

O abuso do poder punitivo e a responsabilidade civil do estado

El abuso del poder punitivo y la responsabilidad civil del estado

*José Renato Venâncio Resende¹
Keila Pacheco Ferreira²*

Resumo: Este artigo tem como finalidade abordar a responsabilidade civil do Estado sob um viés crítico acerca das funções administrativas assumidas por ele, baseando-se na teoria do risco administrativo. Partindo de uma ampla análise acerca da Responsabilidade Civil de forma geral, do desenvolvimento da responsabilização do Estado, dos danos morais e sua relação com o princípio da dignidade humana e do dever de indenizar, além de um breve estudo sobre o direito de punir e suas restrições.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Danos morais. Dignidade humana. Poder punitivo.

Resumen: el presente artículo viene tratar del tema de la Responsabilidad Civil del Estado, por medio de una visión crítica sobre las funciones administrativas asumidas por él, basandose en la teoría del riesgo administrativo. Saliendo de una ancha analisis sobre la Responsabilidad Civil de forma general, del desarrollo de la responsabilización del Estado, de los daños morales y su relación con el principio de la dignidad humana y del deber de indemnizar, además de un corto estudio sobre el derecho de punir y sus limitaciones.

Palavras-llave: responsabilidade civil, danos morales, dignidad humana, poder punitivo.

1. Introdução: o indivíduo, a sociedade e o estado

“O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros.”
(ROUSSEAU, 1974, p. 10). Assim Jean-Jacques Rousseau inicia sua obra
“Do Contrato Social”, em que disserta sobre a origem do Estado a partir

¹ José Renato Venâncio Resende é graduando no curso de Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: irenatoresende@gmail.com

² Keila Pacheco Ferreira é professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: keila.ufu@hotmail.com

de um pacto social, simbolicamente firmado entre todos os membros de uma nação, com validade perpétua para si e para seus descendentes, a fim de submeter todos à dominação do Estado e do soberano, manifestada a partir do ordenamento jurídico dos atos administrativos e das decisões judiciais.

De fato, *ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*, conforme prenuncia o brocardo romano. Se encontramos dificuldade em conceber determinada situação em que o indivíduo escolhe e consegue viver como eremita, isolado de seus pares, condição essa que contraria sua natureza de animal político, mais difícil ainda nos será imaginar uma realidade em que o sujeito se encontra fora do alcance do Estado.

Numa análise geográfica, não há, atualmente, porção de terra alguma no planeta que se encontre livre de fronteiras ou da incidência do poder de determinado governo. Numa perspectiva filosófica, deparamo-nos com o entendimento do filósofo francês Jean-Paul Sartre, o qual afirma que estaríamos todos condenados a ser livres porque nenhum de nós pediu para nascer. Em suas palavras:

Estamos sós, sem desculpas. É o que posso expressar dizendo que o homem está condenado a ser livre. Condenado, porque não se criou a si mesmo, e como, no entanto, é livre, uma vez que foi lançado no mundo, é responsável por tudo o que faz. (SARTRE, 1970, p. 9).

Assim, compreendemos que, se a escolha de nascer e existir é externa e independente de nossa vontade, também o é a alternativa de sobreviver em um determinado território, sob determinadas leis, por mais que delas se discorde. Numa última instância, não importam a nossa profissão religiosa, as nossas convicções ideológicas ou ainda a nossa obediência extrema ao que se entende por ética por meio do imperativo categórico. Quando qualquer uma de nossas escolhas da forma de viver, de agir e de pensar estiver em conflito com aquilo que

nos é imposto pelo Estado, através de suas normas e por seu cumprimento, a elas será dada a preferência.

Além disso, vale ressaltar a hipossuficiência extrema do indivíduo em relação à sociedade e, mais ainda, do indivíduo e da sociedade do Estado. É este que detém o poder de arrecadar impostos, de demarcar fronteiras, de legislar, de organizar exércitos, de policiar, de vigiar e de punir, além de, evidentemente, determinar o que é passível de vigilância e de punição. Por outro lado, o indivíduo depara-se com sua fragilidade, pois únicas são suas bens móveis e imóveis, suas relações e informações, ou até mesmo sua personalidade são factíveis de sofrer violações, inclusive e frequentemente, pelo Estado.

Mas qual seria a real função do Estado? No pensamento de Thomas Hobbes, a função do Estado, criado a partir do pacto social, é firmar relativa estabilidade entre seu povo, ao evitar a *guerra de todos contra todos*. Ou seja, o Poder Público teria como razão primeira de sua existência a garantia da vida e a integridade física de seus cidadãos.

Por outro lado, encontramos, não só nas teorias científicas, mas também nas políticas públicas de alguns países, o Estado social, que tem como finalidade garantir a democracia social, com promoção da solidariedade e da igualdade de direitos, promoção de direitos humanos fundamentais, da erradicação da pobreza e da diminuição da desigualdade de renda. Em outra visão, mais crítica, Karl Marx entende o Estado como instrumento de dominação da burguesia em relação ao proletariado, de forma a garantir seu *status quo* e a permanência de sua apropriação dos meios de produção, além da exploração da força de trabalho do operário.

Já o sociólogo Weber (1946, p. 58), também em uma análise crítica, afirma que:

[...] o Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Ele é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território.

Dessa forma, compreende-se que, a despeito da defesa do Estado como um ente que visa a garantir a ordem social, o império de suas leis não é neutro, nem isento do interesse dos governantes. Ainda que os poderes políticos organizados de um determinado povo visem à sua prosperidade socioeconômica e a extinção de desigualdades, é certo que, uma vez dotado de desmensurado poder, um governo poderá dele abusar.

De modo mais simples e considerando um governo que se restringe às suas funções e respeita suas limitações constitucionais, poderá ele, mesmo assim, ser capaz de cometer excessos? Sim, uma vez que o Estado é composto de múltiplos órgãos e agentes, os quais nem sempre trabalham em harmonia e se atêm a lei.

O Estado estará sempre suscetível a causar danos a seus cidadãos, à sua liberdade, à sua integridade psicofísica, à solidariedade social e à igualdade. Isso porque, uma vez que o Estado assume a função de controlar a ordem social e, de certa forma, reger a vida de todos os indivíduos que compõem uma nação, estará ele passível de provocar danos, quando age ou deixa de agir, ainda que tais lesões prescindam de culpa (negligência, imprudência e imperícia) ou de intenção de lesar (dolo).

É nesse sentido que surge a responsabilidade civil do Estado, a qual, mediante profundas transformações e evoluções ao longo da História, vem atualmente garantir que, uma vez assumido o risco administrativo, deve o Poder público responder pelos danos que causar a seus cidadãos, ainda que não exista culpa. Essa responsabilização surgirá sempre que houver lesão a direito, seja ao patrimônio ou à dignidade do indivíduo, havendo, assim, o dever de reparar o dano cometido.

Por conseguinte, entendida a onipresença e a onipotência do Poder e de sua força desproporcionalmente maior que a individualidade dos cidadãos de uma nação, a sua responsabilização em caso de danos, ainda que não exista culpa, só pode ser entendida como pressuposto necessário à existência de um ordenamento jurídico minimamente justo. Uma vez assumido o risco administrativo e evocado a si o direito/dever de administrar, exterior à vontade dos cidadãos, o Estado só poderia, da mesma forma, ser responsável pelos danos que vier a causar.

2 A responsabilização do estado

No Mundo Antigo, o rei era aceito como um deus encarnado e incumbido de governar e, por isso mesmo, insuscetível de falhas. A partir da propagação do Cristianismo, o poder estatal passa a ser legitimado por meio das teorias do direito divino dos reis, defendidas pelos franceses Jean Bodin e Jacques Bossuet, os quais afirmavam que o soberano estava revestido pela graça de Deus para bem governar seus súditos. Sendo assim, uma vez legítimo o rei, também seria ele infalível em seus atos e, por decorrência, não estaria sujeito a responsabilidade alguma. Conforme afirma a máxima inglesa, *the king can do no wrong*.

É somente com o Iluminismo e a Revolução Francesa, no século XVIII, que garantem a laicização do poder, que o Estado pode ser entendido como aparato administrativo, em que todos os seus integrantes, inclusive o “príncipe”, não são mais que funcionários públicos e representantes do povo. Soberano não é mais o príncipe, mas o próprio Estado-Nação, assim como não há mais súditos, submetidos à vontade irrestrita do governante, mas, em seu lugar, surgem os cidadãos, que gozam de igualdade perante a lei e de proteção quanto à sua individualidade. Assim surge a possibilidade de o governante, assim como quaisquer agentes públicos, ser responsabilizado por seus atos e,

sobretudo, pelo abuso de seu poder. Ou seja, a regra não é mais da irresponsabilidade do Estado, como antes.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 já previa hipóteses de responsabilidade civil subjetiva do funcionário público, quando este praticasse abusos ou omissões no exercício de suas funções, afirmada no artigo 179, XXIX, depois de um considerável rol de garantias civis. Ainda que o artigo 98 da mesma constituição, prescrevesse que "A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma." (BRASIL, 1824).

Nas demais constituições brasileiras, como as de 1891, 1834 e 1837, passa a ser admitida, com mais tranquilidade, no direito pátrio, a responsabilização do Estado, ainda que subjetiva, exigindo o elemento *culpa* para que se configurasse. Também no Código Civil de 1916, em seu artigo 15, a responsabilidade subjetiva é reafirmada em nosso ordenamento. Contudo, é somente com a Constituição democrática de 1946 que se consagra a responsabilidade objetiva do Estado, a qual viria a se repetir nos textos constitucionais posteriores e repetida no vigente Código Civil de 2002, em seu artigo 43.

Na Constituição de 1988, a responsabilidade objetiva da administração pública é disposta expressamente no artigo 37, § 6º, que prevê que as pessoas jurídicas de direito público, assim como as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que causarem a terceiros. Além disso, o mesmo artigo assegura o direito de regresso contra o agente responsável pelo dano, em caso de culpa *lato sensu*.

2.1 A responsabilidade civil no Direito brasileiro atual

Na seara do *Ius Civilis*, a responsabilidade posta pode ser subjetiva ou objetiva. A primeira, de formulação mais antiga, prevê a responsabilização do agente causador de dano quando houver culpa ou dolo, além dos requisitos essenciais, a conduta, omissiva ou comissiva, o

nexo de causalidade e o dano. Já a responsabilidade objetiva, introduzida mais modernamente na ciência jurídica, traz o conceito de risco, o qual dispensa a exigência de culpa, ampla ou estrita, para que se configure o dever de indenizar. Assim, para esta, havendo conduta, dano e nexo causal entre um e outro, ainda que não haja culpa, surgirá para o agente o dever de reparar a lesão a que deu origem.

No Direito brasileiro, ainda que já haja previsões de responsabilidade civil na Constituição de 1824, em seu modo subjetivo, posteriormente disciplinada pelo Código Civil de 1916, é somente com a Constituição de 1946 que nosso ordenamento acolhe a responsabilização objetiva do Estado. Tal previsão, reafirmada nas posteriores cartas de 1967, 1969 e 1988, não recepcionando, assim, o dispositivo do Código de 1916, é finalmente regulada pelo atual Código Civil, que praticamente copia o que está expresso na Constituição de 1988:

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. (BRASIL, 2002).

Enquanto prevê a Constituição Federal, em seu artigo 37:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Assim, a responsabilização objetiva do Estado é, por fim, consolidada em nosso Direito, depois de um longo processo de evolução histórica e de discussão doutrinária e jurisprudencial. Esse fato, sob muitos aspectos, pode ser considerado um avanço sociojurídico, uma vez que, agora, tendo o Estado causado danos, é irrelevante a discussão se

seu agente agiu com culpa ou dolo, pois desde que haja nexos de causalidade entre a conduta do agente estatal e o dano provocado à vítima, haverá, inexoravelmente, o dever de reparar o dano.

No preciso ensinamento de Nery Junior (2010, p. 28):

Trata-se de responsabilidade civil pelo risco, sendo a administração pública responsável objetivamente pela indenização dos danos sofridos pelo administrado, por fato do serviço. A responsabilidade objetiva da administração pública, independentemente de dolo ou culpa, ocorre quando houver ato comissivo, vale dizer, de atitudes positivas de agentes ou servidores, lesivas de direitos dos administrados. Nesse caso, basta a existência do dano e o nexo de causalidade entre o ato comissivo da administração pública e esse dano, para que haja o dever de indenizar.

Sem embargo, mesmo que expressas as previsões acerca da responsabilidade objetiva, haveriam, ainda, hipóteses de responsabilidade subjetiva no ordenamento pátrio? Afirmam alguns juristas que, em determinados casos, sim, conforme correntes às quais se filiam consagrados teóricos como Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo ele, seria subjetiva a responsabilidade da Administração Pública sempre que houvesse omissão, uma vez que, por não ter havido conduta, o Estado não poderia ser considerado causador do dano. Logo, haveria que se falar em ilícito e, portanto, estaria configurada a responsabilidade subjetiva (MELLO, 2003).

Para outros juristas, no entanto, há que se falar em responsabilidade objetiva apenas em uma modalidade de omissão: a genérica. De fato, a doutrina faz a diferenciação entre *omissão específica*, em que o agente, no caso o Estado, estaria em posição de gerente (ou de guardião), com o dever de impedir o dano; e *omissão genérica*, quando é rompido o dever objetivo e geral de impedir danos, imposto que é à Administração como a qualquer outro ente. Nesse entendimento, como

defendido por Cavalieri Filho (2011), em havendo omissão genérica, poderíamos considerar a incidência da responsabilidade subjetiva.

Todavia, acreditamos que nosso ordenamento deixa expresso de forma incontestada a previsão de responsabilidade objetiva, sem que haja lacunas para interpretações divergentes. Assim, ainda que haja omissão genérica do Estado, seria ela enquadrada nas hipóteses de responsabilização objetiva, pois estariam inclusas no risco administrativo assumido pela gestão pública.

Também é importante ressaltar que, além de objetiva, abrangendo os casos de comissão e omissão, genérica ou abstrata, a responsabilidade atribuída ao Estado é extracontratual. Conforme preleciona Mello (1991, p. 320):

Essa noção é, hoje, curial no direito público. Certo que, hoje, todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos.

Sobre o tema, ainda é válido dissertar sobre a doutrina da *faute de service*, teoria do direito francês que auxilia sobremaneira o entendimento do assunto ora discutido. *Faute de service* define-se como a falha do serviço, acarretada pela ineficiência, pelo mau funcionamento ou pelo funcionamento tardio da Administração.

No entanto, atualmente a teoria da *faute de service*, apesar de sua suma importância para a evolução doutrinária da responsabilização do Estado pelos danos que causou, já não é imprescindível. Isto porque, hodiernamente, o que se exige é tão somente o nexo de causalidade entre a conduta, omissiva ou comissiva, e a lesão causada à vítima, pouco importando se o serviço prestado pela Administração fora eficiente ou não.

2.2 Teorias do risco

A partir da previsão legal da Constituição de 1946 da responsabilização do Estado de forma objetiva, pode-se dizer que nosso ordenamento adotou a tese da teoria do risco, segundo a qual aquele que exerce atividades que ocasionem perigos especiais deve responder pelos danos que causar, independentemente de culpa. A responsabilidade, nesse caso, surge em virtude do perigo gerado, e não da existência de culpa.

A teoria do risco é empregada de forma geral a quaisquer sujeitos, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. Há ainda que se falar em quatro modais da teoria do risco, sendo o risco proveito, o risco profissional, o risco excepcional e o risco criado. Para nosso Direito civil, no entanto, tal diferenciação é irrelevante, pois o Código Civil não determina restrição alguma quanto à espécie de risco. O que é considerado de relevo é o fato de a atividade exercida pelo ente gerar riscos de violação dos direitos de outrem.

Assim, a teoria do risco, em sentido amplo, também é aplicada à Administração Pública, pois, sem dúvidas, ao chamar a si a função de governar, o Estado também estaria expondo seus administrados a riscos advindos do exercício de sua função, motivo pelo qual o risco administrativo constitui elemento que deve ser plenamente empregado na doutrina da responsabilidade. Ademais, é mister diferenciar as duas variedades de teoria do risco que se desenvolveram, o risco administrativo e o risco integral.

2.2.1 Teoria do risco administrativo

Conforme melhor explanado anteriormente, considera-se que a legislação brasileira passa a adotar o risco administrativo como fundamento e requisito para a responsabilização cível do Estado a partir da Constituição Federal de 1946. Desse modo, uma vez promulgada a Carta, deixa de ser pertinente a existência de culpa ou não quanto à

lesão causada pela Administração Pública. Isso porque, caso haja dano ao cidadão e nexos causal entre a comissão-omissão estatal, surgirá o dever de indenizar, a partir do fundamento do risco administrativo assumido pelo Estado.

Se o risco administrativo serve como motivação para a defesa da responsabilidade objetiva, o que justificaria o risco administrativo? Lembremo-nos da introdução deste trabalho, na qual se afirma não ter o cidadão a liberdade de escolher se quer que todo um conjunto normativo incida sobre ele e qual seria esse conjunto. Ser governado é um ônus suportado pelo indivíduo, sempre alheio à sua vontade, mesmo que dele se possa auferir benefícios. Por outro lado, governar os homens é uma atividade assumida pelo Estado da qual decorrerão riscos de lesar os direitos e as liberdades dos administrados. Daí se entende que, ao passo que o Estado assume a função de imperar sobre os indivíduos, deve também ser responsável pelos riscos que assumiu, reparando os danos que ocasionalmente vier a causar, prescindindo de culpa.

Esta concepção de dever atribuída ao exercício administrativo decorre do próprio conceito de Justiça, já defendido por Aristóteles. Entende-se que a justiça é a equalização entre a vítima e o ofensor, entre aquele que sofreu o dano e o que causou. Assim, não seria justo que um cidadão lesionado pelo Estado sofra sozinho todo o prejuízo decorrente do risco assumido por ele, enquanto um governo, ou melhor, todo o corpo de cidadãos que forma o Estado-Nação, nada deva responder. Segundo o filósofo estagirano:

Portanto, sendo esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz procura igualá-la; porque também no caso em que um recebeu e o outro infligiu um ferimento, ou um matou e o outro foi morto, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos; mas o juiz procura igualá-los por meio da pena, tomando uma parte do ganho do acusado. (ARISTÓTELES, 1991, 122).

Do citado trecho, depreende-se que o dever do Estado de responder pelos danos que causar a seus cidadãos, assim como qualquer um destes deveria fazê-lo, decorre mais de uma noção de justiça que simplesmente de uma discussão doutrinária. Essa justificativa, entre outras, acreditamos, fundamenta a teoria do risco administrativo e, por consequência, a responsabilização objetiva da Administração.

2.2.2 Teoria do risco integral

Considerada pela doutrina majoritária como extremista, a teoria do risco integral defende a responsabilização absoluta do Estado, desde que haja dano ao administrado, sem qualquer análise quanto a elementos externos, a participação da vítima ou de terceiros na lesão provocada. Para esta teoria, por exemplo, caso um motorista civil colida com um veículo oficial, ainda que o primeiro tenha total culpa, será ele indenizado pelo Estado. Isso porque, para o risco integral, não há hipóteses de exclusão do nexo de causalidade ou análise da participação da vítima no dano causado.

Para melhor entendimento, conforme já dissertado, são necessários três elementos para que surja a responsabilidade objetiva: conduta (omissiva ou comissiva), dano e nexo causal entre um e outro. Contudo, a doutrina e a legislação admitem hipóteses de exclusão do nexo de causalidade, como o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro. Caso haja concorrência de culpa, do Estado, em relação à vítima ou a terceiro, servirá ela para minorar a responsabilidade estatal.

Assim, para a teoria do risco integral, não seriam admitidas hipóteses de não responsabilização do Estado, caso houvesse dano, nem análise da culpa da vítima, o que poderia gerar situações absurdas, ao contrário da teoria do risco administrativo, por exemplo, que é mais flexível.

Todavia, a despeito das críticas (razoáveis) dirigidas à teoria do risco integral, vale dizer que, ainda assim, ela é adotada em nosso ordenamento em três hipóteses:

- a) Dano ambiental, segundo o artigo 225, §3º da Constituição Federal e artigo 14, §1º da Lei 6.938/91;
- b) Seguro Obrigatório (DPVAT), em caso de acidente automobilístico, ainda que haja culpa exclusiva da vítima;
- c) Danos nucleares, segundo o artigo 21, XXIII, d, da Constituição Federal.

2.3 Ação de regresso contra o agente culpado

Conforme a previsão constitucional, no parágrafo sexto do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), é assegurada à pessoa jurídica obrigada a indenizar o direito de regresso contra o agente causador do dano, quando ele tenha agido com culpa ou dolo.

Decorrente do princípio da eficiência e da impessoalidade na Administração Pública, expressos no caput do artigo 37 do mesmo texto, o direito de regresso visa a desonerar o erário, quando o dano tiver sido causado devido à conduta culposa ou dolosa de agente público, uma vez que este, no exercício de suas funções, não agiu como deveria.

Outrossim, a ação de regresso contra o agente culpado justifica-se, sinteticamente, por dois consideráveis motivos. O primeiro, porque dentre as finalidades da responsabilidade civil, encontra-se a função punitiva ou sancionadora, e considera-se razoável que o servidor que causou danos ao administrado, quando com culpa ou dolo, seja punido por sua conduta, mesmo que seja para evitar que tal comportamento torne a ocorrer. Por fim, não seria justo que o Estado e, através dele, toda a coletividade, arque com a reparação de um dano causado por

determinado agente, mediante sua intenção de lesionar, ou ainda por causa de sua negligência, de sua imperícia ou de sua imprudência.

Por outro lado, é relevante destacar que, ao passo que a responsabilidade do Estado frente ao administrado é sempre objetiva, a responsabilidade do agente culpado diante da Administração será subjetiva, ou seja, exigirá análise da culpa. Consoante a lição de Hely Lopes Meirelles:

A ação regressiva da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo § 6.º do art. 37 da CF como mandamento a todas as entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos. Para o êxito desta ação exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso. Enquanto para a Administração a responsabilidade independe da culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil. Como ação civil, que é destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva (Lei 8.112/90, art. 122, § 3.º) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessa (MEIRELLES, 2012, p. 725).

Entretanto, há diversas hipóteses quanto à responsabilização do agente. Por exemplo, poderá haver propositura de ação penal direta contra o servidor, o que não impede ação indenizatória contra a Administração Pública. Caso o agente seja criminalmente condenado, será certa sua obrigação cível de indenizar. Por outro lado, mesmo que seja absolvido na esfera criminal, poderá, ainda, ser condenado na seara do Direito Civil. Em outro caso, o administrado poderá litigar diretamente contra a Administração Pública e mesmo que o agente tenha sido absolvido criminalmente, uma vez que o Estado responde objetivamente. Por fim, poderá o agente responder por improbidade administrativa, segundo a Lei 8.429/92.

Ainda acerca desse tema, discussão superada diz respeito à denúncia da lide do agente culpado. Isso porque, uma vez que a

CRFB assegura o direito de regresso contra o servidor que agiu com culpa, entendia-se ser obrigatória a participação do servidor no processo. Parte da doutrina considerava que, segundo o princípio da celeridade processual e o direito de o lesionado ser prontamente indenizado, tal intervenção seria vedada implicitamente. Contudo, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que não acolhe os institutos de intervenção de terceiro no processo, resta inútil tal discussão.

3 O ESTADO QUE DANIFICA

Diversos são os danos que a atividade administrativa pode vir a causar, seja por omissão de suas atribuições, como é frequente na Saúde pública, seja por condutas comissivas e até mesmo culposas. Por exemplo, tem se acentuado, nos últimos anos, o número de homicídios injustificados de cidadãos por ação da polícia militar dos estados, morte por balas perdidas em tiroteios ou mesmo assassinados e lesões corporais graves em presídios públicos.

No Rio de Janeiro, por exemplo, o número de homicídios por ação da polícia militar em confrontos com supostos bandidos, no ano de 2013 foi de 416. Já em 2014, atingiu a marca de 580 mortos, perfazendo um aumento de 39,4%. Já no estado de São Paulo, a quantidade de homicídios subiu de 269 (primeiro semestre de 2013) para 434 (primeiro semestre de 2014), com crescimento de 62%, segundo dados da Anistia Internacional. Já de acordo com relatórios do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), houve 110 homicídios, 3443 presos com ferimentos e 2772 lesões corporais no âmbito do sistema carcerário brasileiro no ano de 2013.

Além das referidas estatísticas, mais atuais, é válido lembrar a memória dos 434 assassinados por agentes do Estado durante o Regime

Militar, segundo dados oficiais da Comissão Nacional da Verdade. Tempos sombrios, em que à punição foi delegado o dever de reprimir qualquer voz destoante do discurso oficial, como a de artistas, estudantes, políticos, sem o cuidado de, com a voz, calar-se a vida (VERDADE, 2014).

Acreditamos que as estatísticas apresentadas, pela expressividade de seus números e confiabilidade de suas fontes, reafirmam o que temos defendido neste trabalho, que o Estado pode ser causador de danos, simplesmente por ter assumido o risco administrativo, assim como pode, deliberadamente, lesionar seus administrados, devendo, em ambas as hipóteses, indenizar o dano causado. Por conseguinte, não restam dúvidas da relevância da discussão acerca da responsabilização da Administração e de seu dever de indenizar, nas diversas espécies de dano existentes.

3.1 Atos administrativos, legislativos e judiciais

O ordenamento prevê a responsabilização civil da Administração Pública por quaisquer atos, sejam eles administrativos, legislativos ou judiciais, desde que causem danos. Em regra, é mais comum a responsabilidade dos atos administrativos, advindas dos órgãos do Estado e de seus agentes, até porque, em geral, podem ser eles específicos, dirigidos a determinadas pessoas ou grupos e, por isso mesmo, mais suscetíveis de causar danos. Contudo, a Lei não estabelece restrições quanto à indenização por danos causados por atos legislativos ou judiciais, desde que estejam configurados o dano e o nexo de causalidade.

Quanto aos danos devidos por ato legislativo, defende Hely Lopes Meirelles:

O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. (...) Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável (MEIRELLES, 2012, p. 722).

Já acerca do dano causado por ato judicial, afirma o renomado jurista:

O ato judicial típico que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe a CF de 1988, em seu art. 5.º, LXXV. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário, equiparam-se aos demais atos da Administração e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública (MEIRELLES, 2012, p. 723).

Do que se depreende que a Lei não obsta a obrigação de o Estado reparar por dano causado por qualquer uma de suas atribuições, desde que fique comprovado o injusto.

3.2 Danos Patrimoniais

Conceituam-se danos patrimoniais como a lesão ao patrimônio material de alguém, ou seja, o prejuízo obtido devido à lesão a bem de natureza material, considerado de forma unitária ou em sua totalidade. Também definido como dano material, será ele sempre suscetível de avaliação pecuniária, a partir de sua quantificação em valores monetários. Deverá esse modal de dano, ademais, ser certo, atual e fundado em fato preciso, e nunca hipotético.

Os danos patrimoniais, segundo posição adotada pelo próprio Código Civil (art. 402), poderão referir-se ao que efetivamente se perdeu

ou ao que razoavelmente se deixou de lucrar. Em outras palavras, são constituídos pelos danos emergentes, facilmente constatados a partir da diminuição do patrimônio da vítima, ou pelos lucros cessantes, espécie de dano futuro (e não hipotético) em que se presume os ganhos que o ofendido deixará de auferir devido à lesão que sofreu.

Há, ainda, discussões acerca do dano em ricochete, que seria a lesão provocada a determinado indivíduo, mas que “respinga” em terceiro inocente, como em caso de genitor responsável pelo sustento da família ser lesionado, ao ponto de perder a capacidade física para o trabalho e não mais poder garantir a subsistência de seu lar. Ademais, debate-se acerca da indenização pela perda de uma chance, tema controverso na doutrina jurídica, em que se afirma existir o dever de reparar quando a alguém é atribuída a responsabilidade por obstar a possibilidade de sucesso da conduta de outrem. Não nos aprofundaremos, no entanto, nos referidos temas.

3.3 Danos extrapatrimoniais

De natureza e de consolidação mais recente no ordenamento, danos extrapatrimoniais ou morais são aqueles que ofendem o indivíduo numa esfera que não seja seu patrimônio material. Contudo, esta é, ainda, uma definição “por exclusão”, que se aproveita do conceito de dano material para definir o dano moral, a partir do que não constitui ofensa ao patrimônio. Na melhor doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] a unidade do ordenamento é dada pela tutela à pessoa humana e à sua dignidade, como já exposto; portanto, em sede de responsabilidade civil, e, mais especificamente, de dano moral, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade, em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado (MORAES, 2009, p. 182).

A autora, genialmente, ensina que dano moral refere-se ao desrespeito à tutela à pessoa humana, salvaguardada pela CRFB através do princípio da dignidade humana (art. 1º, III). Assim, o dano extrapatrimonial passa a ser entendido, numa perspectiva mais sólida, a partir da ofensa a qualquer elemento necessário à digna existência do indivíduo. Maria Celina ainda defende que os elementos de igualdade, de integridade psicofísica, de liberdade e de solidariedade social são formas de expressão do princípio da dignidade humana. Desta feita, a doutrina dos danos morais passa de uma esfera abstrata e imprecisa à definição concreta e de mais fácil determinação.

Para melhor compreensão dos quatro bens extrapatrimoniais tutelados pelo direito, aproveitar-nos-emos das definições teorizadas por Maria Celina:

- a) Igualdade: preceito que decorre da própria noção de democracia, que tem como sinônimo o termo isonomia, que, para os antigos atenienses, significava literalmente igualdade de direitos. É princípio consagrado em nosso ordenamento, já no caput do artigo 5º da CRFB, o qual declara que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Trata-se essa definição, entretanto, de igualdade formal, estabelecida na forma da lei. Contudo, incompleto seria tal preceito se realmente considerássemos totalmente iguais todos os cidadãos, como se houvesse uma identidade, um estereótipo a ser respeitado. Desiguais que somos por natureza já no nascimento, as desigualdades nos acompanham acompanhando em nossa evolução, ora a favor, constituindo nossa personalidade, ora em prejuízo, quando em situações de hipossuficiência. É nesse sentido

que Boaventura de Sousa Santos nos afirma que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.” (MORAES, 2009).

- b) Integridade psicofísica: pressuposto fundamental para todos os outros direitos, uma vez que só seremos sujeito de direito e objeto de proteção, se tivermos nossa existência, material e espiritual, íntegras e preservadas de quaisquer violações. Primordialmente, tal elemento referia-se à garantia de não ser torturado e de não receber tratamento degradante, em especial nas instituições corretivas sob a tutela do Estado. Hodiernamente, todavia, a integridade psicofísica remete a um conjunto de direitos relativos ao bem-estar físico, psicológico e social (nome, privacidade, identidade, saúde, gênero e orientação sexual), além de outros relativos ao biodireito e à bioética.
- c) Liberdade: direito de o indivíduo expressar seus pensamentos, vontades e projetos sem sofrer embaraço de qualquer origem, ao mesmo tempo em que pode salvaguardar sua imagem, privacidade e vida íntima de interferências estranhas e indesejáveis. Para Maria Celina, “liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier” (MORAES, 2009).
- d) Solidariedade social: elencada como pressuposto da República e de nosso ordenamento (art. 1º, III, CRFB), a solidariedade social expressa um direito-dever de

garantir que o indivíduo contribua para a digna existência de seu concidadão, ao passo que a sociedade deve se esforçar para a efetivação de sua dignidade enquanto ser humano. Não é entendida como contraponto ao direito à liberdade, mas como seu complemento, uma vez que um garante a equânime aplicação do outro. Pressupõe os ideais de reciprocidade e de reconhecimento do outro e tem sua melhor explanação constitucional através do imperativo de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CRFB).

Discussão antiga na Ciência do Direito e frequentemente utilizada em decisões judiciais afirmava que os danos morais poderiam ser entendidos como a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação sofridos pelo indivíduo, atacando diretamente seu bem-estar psicossocial. No entanto, é importante ressaltar que tal definição, além de ser vaga e de difícil determinação, é incompleta, pois se entende que dor, angústia, exposição prejudicial, entre outros, constituiriam as consequências do dano em si e não sua ocorrência. Atualmente, considera-se que danos extrapatrimoniais se configuram *in re ipsa*, pois basta que se prove a ocorrência do injusto para que surja o dever de indenizar, sem a necessidade de se comprovar a existência de suas consequências subjetivas, antes citadas.

No que concerne à fixação do *quantum* indenizatório, acredita-se ser importante um valor que sirva para *mitigar* a dor moral provocada pelo injusto, pois, mesmo que não devolva a vítima a seu *statu quo ante*, poderá compensá-la pelo transtorno que sofreu devido à conduta danosa de outrem, conduta essa que não deverá o ofendido suportar *gratuitamente*, sem que receba uma compensação sequer.

Também é reconhecida pela doutrina atualmente a dúplici função da indenização por danos morais, em seu caráter compensatório e punitivo. Tal corrente também poderá ser encontrada no pensamento de Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES,2009).

3.4 Causas de exclusão do nex causal

Consoante anteriormente mencionado, pelo fato de nosso ordenamento adotar a teoria do risco administrativo como fundamento para a responsabilização objetiva do Estado, surgem algumas hipóteses em que o nex causal entre a conduta administrativa e o dano pode ser excluído. Ressalta-se, no entanto, que, uma vez adotada a teoria da responsabilidade civil objetiva, haverá dever de indenizar sempre que existir conduta, dano e nex causal. Logo, o que ora se discute não é a isenção de responsabilidade, mas tão somente a não configuração do nex causal.

Segundo o ensinamento de Nery Junior (2010, p. 35):

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

Do excerto acima, ademais, já se extrai as principais possibilidades de que o nex causal seja excluído:

- a) Culpa exclusiva da vítima: quando o dano sobrevier por absoluta e comprovada culpa da vítima, sem que haja possibilidade de responsabilização do Estado, deverá ela suportar sozinha o prejuízo que sofreu. Caso haja culpa concorrente, entre Estado e ofendido, esta servirá para minorar a indenização atribuída ao erário;

- b) Culpa de terceiro: configura-se quando o terceiro, que não seja agente público no exercício de sua função, contribuir para o dano, hipótese na qual estará o Estado desobrigado de indenizar;
- c) Caso fortuito e força maior: de controversa conceituação pela doutrina que, ao longo dos séculos, tem apresentado ambas conjuntamente, de modo a evitar confusão. Referem-se caso fortuito e força maior a acontecimento inevitável e invencível, devido a acidentes da natureza ou a comportamentos humanos. Tendem a excluir o nexo causal entre conduta e dano, isentando o Estado de indenizar, quando este não poderia agir a fim de que a lesão fosse evitada.

4. *Ius puniendi*

O direito de punir, monopolizado pelo Estado ainda em suas primeiras formas de organização, visava à regulação da sanção cabível àqueles que infringiam as normas internas de uma comunidade, ao garantir uma medida punitiva ao infrator (entendida como cumprimento da justiça) e evitar o uso da vingança pessoal como método de compensação da ofensa. Não obstante, em função principal ou subsidiária, o *ius puniendi* do Estado detinha o condão de manter a ordem social e evitar violações entre os indivíduos. Nesse sentido, aduz Beccaria (1978, p. 9):

Nota-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação só pode ser obstada nos seus efeitos sobre a sociedade por meios que impressionam imediatamente os sentidos e que se fixam nos espíritos, para contrabalançar por impressões vivas a força das paixões particulares, quase sempre opostas ao bem geral. Qualquer outro meio seria insuficiente.

Continua o autor acerca dos fundamentos do direito de punir:

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir (BECCARIA, 1978, 10).

Por outro lado, utilizado muitas vezes como forma de controle e coação social e até mesmo abusado por aqueles que detinham o poder de castigar, na evolução do pensamento ocidental, no entanto, a proporcionalidade passou a ser considerada importante elemento a ser levado em consideração quando da aplicação da pena. Assim, o direito de punir sofria suas primeiras restrições, as quais começavam a garantir que a punição deveria ser proporcional ao crime cometido, considerando-se a culpa do agente ou a periculosidade do ato.

Ainda nos preciosos ensinamentos do Marquês de Beccaria (1978, p. 10), temos que:

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

Já na Idade Moderna, com o advento das ideias iluministas e a limitação do poder estatal, a pena torna-se objeto de preocupação dos juristas da época, ao ter suas causas e efeitos mais profundamente analisados. Surgem, então, novas teorias penalistas, que atribuem à pena não só o objetivo de castigar, mas limites, além de elementos de ressocialização e prevenção de criminalidade. Ilustra nossa evolução jurídica os excertos supracitados do Marquês de Beccaria, aclamado como o grande representante do Iluminismo Penal.

Ademais, vale ressaltar o pioneirismo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Pioneira porque, nos idos de 1789, foi um documento que ousou incidir sobre todos os homens da Terra, declarando-os iguais em direitos e resguardando-lhes da opressão e do tratamento arbitrário. À guisa de ilustração:

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (COMPARATO, 2007, p. 90).

No entanto, é no período após as duas grandes guerras (pós-1945) e a derrocada dos regimes nazifascistas, que o Direito se preocupa em vedar a reincidência das práticas desumanas e degradantes que foram assistidas até então, como torturas, experiências cruéis e genocídios. Assim, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proposta, em 1948, pela recém-criada Organização das Nações Unidas e da qual foram signatárias 48 nações, inclusive o Brasil.

A Declaração, entre outros dispositivos, prescreve que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, além de prever o direito à igualdade, à liberdade, à segurança pessoal e à garantia de não ser arbitrariamente preso ou condenado antes de devida prova em juízo (artigos III, V, VII, IX e X, DUDH). Surge, assim, a positivação dos tão aclamados direitos humanos, que viriam orientar a elaboração de leis e constituições de diversos outros países, inclusive do Brasil. (COMPARATO, 2007)

Atualmente, entende-se o direito de punir como sinônimo do Direito penal subjetivo, definido como *a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Judiciário*. (GRECO, 2015). Ou seja, seria o direito/dever do Estado de monopolizar a violência e manter a estabilidade social por meio da edição de normas proibitivas e de seu cumprimento, através da aplicação de penas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *ius puniendi* é regulado pelo Código Penal, pelo Código de Processo Penal e também pela legislação extravagante. Contudo, a Constituição Federal garante vários direitos fundamentais relativos ao processo, à condenação e à punição, limitando a sanção promovida pelo Estado. Além disso, nosso Estado-Nação é signatário de vários acordos internacionais de direitos humanos, como a própria Declaração Universal de 1948 e o Pacto de São José da Costa Rica.

4.1 Limitações ao direito de punir

Seja por limites implícitos ou expressos na Lei, o *ius puniendi*, encontra-se, atualmente, cercado de restrições, que buscam impedir o abuso do poder pelo Estado e o cometimento de arbitrariedades. Além disso, a sanção é entendida na medida da razoabilidade, de modo a punir o infrator, causando-lhe o mínimo de danos na esfera de seus direitos individuais.

Como visto anteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, já em 1948, proíbe a aplicação de penas desumanas e degradantes. Em 1988, por outro lado, nossa constituição veda as penas capitais, perpétuas, cruéis e os trabalhos forçados, além de ratificar o repúdio jurídico à tortura e ao tratamento desumano e degradante (art. 5º, III e XLVII, CRFB).

De modo geral, são vários os princípios que regulam o Direito penal. Contudo, analisaremos os mais pertinentes ao nosso trabalho:

- a) Princípio da Intervenção Mínima: entende o direito que o Estado tem de punir seus cidadãos como a *ultima ratio*, ou seja, a derradeira alternativa a ser escolhida para solucionar um conflito. O Estado deve se abster ao máximo de interferir na vida dos indivíduos e sempre sopesar entre a aplicação da pena e o sacrifício de um direito fundamental, como a liberdade.
- b) Princípio da legalidade: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, conforme enuncia o primeiro artigo do Código Penal brasileiro, que declara nulos quaisquer crimes e penas, sem que haja lei anterior que os defina. Visa a proteger o cidadão de arbitrariedades do Poder Público e de abusos de seus agentes.
- c) Princípio da proporcionalidade: remontando ao Talião e confirmada por Beccaria, prevê que o castigo deve ser proporcional à ofensa. Exige que se faça, no exercício da razão, a ponderação entre o delito e a pena, além do sopesamento entre a gravidade da ofensa a um bem jurídico e o sacrifício que será feito a outro bem jurídico, mediante a sanção.

Além desses, é importante que se frise a existência de vários outros princípios, como a vedação à prisão arbitrária, a presunção da inocência do acusado e a garantia ao contraditório e à ampla defesa. Ainda que pouco respeitados, tais princípios já encontravam nas antigas constituições brasileiras, a exemplo da Constituição de 1967 que, mesmo em Regime Ditatorial, proibia a arbitrariedade da prisão e previa o direito ao

contraditório e à ampla defesa (art. 150, §12, §15 e §16). No entanto, tais garantias constitucionais não foram suficientes para evitar as numerosas e cruéis violações ocorridas durante o período militar.

4.2 Excessos no monopólio estatal da violência

Os abusos no direito punitivo decorrem, de certa forma, do próprio risco administrativo assumido pelo Estado. Do mesmo modo, entende a doutrina da responsabilidade objetiva, que se contrapõe a tais excessos, por entender que, no momento em que o Poder se torna poder de proibir, de controlar e de castigar, está ele suscetível a abusos.

Como vimos, Weber entendia o Estado como aparato que monopoliza a violência. Marx, por outro lado, defendia que o poder estatal não era mais que um clã burguês que buscava legitimar seus privilégios e controlar o proletariado. Fato é que, se o Estado não corresponde integralmente a essas definições, pode usar o poder punitivo de forma abusiva, através do revezamento de grupos que detêm o poder. Mesmo ordinariamente, há e sempre haverá agentes públicos que se valem de suas prerrogativas para defender interesses pessoais. Para tanto, o direito de punir constitui, sem dúvida, um instrumento muito eficaz.

Entende o jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de *pessoas*, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como *inimigos* da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente (ZAFFARONI, 2007, p. 11).

De fato, em nossa tradição ocidental sempre foi comum a figura do *indesejável*, aquele que, por suas condições físicas, origens étnicas, comportamento ou convicções tornou-se *persona non grata* a

determinada sociedade. Exemplos abundam e um outro artigo seria necessário só para enumerá-los: os portadores de deficiência em Esparta, os mouros no Medievo, os negros africanos na Colonização, os judeus no regime nazista, os comunistas na Guerra Fria, os homossexuais em diversas localizações de tempo e espaço, entre outros. Além, é claro, de todos aqueles que infringiam normas penais, em especial quando se referiam à proteção da propriedade privada: os bandidos.

A todos esses a sociedade incumbiu o Estado de tratar. E o Estado, por sua vez, encaminhou-os aos cuidados do Direito Penal. Desde então assistimos à imaginação humana dar à luz diversas penas, como o envenenamento, a crucifixão, a forca, a guilhotina, a cadeira elétrica e a injeção letal. Úteis, porque eliminavam o infrator de uma vez por todas. Havia também as penas de desterro e de prisão perpétua. Menos cruéis e também deixavam a sociedade livre de seu *inimigo comum*.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, não se admitem as penas de morte, perpétuas, cruéis ou degradantes. No entanto ainda são comuns as prisões abusivas, como as medidas preventivas, excepcionais, mas que se tornaram regras. Nas penitenciárias, comumente superlotadas, o tratamento dispensado pelo Estado está longe de ser o que a Constituição Federal define como dignidade da pessoa humana. São comuns, como já exposto por meio de estatísticas, lesões provocadas pelos próprios agentes penitenciários, além de centenas de homicídios no ambiente prisional.

Acerca do autoritarismo atual e socialmente aceito na América Latina, afirma Zaffaroni:

A característica mais destacada do poder punitivo latino-americano atual em relação ao aprisionamento é que a grande maioria – aproximadamente $\frac{3}{4}$ – dos presos está submetida a medida de contenção, porque são processados não condenados. Do ponto de vista formal, isso constitui uma inversão do sistema penal, porém, segundo a realidade percebida e descrita pela criminologia, trata-se de um poder punitivo que há muitas

décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória, transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem presença firme, apenas por presunção de periculosidade (ZAFFARONI, 2007, p. 70).

Em havendo abuso do poder punitivo por parte do Estado, entendemos que, daí, surge o dever de indenizar a vítima por direitos patrimoniais, se houver afetação de seu patrimônio, o que é de mais simples comprovação. Mas, em caso de abuso, que se responsabilize a Administração Pública objetivamente e que se condene à indenização sobretudo por danos morais, uma vez que pelo menos os elementos da liberdade e da integridade psicofísica foram flagrantemente desrespeitados.

5. A responsabilidade e o dever de indenizar quando há abuso

Como antes visto, a responsabilização do Estado é objetivo, uma vez que prescinde da existência de culpa, mas é efeito do risco administrativo assumido pelo Poder Público. Caso haja dano ao indivíduo e nexo de causalidade entre a comissão-omissão administrativa e a lesão, surgirá, inexoravelmente, o dever de indenizar (ou compensar) a vítima. Nesse sentido, se o agente público causador do dano agiu com culpa ou dolo, caberá, ainda, ação de regresso contra ele por parte da Administração.

Quanto à categoria do dano, pode ser ele patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial é todo aquele que pode ser medido pecuniariamente, por ter atingido a esfera material do indivíduo, através da ofensa a seus bens. Eles poderão, ainda, tratar-se de danos emergentes, quando já efetivados, ou lucros cessantes, que é o que razoavelmente se deixará de lucrar.

Os danos extrapatrimoniais, por outro lado, ofendem o campo moral do cidadão, no que diz respeito à sua personalidade, à sua

existência e às suas escolhas próprias. Pode-se afirmar que o dano moral obstrui a dignidade humana garantida a todos os cidadãos por cláusula constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, é expresso pelos elementos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade social. De modo geral, pode-se dizer que constitui dano extrapatrimonial aquele que viola pelo menos um desses quatro requisitos.

Ressaltamos ainda que, para que seja devida a indenização por danos morais, não é necessário que se comprove seus prejuízos, suas consequências negativas, conforme afirmavam juristas de outrora, confundindo dano moral com seus efeitos, como a dor, o sofrimento e a humilhação. Desde que provada a ofensa, estará configurado o dano extrapatrimonial.

Outrossim, entendemos que o Estado detém o direito de punir, compreendido como sacrifício de determinados bens jurídicos, como a liberdade, para que se proteja outros, como a vida, a propriedade e a incolumidade pública. No entanto, tal direito é restrito por diversos dispositivos e princípios, constitucionais, internacionais e ordinários. A partir de uma lei previamente aprovada, o Direito penal só poderá intervir – minimamente – na vida dos indivíduos, aplicando-lhes penas, quando cometerem infrações, que sejam proporcionais aos delitos.

Ademais, por um lado, o processo penal deverá sempre presumir a inocência do acusado, além de respeitar a ampla defesa e o contraditório. Por outro, a aplicação das penas não poderá descumprir a proibição à tortura e ao tratamento desumano e degradante, além da vedação às penas de morte, à prisão perpétua e cruel.

Desta feita, assim como qualquer outra conduta do Estado, seja comissiva ou omissiva, com culpa ou não, que gere danos, o abuso do direito de punir também deve ser objeto de responsabilização. Violados os direitos fundamentais do cidadão, não importando se ele,

inicialmente, fora acusado, ou até condenado por algum crime, deverá a Administração indenizá-lo.

Essa indenização, entendemos, poderá ser por danos materiais, mas, principalmente, deverá cumprir os critérios da compensação por danos morais. Assim, considerando os quatro elementos de expressão do princípio constitucional da dignidade humana, da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade, entendendo que pelo menos um desses requisitos foi violado – a liberdade –, estará configurado o dano e o dever de indenizar. Naturalmente, há que se analisar se outros danos foram causados e em que intensidade. Por exemplo, não seria surpreendente que um presidiário houvesse sofrido lesões corporais durante o período em que esteve preso, o que violaria seu direito à integridade psicofísica. Ou ainda, poderíamos imaginar uma hipótese em que o indivíduo fora preso injustamente por apresentar comportamento que desviasse de certos estereótipos, um homem negro e homossexual, por exemplo, caso em que estaria desrespeitado o direito à igualdade.

Como exemplo, apresentamos a aplicação dos conceitos ora discutidos, através da emenda do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que confirmou a decisão de primeira instância acerca da configuração de danos morais devidos:

Re 385.943-0 Ementa da decisão

Ementa: responsabilidade civil objetiva do estado (CF, art. 37, 6º). Configuração. "bar bodega". Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público. Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso. Inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de estado. Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva. Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano. Não comprovação, pelo estado de São Paulo, da alegada inexistência do nexa causal. Caráter soberano da decisão local, que,

proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (súmula 279/STF). Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do estado. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do supremo tribunal federal. Reconhecido e improvido.

Sobre o abuso do poder punitivo do Estado, frisa-se que sua gravidade é tal, que diversos julgados têm entendido que, em alguns casos, nem se submetem à prescrição, por se tratar de crime de lesa-humanidade, como nos crimes que ocorreram no período ditatorial. A esse respeito, decidiu o TRF:

Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Dissidente político preso na época do regime militar. Tortura. Dano moral. Fato notório. Nexo causal. Não incidência da prescrição quinquenal - art. 1º decreto 20.910/1932. Imprescritibilidade. (PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0048228-20.2000.4.03.6100/SP 2000.61.00.048228-7/SP)

Alterum non laedere. Ninguém deve causar dano a ninguém. Mesmo que seja o Estado de um lado e um cidadão considerado subversivo de outro. E em causando, deverá ser responsabilizado e compensar os danos que provocou.

6. Considerações finais

Nascer sob a égide de um Estado, assim como o simples fato de nascer, é fato que nos é alheio à vontade. No entanto, desde o útero de nossas mães, temos nossa vida regulada pelo Poder Público, que se faz (oni)presente na vida de todos os seres até seu término, através da incidência de normas proibitivas e orientadoras de seu comportamento.

Destarte, é mister que a Administração Pública restrinja ao máximo sua interferência na vida dos administrados. Caso não o faça e, ao cometer danos por culpa ou por decorrência do risco administrativo, impõe-se o dever inderrogável de responder pelas ofensas que gerou, de forma justa e proporcional à lesão causada. Também se resguarda o direito/dever de regresso ao agente culpado.

Neste trabalho, buscou-se dar ênfase aos danos em decorrência do poder punitivo, por serem eles a causa das maiores ofensas cabíveis, ao limitarem a liberdade e ao maltratarem a integridade psicofísica de suas vítimas. Muitas vezes, as lesões fruto do *ius puniendi* são irreparáveis, devendo, por esse mesmo motivo, alçarem compensação máxima e satisfatória.

Finalmente, que se tenha claro que os danos causados podem ser de incidência patrimonial ou extrapatrimonial. Nesta categoria, sinônima de danos morais, inclui qualquer violação à dignidade humana, que constitui direito indisponível de cada cidadão, independentemente de suas origens, de suas escolhas ou de suas convicções políticas.

Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores, v. 2).
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Antônio Carlos Campana. São Paulo: José Butshasky, 1978.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 dez. 2016.
- _____. **Constituição do Império**. (1824) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 10 dez. 2016.
- _____. **Código Civil**. (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 5 dez. 2016.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do Estado. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011.

- COMPARATO, Fábio Konder. **Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Almedina, 2011.
- GRECO, Rogério. Parte Geral In: _____. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. 1.
- HOBBS, Thomas **.Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Elementos de Direito Administrativo**, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil do Estado. In: _____. **Doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 6.
- PÚBLICO, Conselho Nacional do. **A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro**. Brasília, DF: CNMP, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Formar, 1974. v. 2.
- SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Paris: Les Éditions Nagel, 1970.
- WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Ed UNB, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.