia fiel dos *punitive* ou *exemplary damages*, de origem anglo-saxã. Nestes, a indenização punitiva representa uma soma ou uma parcela além da indenização pelo dano sofrido. Ela constitui um item a mais na sentença. Na teoria do valor do desestímulo (ou *punitive damages à brasileira*), o valor que se considera como punitivo, na maior parte dos casos, representa uma só parcela, que usualmente é chamada genericamente por dano moral, e constitui tanto a reparação do dano (extrapatrimonial) quanto a punição ao lesante.

Por outro lado, nos *punitive damages* as somas a título de punição, geralmente, ultrapassa em várias vezes o valor correspondente ao montante indenizatório ou ressarcitório, e o valor correspondente nem sempre vai todo para a vítima. Na aplicação da teoria do valor do desestímulo o juiz normalmente não indica qual parcela da condenação corresponde à pretensão punição cível (e alguns nem admitem) e os valores são destinados à vítima (autora da ação), a menos que seja nos autos de uma ação civil pública<sup>261</sup>.

Uma das grandes questões em debate por ocasião das ações judiciais que concernem à responsabilidade civil é justamente a determinação do *quantum* indenizatório. Do valor a ser pago à vítima. À par do silêncio da legislação<sup>262</sup>, geralmente doutrina e jurisprudência não são unânimes em estabelecer um parâmetro razoável dessas indenizações e nem um limite (objetivo) máximo e mínimo do valor devido nas condenações. Os que propõem as ações de reparação civil requerem, muitas vezes, cifras milionárias a título de indenização. Todavia, o

<sup>260</sup> O art. 927 do Código Civil brasileiro assim descreve: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Não prevê, portanto, nem em outros dispositivos, uma sanção civil, ainda que pecuniária, para aquele que pratica uma lesão.

<sup>261</sup> Nesse aspecto, a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 defere a alguns legitimados a possibilidade de ingressar, em nome de uma coletividade, com ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a um (in)determinado número de pessoas, cujas indenizações serão revertidas a um fundo especial. Dessa forma, essa condenação serve, primordialmente, como medida punitiva contra desrespeito ao direito do consumidor, ao meio-ambiente e, entre outros, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive em desfavor do Estado.

<sup>262</sup> No Brasil, ainda não há lei definindo critérios objetivos para as reparações civis. O projeto de lei nº 523/2011, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados no ano de 2012, busca definir parâmetros objetivos para as reparações oriundas de dano moral (extrapatrimonial). Segundo a proposta, as indenizações serão fixadas entre 10 e 500 salários mínimos, levando-se em consideração os parâmetros dispostos no artigo 4º do mesmo projeto.

juiz do processo busca atender, geralmente, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>263</sup>, buscando fundamentar sua decisão em critérios objetivos como a extensão do dano<sup>264</sup> e a condição social do autor e da vítima.

Relevante destacar que nas sentenças judiciais, os critérios utilizados pela jurisprudência brasileira em relação ao dano extrapatrimonial observam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e levam em consideração “o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado”<sup>265</sup>.

Esses critérios visam justamente evitar que se perca a noção do valor em dinheiro que pode ser considerado como justo e razoável das indenizações por danos morais (extrapatrimoniais), não os deixando muito aquém, de forma que não sirva de exemplo para os demais e para o próprio causador do dano (que deve se sentir punido), nem que os valores estejam além do considerado como proporcional, o que poderia causar um enriquecimento<sup>266</sup> sem justa causa da vítima<sup>267</sup>.

Aqui reside a grande diferença entre a cultura jurídica brasileira, de tradição romano-germânica, e a cultura jurídica dos países de tradição jurídica de *common law*. Daniel de Andrade Levy atribui à religião a influência na maior ou menor aceitabilidade quanto aos valores atribuídos com o fim de reparação. No Brasil, que tem grande influência da religião católica desde sua colonização, haveria uma considerável dificuldade em dissociar dano moral de dano punitivo, e essa dificuldade é resultante da aversão cultural que se tem do enriquecimento ilícito ou sem justa causa. Já nos países anglo-saxões, cuja sociedade teve maior influência da religião protestante, “a consagração da reparabilidade do dano moral [...]

---

<sup>263</sup> O próprio Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos recursos afirma que as indenizações por dano extrapatrimonial têm como principal instrumento o postulado normativo da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido são os votos constantes dos recursos, v.g., Recurso Especial nº 678.224 RS; Recurso Especial nº 432.177 – SC; Recurso Especial nº 651.203 – PR; Recurso Especial nº 708.645 – RO; Recurso Especial nº 808.688 – ES; Recurso Especial nº 1.066.287 – PB; entre outros.

<sup>264</sup> O art. 944 do Código Civil brasileiro afirma que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

<sup>265</sup> Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema. Cf.: v.g. Recurso Especial nº 1300187 / MS. Relator Ministro Raul Araújo. Julgamento em 07/05/2012.

<sup>266</sup> Tal preocupação encontra-se presente no Código Civil brasileiro, mais precisamente no art. 884, que assim descreve: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

<sup>267</sup> Dentro desse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, em várias oportunidades já se pronunciou que “submete-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça a indenização por dano moral, quando o valor arbitrado se mostrar manifestamente exorbitante, de um lado, ou visivelmente irrisório, de outro. – O anormal constrangimento passível de indenização por dano moral não pode ensejar a excessiva punição à parte que indeniza, nem o enriquecimento ao litigante lesado [...]”. Cf.: STJ, REsp. 719354/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro. Julgado em 24/05/2005, entre outros.

foi nítida e resultou, talvez, da menor condenação que os ideais protestantes traziam à ideia de compensação pecuniária da dor, assim como um repúdio bem menor à ideia de vingança, comparativamente ao pensamento católico, onde sempre se destacou o perdão.”<sup>268</sup>

Com efeito, isso demonstra que no Brasil os critérios utilizados como parâmetros na indenização se voltam muito mais para o lesante e para o lesado do que para o próprio ato danoso. O que deve ser visto com uma certa cautela, já que a vida, a integridade física ou moral de uma pessoa teriam valores de acordo com as possibilidades do autor e da vítima da lesão. Ou seja, se o julgador não observar todos os critérios com equidade, os bens jurídicos violados valeriam, em um pensamento coloquial, o quanto o autor do ilícito puder pagar e o quanto a vítima efetivamente merecer.

Portanto, é imperioso esclarecer que os critérios invocados devem ser utilizados com parcimônia para não esbarrar nas barreiras legais, além de se fazer um balanceamento entre as vantagens e desvantagens do instituto<sup>269</sup>, porquanto a “aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico”<sup>270</sup> brasileiro, o que exige uma mudança normativa, cultural e/ou uma adaptação do sobredito instituto às nuances do sistema legal vigente, sem ferir as garantias constitucionais do cidadão, inclusive o devido processo legal.

#### **4. O caráter punitivo aplicado à Responsabilidade Civil no direito português**

Assim como em vários outros países, como Alemanha, Itália, França e Espanha, Portugal também abraçou uma vertente punitiva para a Responsabilidade Civil<sup>271</sup>.

Essa é a conclusão verificada após a leitura da autorizada doutrina de Paula Meira Lourenço, porquanto ela afirmar que “parece existir uma tendencial correspondência entre os

<sup>268</sup> LEVY, Daniel de Andrade. *Op. cit.* p. 207.

<sup>269</sup> Paula Meira Lourenço aponta algumas críticas doutrinárias em desfavor e alguns argumentos em defesa da aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. Nesse sentido, confira: LOURENÇO, Paula Meira. *Op. Cit.*, pp. 184 a 194.

<sup>270</sup> Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 850273 / BA. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP) (8185). Julgamento em 03/08/2010.

<sup>271</sup> Muito embora Paula Meira Lourenço faça referência unicamente à Responsabilidade Civil entre os particulares, no âmbito do Direito Civil, os dispositivos citados são ou podem ser invocados nas ações de Responsabilidade Civil do Estado, dentro das peculiaridades de cada sistema jurídico. Nesse sentido, confira: LOURENÇO, Paula Meira. *Op. Cit.*, pp. 112 a 164.

pressupostos da responsabilidade civil e a admissibilidade da prossecução de uma função punitiva”<sup>272</sup>.

Tal afirmação deriva da observação da importância atribuída à culpa do causador da lesão por ocasião do estabelecimento do cômputo do valor indenizatório.

Nesse sentido, a leitura do art. 494º do Código Civil Português traz que “quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

Em sentido contrário, quando a responsabilidade não se fundar na mera culpa, ou seja, quando se basear no dolo ou na culpa grave, por exemplo, a indemnização poderá ser fixada em montante superior ao que corresponderia aos danos causados, respeitados os demais critérios e circunstâncias do caso.

Verifica-se, portanto, que o grau de culpa ou de culpabilidade tem uma enorme importância na determinação do valor indenizatório<sup>273</sup> nas ações de responsabilidade civil, caso contrário nem haveria a menção a essa característica no dispositivo legal. Ademais, se não houvesse uma função punitiva, mas apenas o mero objetivo de ressarcimento, a gradação da culpa ao autor do fato não teria o destaque que o legislador conferiu a ela.

Dessa maneira o art. 494º, segundo doutrina portuguesa, de forma majoritária, “consubstancia uma manifestação da função sancionatória, repressiva ou punitiva e preventiva da responsabilidade civil, porque o *quantum* indenizatório é apurado atendendo ao grau de culpa leve do agente [...]”<sup>274</sup>.

Por outro lado, contrariamente ao Brasil, onde não existe uma norma específica para a responsabilidade civil do Estado e das entidades públicas, e as ações judiciais são fundadas no código civil e no código de processo civil brasileiros, Portugal dispõe de um diploma que informa as nuances da responsabilidade civil aplicada ao Estado e demais entidades públicas.

---

<sup>272</sup> *Ibidem.* p. 245.

<sup>273</sup> *Ibidem.* p. 250.

<sup>274</sup> *Ibidem.* p. 253.

Tal norma trata-se da Lei 67 de 31 de dezembro de 2007<sup>275</sup> que aprova e traz em seu anexo o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

Esse regime parece não ter se ocupado em prever uma vertente punitiva para a responsabilidade civil do Estado. Disso depreende-se pela leitura do n° 1 do art. 3º, que diz:

“Quem esteja obrigado a reparar um dano, segundo o disposto na presente lei, deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

Ou seja, quando o legislador ordinário fez a previsão de que o autor do dano deve restituir a situação do lesado ao seu *status quo ante*, não verificando a gradação de sua culpa e nem prevendo expressamente a possibilidade de majoração da indenização pelo juiz, somente pode ser enxergada aí a função unicamente ressarcitória, ou até mesmo a preventiva ou pedagógica, mas não a punitiva. O que não impede sua existência, considerando a ressalva prevista na parte final do n° 1 do artigo 1º do regime.

Nas palavras de Carlos Alberto Fernandes Cadilha<sup>276</sup> essa ressalva “pretende salvaguardar os regimes especiais decorrentes de disposições constantes de outros diplomas legais e tem particular aplicação no tocante às situações de privação injustificada da liberdade e de sentença penal condenatória injusta, regulados nos artigos 225º e 462 do CPP”. O que pode derivar, no primeiro caso, de um uso abusivo do poder de polícia.

De qualquer sorte, a jurisprudência portuguesa não demonstra ser favorável a uma vertente punitiva da responsabilidade civil do Estado, não nos moldes do instituto dos *punitive* ou *exemplary damages* do direito anglo-saxão. Sua principal tese, dentro do quadro da responsabilidade civil geral, repousa ainda na função primordialmente reparatória<sup>277</sup>, muito embora aí possa estar incluída a função punitiva, já que a imputação de um montante

<sup>275</sup> Essa norma legal surgiu após condenação do estado português pelo Tribunal de Justiça da União Europeia pela não transposição da Diretiva 89/665/CEE. Ela (com seu regime da responsabilidade civil) substituiu o Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, que tratava da mesma matéria.

<sup>276</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade...*, *Op. cit.*, p. 34.

<sup>277</sup> Consoante a jurisprudência portuguesa, “para haver obrigação de indemnizar é necessário que a administração tenha lesado direitos ou interesses legalmente protegidos do particular, fora dos limites consentidos pelo ordenamento jurídico, pois a função principal da responsabilidade civil é a de reparar danos. [...] o dano constitui, pois, o fundamento e o limite da obrigação de indemnizar [...]”. Nesse sentido, confira, entre outros: Tribunal Central Administrativo Sul. Processo n° 03399/08. CA – 2º Juízo. Relator: Sofia David. Data do acórdão: 22/11/2012.

indenizatório, além de poder representar uma pena privada<sup>278</sup>, segundo alguns doutrinadores e alguma jurisprudência, representa certamente um ônus ao lesante.

### **5. Os danos punitivos (ou *punitive damages*) aplicados à responsabilidade civil extracontratual do Estado por abuso do poder de polícia**

Finalmente, extraídas de forma bem sintética as peculiaridades dos sistemas legais de Brasil e Portugal, e alguns países de tradição jurídica de *common law*, e ainda as características gerais de cada país, seria interessante definir se seria adequado, portanto, atribuir uma sanção pecuniária (nos moldes do instituto dos *punitive damages*) ao Estado e/ou ao servidor público ou agente da administração pública que, por meio de uma ação que se enquadre como um abuso do poder de polícia, causar dano ao particular.

Com efeito, é inegável que os institutos do Direito Civil são e devem ser aplicados às nuances do Direito Administrativo, notadamente em relação à Responsabilidade Civil do Estado. E é forçoso reconhecer também que há uma crescente e constante constitucionalização de tais matérias. Isso tudo faz com que haja uma maior proteção e uma perseguição pela efetividade dos direitos e garantias das pessoas em geral.

A responsabilidade civil, como não poderia ser diferente, busca sempre uma constante evolução e funcionalização, para tornar-se efetiva para a sociedade, respondendo aos desafios apresentados pela nova ordem jurídica, também em constante evolução.

Assim, como em todos os institutos jurídicos, as mudanças ocorrem, quase sempre, a partir da alteração de entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito de determinadas matérias. E isso tem ocorrido em relação às funções que a responsabilidade civil pode apresentar.

---

<sup>278</sup> Para a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, “no que tange ao dano não patrimonial, ele não atinge bens integrantes do património do lesado; incide antes sobre direitos como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e a beleza, cuja ofensa pode degenerar em dor ou sofrimento, físico, moral ou espiritual. O seu ressarcimento assume, por isso, uma função essencialmente compensatória, embora sob a envolvimento de uma certa vertente punitiva, a qual se apresenta como uma pena privada estabelecida no interesse da vítima por forma a desagravá-la do comportamento do lesante”. Cf.: Processo nº 08B2421. Relator: Serra Baptista. Data do acórdão: 31/03/2009. Ou ainda, “o ressarcimento do dano não patrimonial assume uma vertente simultaneamente compensatória (na medida em que não se está perante uma indemnização em dinheiro equivalente aos danos, mas perante uma compensação) e sancionatória (na medida em que se considera uma ideia de reprovação, no plano civilístico e pelos meios próprios do direito privado, da conduta do lesante)”. Assim, Cf.: Processo nº: 6628/04.2TVLSB.L1.S1. Relator: Gregório S. Jesus. Data do acórdão: 10/10/2012.



Dessa forma, não basta mais que o Estado, na busca pela defesa dos direitos individuais, se abstenha de agir e nem que ele aja para garantir o essencial. O atual cenário exige que o Estado atue positivamente na defesa das garantias dos cidadãos e aja para evitar a repetição de condutas prejudiciais ao exercício da cidadania.

No que toca à responsabilidade civil do próprio Estado, portanto, requer-se mais do que o simples reconhecimento do direito à indenização. A complexidade das relações e a crescente violação dos direitos fundamentais, principalmente nos países de democracia mais recente, obriga que aquele agente ou entidade pública que viole direito alheio seja punido por tal ato, como forma de prevenção para os atos danosos, como exemplo para ele e para os demais e como uma maneira coercitiva, evitando, ou dispensando, a atuação do direito penal, em atenção aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima.

O que se deve enxergar é que o problema de um indivíduo representa um problema social, na medida em que ele se encontra inserido em uma comunidade. E se o problema de um é problema de todos, e isso afeta a vida coletiva, esse problema individual passa a ser um problema social, e a compensação pelos prejuízos passa a ser uma questão de política pública<sup>279</sup>. E a violação de um direito, se não combatida com eficiência, gera um sentimento de impunidade, que gera mais desrespeito e cria um círculo vicioso de violação de direitos.

Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil do Estado, para lograr cumprir com eficiência sua função socialmente estabelecida, deve ser provida não só de uma função ressarcitória ou educativa, mas também de uma função punitiva<sup>280</sup> que, através de suas características essenciais, conseguirá evitar e reprimir os comportamentos desviantes dos funcionários e agentes do Estado.

Até mesmo porque a tradicional característica indenizatória da responsabilidade civil tem se mostrado aquém do exigido para evitar condutas ilícitas, o que força, muitas vezes, que o já assoberbado direito penal seja chamado a auxiliar.

Importante lembrar que a mera definição do conteúdo normativo não gera a eficácia que se espera de um dado instituto. Para tanto, é necessário prover os meios adequados que trarão a funcionalidade que a norma deve possuir. Nesse sentido, a responsabilidade civil reclama uma função mais ativa, e não uma mera definidora de danos e correspondentes

---

<sup>279</sup> Cf.: WHITE, G. Edward. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 232.

<sup>280</sup> Não nos moldes dos danos punitivos que não encontram limites razoáveis para o ressarcimento, mas de acordo com uma lógica que, ao tempo em que pune, também não priva o punido de parte considerável de seu patrimônio.

valores indenizatórios que, por sua baixa capacidade repressiva não consegue evitar ou mesmo diminuir a ocorrência das condutas ilícitas geradoras de danos.

Tal posicionamento, entretanto, faz emergir algumas questões: será que o já combalido orçamento público consegue absorver as indenizações determinadas em processos judiciais? Seria adequado socializar esses custos? E será também que os servidores públicos teriam solvência para arcar com tais valores? Acreditamos que sim, desde que as indenizações sejam estabelecidas em valores justos e razoáveis, evitando-se o enriquecimento sem causa (situação combatida pela nossa cultura jurídica), mas também afastando a recomposição irrisória dos danos.

Nessa ótica, e considerando esse quadro, deve-se ter em mente que a indenização não pode ser de tal maneira vultosa que cause insolvência<sup>281</sup> no devedor (autor) e represente um enriquecimento injustificado no credor (vítima). Por outro lado, não pode a indenização ser em um patamar que estimule a continuação das práticas ilícitas. O que se deve buscar é uma prevenção através da repressão. É a estipulação de um valor justo, dentro dos critérios de equidade. Da mesma forma, busca-se a difusão de uma cultura de respeito aos direitos individuais, que só será alcançada com o sacrifício de alguns.

Portanto, não se pode olvidar que as transformações sociais, cada vez mais velozes, e o incremento das relações jurídicas entre Estado e cidadão requerem muito mais que discursos retóricos, eles exigem uma atuação pragmática e efetiva do instituto da responsabilidade civil, o que demanda a adoção de critérios punitivos para esse fim.

Por outro lado, uma das vantagens da utilização da sanção civil nos moldes da teoria do valor do desestímulo é a de que o Direito Civil (e/ou também Direito Administrativo) podem (devem) abraçar as condutas que o Direito Penal, consoante os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, não deve alcançar. A desvantagem é que o réu no processo cível não teria, desde o início da demanda, a plena noção do *quantum* da sua eventual condenação, ao passo que no processo penal ele conhece, de plano, a penalidade a que está sujeito.

---

<sup>281</sup> Servidores e agentes da administração pública que trabalham diretamente com o cidadão e, por isso, estão mais sujeitos a praticar atos que podem ser considerados como abusivos, geralmente recebem uma remuneração mais modesta que a média do funcionalismo público em geral. Seria adequado então condená-lo em um montante superior ao seu ganho anual ou mesmo em um valor equivalente a todo seu patrimônio? A razoabilidade e a equidade dizem que não.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema central do presente trabalho circunscreveu-se à responsabilidade civil extracontratual do Estado em face do uso abusivo do poder de polícia. Buscou-se delimitar, no âmbito da legislação portuguesa e da legislação brasileira, bem como da doutrina e da jurisprudência desses mesmos países, o fundamento conceitual e jurídico-normativo para a imputação daquela responsabilidade ao Estado, incluindo a aplicabilidade da indenização punitiva ao instituto.

Por outro lado, o conteúdo “abuso do poder de polícia” mostrou-se atual em virtude do que todo cidadão espera do Estado, ou seja, respeito pelos direitos e garantias fundamentais e legais, notadamente em face de manifestações populares que se desencadeiam todas as vezes que o Estado atua na contramão dos anseios da população.

Nesse sentido, é notório que o poder de polícia da administração pública deve obedecer aos limites estabelecidos. Também é sabido que os direitos individuais não são absolutos e, em regra, eles devem ceder ante um interesse público e coletivo maior. Entretanto, não se pode conceber que a administração pública, sob o pretexto de fazer cumprir as normas legais viole as garantias e os direitos individuais historicamente conquistados, entre eles o direito a incolumidade física e moral, o direito de propriedade, o direito de exercer legalmente profissão, arte ou ofício, entre outros.

Desta maneira, o exercício do poder de polícia pela administração pública, que só deve ser invocado para atender ao interesse público, apenas será encarado como legal, proporcional e razoável se observar os limites legalmente impostos. Qualquer atuação fora desse parâmetro poderá constituir uso abusivo do poder de polícia e poderá ensejar reparação patrimonial por parte do Estado e por parte do agente causador do dano, seja de forma solidária, como no direito português, seja de forma regressiva, como no direito brasileiro, sem prejuízo da responsabilização nos campos penal e administrativo. Além disso, a punição pode ter um caráter meramente indenizatório/ressarcitório ou também um caráter punitivo, com o fim de coibir a repetição de condutas semelhantes, desde que a punição não seja um fim em si mesma e ainda se adeque aos limites e parâmetros de proporcionalidade e de razoabilidade.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 681.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140.º n.º 3969, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, págs. 345 e ss.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. “Panorama geral do direito da responsabilidade «civil» da Administração em Portugal”, in *La responsabilidad Patrimonial de los poderes públicos, III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo - Valladolid*, José Luis Martínez López-Muñiz, e Antonio Calonge Velásquez, (coordenadores). Madrid: Marcial Pons, 1999, págs. 39 a 58.

ANDRADE, Maria Paula Gouveia. *Prática de Direito Administrativo*. 3.<sup>a</sup> edição. Lisboa: Quid Juris?, 2010.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Globo, 2003.

BLAKEY, Robert. Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages. In *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, nº 3, 1997, pp. 97-126.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da Política*. 14.<sup>a</sup> edição. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BRITO, Miguel Nogueira de. Direito de Polícia. In *Tratado de Direito Administrativo Especial* - Volume I. Coordenadores: Paulo Otero e Pedro Gonçalves. Coimbra: Almedina, 2009.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*. 2.<sup>a</sup> edição. Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. Regime geral da responsabilidade civil da Administração Pública, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 40, 2003, pp. 18 e ss..

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II, 10ª Ed., 9ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

CALHAU, Tiago Alcoforado. *Liquidação Ilegal de Imposto: Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado*. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 11º reimp., Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vols. I e II, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *A Questão das Polícias Municipais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CORREIA, Fernando Alves. “A indemnização por sacrifício”. In *Revista do Direito Público e Regulação*, Coimbra: CEDIPRE, Nº 1, maio de 2009, pp. 63 a 76.

CORREIA, José Manuel Ribeiro Sérvulo. Polícia, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, volume VI, Lisboa, 1994, págs. 393 e ss.

CUNHA, Estêvão Nascimento da. *Ilegalidade Externa do Acto Administrativo e Responsabilidade Civil da Administração*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Development in the Law – The Civil Jury. In *Harvard Law Review*, v. 110, nº 7, may 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUGUIT, Léon. *Os elementos do Estado*. Trad. Eduardo Salgueiro, 2ª ed., Lisboa: Ed. Inquérito, s. d..

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 31.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze & FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. III, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GOMES, Carla Amado, RAIMUNDO, Miguel Assis. “Topicamente – e a quatro mãos... - sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades”. In *Revista do Direito Público e Regulação*, Coimbra: CEDIPRE, Nº 5, março de 2010, pp. 03 a 25.

GOMES, Carla Amado. A Responsabilidade Administrativa pelo risco na lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro: Uma solução arriscada? in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas : Lei 67/2007, de 31 de dezembro*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

\_\_\_\_\_. A Responsabilidade civil extracontratual da Administração por facto ilícito: reflexões avulsas sobre o novo regime da lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, in *Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas: Lei 67/2007, de 31 de dezembro*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009.

HAURIUO, Andre, et al. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. 2ª Edición. Barcelona: Ariel, 1980.

JASON-LLOYD, Leonard. *Introduction to Policing and Police Powers*. 2nd ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOZIOL Helmut, WILCOX Vanessa. Punitive damages: Common law and civil law perspectives. In *Tort and insurance law Vol. 25*. Vienna: Springer Wien New York, 2009.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*. In *Revista de Direito Privado* n° 45, pp. 165-216, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MATOS, André Salgado de, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Actividade Administrativa. Tomo III. Direito Administrativo Geral*. 2ª ed., reimpressão, Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil Administrativa. Direito Administrativo Geral, Tomo III*. 1ª edição, reimpressão, Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração no Ordenamento Jurídico-Constitucional Vigente, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2ª edição, coordenador Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009.

PASCUAL, Gabriel Doménech. “Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?”. In *Revista de Administración Pública*. núm. 183, Madrid, septiembre-diciembre (2010), págs. 179-231.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUADROS, Fausto de (coordenador). *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. “A responsabilidade civil extracontratual do Estado - problemas gerais”. In *Ministério da Justiça - Gabinete de Política Legislativa e Planeamento*. Lisboa, 2001. disponível em: “<http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/conferencias-organizadas/>” : [s.n.].

QUIRINO, Arnaldo. *Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 50.

RODRIGUES, Luís Barbosa. Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública em cinco Estados das Comunidades Europeias, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, 2º edição, coord. Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social. Princípios do Direito Político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAMPAIO, Francisco Coelho de Sousa e. *Prelecções de direito patrio publico e particular, offerecidas ao serenissimo Senhor D. João Principe do Brasil*. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1805.

SILVA, Germano Marques da. *Ética policial e sociedade democrática*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. O Poder de Polícia e seus limites. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol.27, p.1-10, jan./mar. de 1952.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed, Paris: Économica, 1989.

WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 23ª édition. Paris: Dalloz, 2010.

WEBER, Max. Politics as a Vocation in *The Vocation Lectures: 'Science as a Vocation'; 'Politics as a Vocation'*. Edited and with an introduction by David Owen and Tracy B. Strong. Translation by Rodney Livingstone. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2004, p. 33.

WHITE, G. Edward. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford University Press, 2003.



## LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL, Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4898.htm)>.

BRASIL, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário brasileiro e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm).

BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)>.

ESPAÑA, Constituição Espanhola de 1978. Disponível também em <[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229)>.

PORTUGAL, Código Penal Português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 400/82, de 23 de Setembro. Disponível, entre outros, em <[http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd\\_igf/bd\\_legis\\_geral/leg\\_geral\\_docs/DL\\_400\\_82\\_COD\\_PENAL.htm](http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/DL_400_82_COD_PENAL.htm)>.

PORTUGAL, Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 78/87, de 17 de Fevereiro. Disponível em <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/leis-processuais/codigo-de-processo-penal/diplomas-que-publicam>>.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

PORTUGAL, Constituição Portuguesa de 1822. Disponível em <<http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/c1822t1.html>>.

PORTUGAL, Lei nº 34/87 de 16 de julho. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=281&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=281&tabela=leis)>.

## PÁGINAS CONSULTADAS NA INTERNET

<<http://www.dgsi.pt/>>  
<<http://purl.pt>>.  
<<http://ledroitcriminel.free.fr>>  
<<http://www.planalto.gov.br> >.  
<<http://dre.pt>>.  
<<http://www.sied.pt>>.  
<<http://ledroitcriminel.free.fr>>.  
<<http://www.un.org>>.  
<<http://www.infoleg.gov.ar>>.  
<<http://www.psp.pt>>.  
<<http://www.gnr.pt>>.  
<<http://www.tribunalconstitucional.pt>>.  
<<http://www.stj.pt/>>  
<<http://www.stadministrativo.pt>>.  
<<https://www.ncjrs.gov> >.  
<<http://www.arqnet.pt>>.  
<<http://www.conseil-etat.fr>>.  
<<http://portal.anvisa.gov.br>>.  
<<http://www.asae.pt/>>.  
<<http://www.dgpj.mj.pt>>.  
<<http://stf.jus.br>>.  
<<http://stj.jus.br>>.  
<<http://www2.camara.gov.br>>.  
<<http://www.senado.gov.br>>.  
<<http://www.duhaime.org>>.  
<<https://www.lexisnexis.com>>.  
<<http://www.supremecourt.gov>>.  
<<http://www.supremecourt.gov.uk>>.