



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BRUNO APOLINÁRIO FARIAS

A Responsabilidade Civil do Estado Ante a Exposição de Presos na Mídia

CAMPINA GRANDE – PB
2011

BRUNO APOLINÁRIO FARIAS

A Responsabilidade Civil do Estado Ante a Exposição de Presos na Mídia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Cláudio Simão de Lucena Neto

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

F224r Farias, Bruno Apolinário.
A Responsabilidade Civil do Estado Ante a Exposição de Presos na Mídia [manuscrito] / Bruno Apolinário Farias.– 2011.
57 f.
Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2011.
“Orientação: Prof. Esp. Cláudio Simão de Lucena Neto, Departamento de Direito Privado”.

1. Responsabilidade civil. 2. Liberdade de Imprensa. 3. Inviolabilidade da honra e da imagem. I. Título.

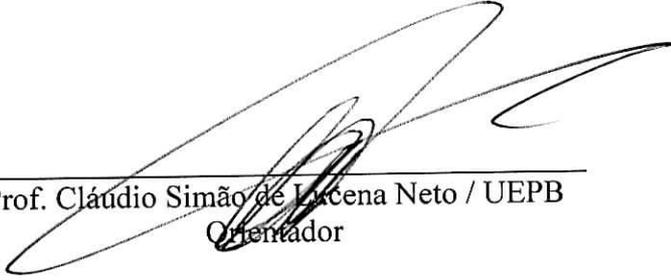
21. ed. CDD 346.02

BRUNO APOLINÁRIO FARIAS

A Responsabilidade Civil do Estado Ante a Exposição de Presos na Mídia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Estadual da Paraíba, em
cumprimento à exigência para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 30/11/2011



Prof. Cláudio Simão de Lucena Neto / UEPB
Orientador



Prof. Renata Maria Brasileiro Sobral / UEPB
Examinadora



Prof. Rodrigo Araújo Reül / CESREI
Examinador

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, por todo amor, dedicação e carinho que me dispensaram, tornando esse momento possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a **Deus** pela presença de seu Poder e Graça em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, **Maurício e Fátima**, por todo o amor, carinho e apoio dados durante toda a vida.

Ao professor, orientador e amigo, **Cláudio Killa**, pela orientação, apoio e suporte na condução deste trabalho.

Aos amigos **Floriano, Rebeca e Rodrigo** por toda a assistência dada ao longo da vida acadêmica.

À **Rafaela**, pela mão amiga, carinho e incentivo.

Ao meu **irmão e amigos** pela presença em todos os momentos.

Ao promotor, e amigo, **Márcio Teixeira de Albuquerque**, pela primeira oportunidade profissional e pelos ensinamentos sobre o Direito e a ética.

À UEPB, nas pessoas dos **professores, servidores e colegas de classe**, pelos ensinamentos e experiências transmitidas durante o curso.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram durante a trajetória acadêmica.

A acusação é sempre um infortúnio enquanto não verificada pela prova. (Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho propõe a discussão sobre a responsabilização civil extracontratual do Estado ante a exposição dos presos na mídia. A pesquisa será pautada pelo confronto entre os princípios constitucionais da inviolabilidade da honra, da vida privada e da imagem do indivíduo face a liberdade de imprensa. Não existe nenhum direito fundamental absoluto, devendo a situação concreta regular qual deles irá se sobrepor. Entretanto, é necessário se ter em vista que a dignidade da pessoa humana deve ser sempre resguardada. A exposição dos presos pela mídia, de forma sensacionalista, afronta diretamente os seus direitos mais básicos. A utilidade pública deve sempre pautar a informação, pois a liberdade de expressão não pode se confundir com liberdade para ferir a honra alheia. Objetiva demonstrar que o Estado pode ser responsabilizado civilmente pelos danos causados à honra e a imagem dos presos que foram expostos indevidamente. Para isso, no decorrer do trabalho é feita uma análise das hipóteses de responsabilidade civil e responsabilidade civil do Estado, passando pelas definições dos aspectos constitucionais atinentes ao objeto do estudo e pelas ações já realizadas pelos Ministérios Públicos e pelos Estados no sentido de coibir a lesão às garantias individuais dos presos. Ao final, conclui-se que cabe ao Estado preservar os direitos fundamentais do preso, criando mecanismos para tal, evitando sua desnecessária exposição, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos eventuais danos.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Inviolabilidade da honra e da imagem. Liberdade de Imprensa.

ABSTRACT

This study focuses on the discussion of the civil liability of the State before the exposure of prisoners on the media. The research will be conducted towards the confrontation between the constitutional principles of the inviolability of honor, private life and the individual's image against the freedom of the press. There is no absolute fundamental right, so the concrete situation must regulate which of them will prevail. However, it is necessary to keep in mind that the dignity of the human person must always be guarded. The exposure of prisoners by the media, in a sensationalist perspective, inflicts their most basic rights. Information must be guided by the public interest, as freedom of expression may not be confused with freedom to violate the honor of others. It aims to demonstrate that the State can be held liable over the damage caused to the honor and image of prisoners unduly exposed. Therefore, this work will pursue an analysis of the hypotheses of civil liability and civil liability of the State, going through the definitions of the constitutional aspects relating to the study's object and the actions taken by the State Attorneys and the States themselves in order to curb damages to the prisoners' individual rights. In the end, it is concluded that it is up to the State to preserve the fundamental rights of the prisoner, creating mechanisms for such, avoiding their unnecessary exposure, under penalty of being held liable over eventual damage.

KEYWORDS: Civil liability of the State. Inviolability of honor and image. Freedom of the Press.

SUMÁRIO

Introdução.....	02
1. Responsabilidade Civil.....	04
1.1. Escorço Histórico.....	04
1.2. Conceito.....	05
1.3. Espécies.....	07
1.3.1. Responsabilidade civil x responsabilidade penal.....	07
1.3.2. Responsabilidade civil contratual x Responsabilidade civil extracontratual.....	08
1.3.3. Responsabilidade civil objetiva x Responsabilidade civil subjetiva....	08
1.4. Elementos.....	10
1.4.1. Conduta.....	10
1.4.2. Dano.....	11
1.4.3. Nexo de Causalidade.....	12
1.4.4. Culpa.....	13
2. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.....	15
2.1. Introdução.....	15
2.2. Escorço Histórico.....	16
2.2.1. Teoria da irresponsabilidade estatal.....	16
2.2.2. Teoria da responsabilidade subjetiva.....	17
2.2.3. Teoria da responsabilidade objetiva.....	18
2.3. Elementos da responsabilidade civil do Estado.....	20
2.3.1. Sujeitos.....	20
2.3.2. Conduta lesiva do Estado.....	22
2.3.2.1. Condutas comissivas.....	22
2.3.2.2. Condutas omissivas.....	23
2.3.2.3. Situações onde o Estado assume o risco pelo exagero da atividade.....	24
2.3.3. O dano e o dever de indenizar.....	24
2.3.4. Causas de exclusão.....	26
3. Aspectos Constitucionais: Proteção aos Direitos Fundamentais.....	28
3.1. Introdução.....	28
3.2. Evolução das gerações dos direitos fundamentais.....	28
3.3. Liberdade de expressão.....	29
3.3.1. A liberdade de expressão e os meios de comunicação.....	30
3.4. Direito à intimidade e à vida privada.....	32
3.4.1. Direito à intimidade.....	33
3.4.2. Direito à vida privada.....	33
3.4.3. Direito à honra e à imagem das pessoas.....	34
4. Os Presos e a Mídia.....	36
4.1. A exposição provocada pelos meios de comunicação social.....	36
4.2. Ações para a preservação da imagem dos presos.....	39
4.3. O Projeto de Lei nº 6.361/09.....	40
4.4. A responsabilidade civil do Estado.....	41
Conclusão.....	44
Referências Bibliográficas.....	47

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante, em seu art. 5º, X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os direitos da personalidade integram as relações jurídicas não patrimoniais que têm como referencial objetivo a própria pessoa. Desta forma, a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito.

A dignidade da pessoa humana é independente de méritos pessoais ou sociais. Assim, todos têm direito a tratamento digno.

Ocorre que durante as operações policiais, os presos, que se encontram sob a custódia do Estado, têm suas imagens estampadas nos jornais e programas televisivos algemados, como se fossem troféus do combate à criminalidade.

A partir deste momento, cria-se na consciência popular a ideia de que aquele indivíduo é o responsável por todas as acusações a ele imputadas. E, com base nisso, a mídia e, conseqüentemente, a sociedade, o condena antecipadamente, sem dar oportunidade para que se defenda.

Com efeito, o artigo 5º, LVII, da Carta Constitucional de 1988, garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Entretanto, o que ocorre com a exposição desnecessárias dessas pessoas é uma condenação antecipada que, por vezes, mais atrapalha as investigações e o trâmite do processo, do que os auxilia.

Ressalte-se que a imagem carrega consigo não só um fator de identificação, mas de comunicação, de modo que a representação do aspecto físico é capaz de transmitir uma mensagem positiva ou negativa. A imagem, mais do que a palavra, fica armazenada na memória.

Inevitavelmente, aquele que foi apresentado na mídia como sendo um criminoso, mesmo absolvido judicialmente, continuará a ser apontado como delinquente pelas ruas.

Todavia, há de se observar que a liberdade de imprensa, garantida pelo art. 220, da Carta Magna, não pode ser completamente mitigada em favor da proteção à privacidade, honra e imagem do indivíduo. Existem casos onde o dever de informar deve transpor o conflito constitucional, quando a utilidade pública da informação assim o exigir.

Para tentar regulamentar o conflito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.361/2009, onde passa a considerar como abuso de autoridade constranger a participar de ato de divulgação de informações em meios de comunicação social, ou serem fotografadas com esta finalidade, as pessoas indiciadas em inquérito policial ou autuadas em flagrante delito, além do réu, vítima ou testemunha.

Ademais, são frequentes os casos onde os órgãos da imprensa são condenados a indenizar essas pessoas, após a absolvição em juízo. Todavia, a mídia não é a única responsável por isso, pois o Estado, através de seus agentes públicos, permite tal exibição, fornecendo, inclusive, meios para tal.

Diante deste cenário, o presente trabalho irá discutir a possibilidade da responsabilização civil do Estado diante da exposição dos presos na mídia, analisando o dever de proteção estatal aos direitos e garantias fundamentais daqueles que estão sob sua custódia.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Escorço Histórico

O início do instituto da responsabilidade é ligado, diretamente, ao aparecimento do homem, a partir do instante em que, em favor das necessidades coletivas, necessitou alterar seus interesses individuais.

Essa cessão de interesses, em favor do coletivo, decorre da necessidade que o homem tem de se relacionar com outros homens, seja para sua subsistência, seja para sua sobrevivência.

Desta forma, a fim de se manter a organização dos grupos, existiam, por vezes, ordens, muitas vezes subliminares, que eram respeitadas por eles, onde existiam as noções de respeito, limites e direitos.

Por sua vez, a ideia de responsabilidade, nos primórdios da civilização, fundava-se na vingança coletiva, ou seja, na reação conjunta do grupo contra o agressor, em virtude da ofensa a um de seus componentes.

Essa espécie de retribuição evoluiu e passou da vingança coletiva, para a privada, onde a justiça era feita pelas próprias mãos, fundadas na Lei de Talião, expressa pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

Segundo GANDINI e SALOMÃO (2003), o poder público, nesse caso, intervinha apenas para ditar “como” e “quando” a vítima poderia ter o direito de retaliação, ensejando no lesante dano idêntico ao que foi produzido.

Tal espécie de retribuição deriva da própria natureza humana, onde o instinto é reagir a qualquer mal injusto perpetrado contra si ou seu grupo. Nas sábias palavras de VENOSA (2004, p. 22), o homem de todas as épocas também o faria, não fosse reprimido pelo ordenamento jurídico.

No Direito Romano, a noção de vingança privada tornou-se o norte da responsabilidade, ficando, desta forma, muito próxima às civilizações que o precederam.

Observa-se que a responsabilidade penal é anterior à responsabilidade civil, podendo se afirmar que esta é originária daquela.

Em um segundo momento, surgiu a ideia da composição voluntária, onde o entendimento era de que seria mais racional a reparação do dano através da prestação da pena e outros bens.

Mais adiante, a *Lex Aquilia de Damno* aparece como divisor de águas da responsabilidade civil. Emanada nos tempos de Justiniano, sedimentou a ideia de reparação pecuniária, em razão do valor da coisa.

Extraí-se da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independente de qualquer relação obrigacional preexistente. Segundo VENOSA (2004, p. 22), funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana.

Em seguida, com o surgimento de certos princípios gerais, a responsabilidade civil, tomando como base o dever de reparar o dano não apenas quando houvesse culpa (responsabilidade subjetiva), passou a abraçar também a teoria do risco, também conhecida como responsabilidade objetiva, lastreando-se na noção de que todo risco deve ser garantido, independente da existência de culpa pelo agente causador do dano.

Tal teoria é fundada no princípio da equidade, presente no Direito Romano, onde aquele que lucra, deve responder pelo risco ou pelas desvantagens resultantes.

No Brasil, a responsabilidade civil pode ser dividida em três etapas. A primeira, no Brasil colonial, onde vigia as Ordenações do Reino, não havia confusão entre reparação, pena e multa. Nas palavras de GANDINI e SALOMÃO (2003), sustentavam-se no Direito Romano, aplicando-o como subsidiário do Direito pátrio, devido à chamada “Lei da Boa Razão”.

A segunda etapa é marcada pelo surgimento do Código Criminal de 1830, fundado na justiça e equidade, em consonância com a Constituição de 1824. Esse Código promovia a satisfação como elemento central, onde ela deveria se dar da maneira mais completa possível, sendo o dano avaliado em todas as suas partes e consequências e, no caso de dúvida, o ofendido seria favorecido. Alguns desses fundamentos até hoje são utilizados pelo Direito nacional.

A terceira etapa é evidenciada pelo Código Civil de 1916, onde a teoria aquiliana é recepcionada, com a responsabilidade baseada na culpa do agente, distinguindo, de forma categórica, a responsabilidade civil da penal, concentrando a satisfação na legislação civilista.

1.2. Conceito

A definição de institutos do direito é tarefa das mais árduas, sobretudo porque não é sempre possível encontrar a conceituação que se almeja.

Muito embora a responsabilidade civil se apresente como um dos mais importantes e utilizados institutos do direito, sua definição, por mais das vezes, não é precisa, pois sempre há margem para novos conceitos.

Com o escopo de proteger o homem que atua de acordo com o direito e reprimir aquele que age ilicitamente, a ordem jurídica estabelece deveres que podem ser positivos ou negativos, ou seja, dar ou fazer ou de não fazer.

Nas palavras de CAVALIERI FILHO (2002, p. 21), entende-se por dever jurídico:

[...] a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Por sua vez, AMARAL (1998, p. 531) afirma que:

[...] expressão responsabilidade civil pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, o conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa.

Em seu turno, BORGHI (2009, p. 236) define responsabilidade civil como:

[...] uma obrigação de ordem natural a que determinada pessoa, física ou jurídica, esta de direito público ou de direito privado, chamada aqui de agente ativo, tem, diante de outra pessoa também física ou jurídica, denominada de agente passivo, de reparar um prejuízo que lhe tenha causado, com a geração de danos das mais variadas ordens, materiais, morais, afetivos, pessoais etc., a fim de repor a situação das partes ao estado anterior em que antes do fato causador do dano estavam, ou ao menos fazê-las chegar o mais próximo possível disso.

Como se pode perceber, através dos conceitos acima transcritos, a definição de responsabilidade civil é bastante ampla, o que aponta a dificuldade para defini-lo.

Em linhas gerais, é possível conceituar responsabilidade civil como a situação sócio-jurídica, onde existe o dever de indenizar o dano, seja patrimonial ou moral, sempre que este for lesado, buscando a reposição do *status quo ante* ao prejudicado.

1.3. Espécies

Como já esclarecido anteriormente, a responsabilidade tem como elemento nuclear o conflito do homem na sociedade, através da conduta que viola um dever jurídico.

É importante, para melhor compreensão da sistemática da responsabilidade civil, que se faça uma classificação, tendo como norte a culpa e, logo após, a natureza da norma jurídica atacada.

Quanto à classificação das espécies, a doutrina não é uníssona quanto as divisões. Desta forma, abordaremos, aqui, as que consideramos como sendo as principais.

1.3.1. Responsabilidade civil x responsabilidade penal

Quando falamos sobre o histórico da responsabilidade civil, foi visto que a ideia de responsabilidade penal antecede à responsabilidade civil, pois se resumia a vingança, ou retribuição, do grupo contra o infrator e, mais adiante, do ofendido contra o infrator. O maior expoente foi a Lei de Talião, com a máxima “olho por olho, dente por dente”.

O que vai diferir a responsabilidade civil da penal é o dever jurídico violado, se tem natureza desta ou daquela. Essa divisão se dá por comodidade do Estado, e da própria sociedade, de acordo com os seus interesses.

Segundo CAVALIERI FILHO (2002, p. 30):

Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.

Partindo desse raciocínio, se pode concluir que o ilícito civil possui menor gravidade, sendo o interesse da reparação de natureza privada, pois não afronta, de maneira gravosa, o interesse coletivo.

Por outro lado, o ilícito penal tem maior impacto na sociedade, considerado, assim, uma conduta mais gravosa e, portanto, de natureza pública, sendo assim a *ultima ratio*.

É interessante acentuar as sábias palavras de VENOSA (2004, p.23), ao afirmar que:

[...] as jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos no juízo cível, não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada.

Ou seja, mesmo aparentemente desconexas, as espécies de responsabilidade, civil e penal, são intimamente ligadas, chegando ao ponto de poderem caminhar juntas, dependendo do caso.

Desta forma, pode se concluir que tal distinção se dá, apenas, por interesses do Estado e da sociedade, considerados os costumes da época.

1.3.2. Responsabilidade civil contratual x Responsabilidade civil extracontratual

A responsabilidade civil pode ser dividida em contratual e extracontratual. Esse fracionamento é feito em razão da qualidade da violação.

Se existe um vínculo obrigacional, onde a conduta ensejadora do dano afronta um dever contratual, tem-se a chamada responsabilidade civil contratual.

Entretanto, se a conduta danosa ocorra sem a preexistência de qualquer vínculo contratual, apenas pela violação de uma norma legal, temos a chamada responsabilidade extracontratual, também conhecido como ilícito aquiliano.

Importa ressaltar os ensinamentos de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003, p. 19), quando afirmam:

Para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Para arrematar, pode-se dizer que em ambas as espécies de responsabilidade civil há a violação de um dever jurídico prévio. A diferença reside no fato de que na responsabilidade contratual, a transgressão ocorre contra um dever previsto em contrato, enquanto na responsabilidade extracontratual, o dever jurídico violado é previsto apenas na lei ou em mandamentos jurídicos.

1.3.3. Responsabilidade civil objetiva x Responsabilidade civil subjetiva

Tratar sobre a responsabilidade civil objetiva e subjetiva remete, diretamente, à ideia de culpa. Segundo CAVALIERI FILHO (2002, p. 33) “ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir”.

O elemento culpa é preponderante para a responsabilização subjetiva, pois ela é decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Tanto é, que também é chamada de teoria da culpa.

Ressalte-se que o uso da terminologia culpa é *lato sensu*, abrangendo não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo.

O Código Civil divide, em seus arts. 186, 187 e 927, a regra geral sobre a responsabilização, onde a ideia da culpabilidade fica patente. Vejamos:

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

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

[...]

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

Partindo da leitura dos referidos artigos, observa-se que a obrigação de indenizar tem como origem a prática de um ato ilícito. *A priori*, o ato ilícito pressupõe que o agente agiu com a intenção de praticá-lo, seja por negligência, imprudência ou imperícia.

Segundo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003, p. 15), a noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio pelo qual cada um responde pela própria culpa.

Entretanto, conforme ressaltam os ilustres doutrinadores baianos, o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas por um terceiro que mantém algum tipo de ligação jurídica.

Isso é o que se chama de responsabilidade indireta, pois, nesse caso, o elemento culpa continua a existir, mas ele é presumido, em razão do dever de vigilância a que o ofensor indireto estaria sujeito.

Desta forma, com o escopo de não repelir o pressuposto subjetivo da responsabilidade, há uma inversão no ônus da prova, que consiste no fato do réu comprovar os fatos trazidos pelo autor, onde o comportamento culposo é presumido, porém, cabe ao suposto ofensor demonstrar a ausência da culpa.

Entretanto, existem situações onde a culpa sequer precisa ser caracterizada. Nesse caso, ocorre o que a doutrina classifica como responsabilidade civil objetiva, também conhecida como teoria do risco.

Assim sendo, a culpa *lato sensu* é irrelevante, pois para caracterizar o dever de indenizar, será necessária tão só a existência da conduta, do dano e do nexo de causalidade.

Tal afastamento ocorre para evitar que a vítima não seja prejudicada por não conseguir provar a culpa do agente, pois a tendência do direito moderno é de ressarcir o maior número possível de vítimas e da maneira mais completa, sendo a responsabilidade civil objetiva o meio mais adequado.

A teoria objetivista encontra guarida no risco da atividade exercida pelo agente, no que se refere à reparação de danos.

Essa noção de culpa pelo risco fica patente quando se observa o parágrafo único do art. 927, do Código Civil: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O dispositivo normativo deixa clara a possibilidade de reparação independente de culpa, fazendo a ressalva de que os casos onde essa modalidade de responsabilização pode ser aplicada serão especificados em lei.

Isto posto, pode se concluir que, no Brasil, a regra geral continua sendo a da responsabilidade civil subjetiva, podendo esta, ainda, ser mitigada, com a possibilidade da inversão do ônus da prova, e a responsabilidade civil objetiva surge apenas como exceção, sempre para evitar a lesão pela conduta alheia.

1.4. Elementos

Feitas as considerações acerca das espécies da responsabilidade civil, passaremos a tecer uma breve análise sobre os seus elementos.

Os elementos da responsabilidade civil podem ser divididos em: conduta humana, seja ela positiva ou negativa; no dano ou prejuízo; no nexo de causalidade; e na culpa, *lato sensu*.

1.4.1. Conduta

A conduta, também chamada pela doutrina de ato ilícito, está presente, como elemento essencial, tanto na responsabilidade civil subjetiva, como na objetiva. Ela decorre da atividade humana e, desta forma, só ele, seja pessoa física ou jurídica, pode ser responsabilizado civilmente.

A conduta pode se apresentar de duas formas: positiva, decorrente de uma ação do agente; ou negativa, que decorre da omissão.

Então, a ação ou omissão humana, de forma voluntária, é pressuposto necessário para que se caracterize a responsabilidade civil.

Nas palavras de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003, p. 31) “trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo”.

O aspecto da voluntariedade da conduta humana é fundamental para a caracterização do ato ilícito, pois é originária da escolha do agente, que possui capacidade para discernir seus atos.

Não se fala da intenção de causar o dano, mas da consciência do ato que está cometendo, excluindo-se as condutas inconscientes ou sob coação absoluta.

VENOSA (2004, p. 26) afirma que “o ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever”.

Desta forma, pode se afirmar que a conduta é um comportamento humano, comissivo ou omissivo, voluntário e imputável.

1.4.2. Dano

O dano, assim como a conduta, é uma circunstância elementar em todas as teorias da responsabilidade civil.

Para que se caracterize a responsabilização civil é imprescindível que haja dano ou prejuízo.

Ora, se não houvesse esse elemento, não haveria nada a ser indenizado e, desta forma, não haveria responsabilidade a ser analisada.

CAVALIERI FILHO (2002, p. 79) afirma que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa”.

A caracterização do dano é configurada, como dito, quando há lesão sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores tutelados pelo direito, podendo ser de ordem moral ou patrimonial.

Interessante colacionar a ressalva feita por GANDINI e SALOMÃO (2003, p. 48), sobre a questão do dano indenizável:

Para o dano ser passível de indenização, há a necessidade de apuração de alguns requisitos: atualidade, certeza e subsistência. O dano atual é aquele que efetivamente já ocorreu. O certo é aquele fundado em um fato certo, e não o calcado em hipóteses. A subsistência consiste em dizer que não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável.

Por fim, existe, também, a possibilidade do dano reflexo, ou em ricochete, que consiste no fato de uma pessoa ser ofendida, indiretamente, por um dano causado a outrem.

Desta forma, pode se concluir que o dano é o prejuízo sofrido pelo agente, individual ou coletivamente, moral ou material.

1.4.3. Nexo de Causalidade

O nexos de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Aparentemente, é um conceito simplório, porém é revestido de complexidade, em razão de ser revestido de aspectos filosóficos.

Observe que é necessário atentar para a origem do dano, suas várias causas, também chamadas de “concausas”. Além disso, antes de se verificar se o agente teve culpa ou não, é preciso apurar se ele deu causa ao resultado.

Ora, essa análise prévia é imprescindível, pois ninguém pode responder por algo que não fez. Segundo CAVALIERI FILHO (2002, p. 57) “não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano”.

Inclusive, sobre isso o Código Penal, em seu art. 13, dispõe que “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Então se conclui que não basta que o agente tenha praticado um ato ilícito, essa ação ou omissão deve causar um dano. Essa relação, em síntese, é o nexos de causalidade.

Existem três teorias que tentam explicar o nexos de causalidade: a teoria da equivalência de condições; teoria da causalidade adequada; teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência das condições, também chamada de *conditio sine qua non*, afirma que com várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer delas poderá ser considerada a causa eficiente, ou seja, caso alguma seja subtraída, o dano não teria ocorrido.

Nela, todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado. Seria uma soma de todos os fatos que converge, ao final, no dano.

Já a teoria da causalidade adequada afirma que a causa deve ser apta a produzir o resultado danoso, excluindo-se os decorrentes de circunstâncias extraordinárias. De acordo com essa teoria, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela mais apropriada a produzir o dano.

A crítica de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003, p. 100), é deveras consistente: “esta ‘abstração’ característica da investigação do nexo causal segundo a teoria da causalidade adequada pode conduzir a um afastamento absurdo da situação concreta”.

Por fim, temos a teoria da causalidade direta ou imediata, também conhecida como teoria da interrupção do nexo causal, que é bem menos radical do que as outras e afirma que, entre o fato e o dano, deve haver uma relação de causa e efeito direta e imediata.

Então, se houver uma interrupção do nexo causal por uma causa superveniente, ainda que independente da sucessão dos acontecimentos, o liame entre causa e efeito é rompido, afastando, desta maneira, a responsabilização.

No Brasil, esta é a teoria adotada, como deixa claro o art. 403, do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Ressalte-se que afastam o nexo de causalidade a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiro, o caso fortuito ou força maior, as excludentes de ilicitude, a cláusula de não indenizar, o estado de necessidade e a legítima defesa.

1.4.4. Culpa

Ao final, temos como último elemento a culpa, nesse caso, compreendida no seu vocábulo *lato sensu*, que envolve a conduta culposa e dolosa.

Segundo GANDINI e SALOMÃO (2003, p. 49), esse conceito *lato sensu* envolve todas as espécies de comportamentos contrários ao direito, sejam intencionais ou não, mas sempre imputáveis ao causador do dano.

Esse elemento não está presente em todas as teorias da responsabilidade civil, posto que na responsabilidade objetiva, é dispensável.

Inclusive, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2003, p. 28) consideram que, em virtude da existência da responsabilidade objetiva, a culpa não pode ser tomada como pressuposto geral da responsabilidade civil.

Eles afirmam que a culpa é um elemento acidental, pois não estaria inserida nos pressupostos gerais.

A culpa, *stricto sensu*, pode ser definida como a violação de um dever, legal ou contratual, por imprudência, negligência ou imperícia.

Indo além, pode se afirmar que é a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou imprevisto.

Já o dolo seria a violação desses deveres, de forma intencional, almejando o resultado dela e assumindo o seu risco.

Segundo CAVALIERI FILHO (2002, p. 44):

[...] a caracterização da culpa importa maior dificuldade. Tendo por essência o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível, a dificuldade da teoria da culpa está justamente na caracterização precisa da infração desse dever ou diligência, que nem sempre coincide com a violação da lei.

Partindo do conceito acima esboçado, extraem-se três elementos para a formação da culpa: a conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; falta de cuidado, cautela ou atenção.

Desta forma, para que a culpa seja caracterizada, é necessário que exista um dever violado e que o agente seja imputável, onde ele deve ter discernimento do seu dever e que possa prever e evitar o ato ilícito.

No momento oportuno esses elementos serão abordados com mais profundidade.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

2.1. Introdução

Atualmente o ordenamento jurídico sustenta que o Estado é o sujeito responsável pelas condutas praticadas por seus agentes públicos, no exercício de suas atribuições, tendo, desta forma, o dever de indenizar as vítimas de eventuais danos sofridos em razão de sua atuação.

Segundo MARINELA (2010, p. 873):

[...] o dever de responder é inerente às regras de um Estado de Direito, mas não somente dessa lógica; a responsabilidade é também consequência necessária da crescente presença que adquire o elemento estatal nas relações em sociedade, interferindo cada vez mais nas relações individuais, o que acontece todos os dias.

Desta forma, é possível concluir que a ideia de responsabilização decorre da noção de que quando o agente público atua, tem-se que o Estado atuou.

Para MAZZA (2011, p. 275):

Essa noção de imputação é reforçada também pelo princípio da impessoalidade, que assevera ser a função administrativa exercida por agentes públicos 'sem rosto', por conta da direta atribuição à Administração Pública das condutas por eles praticadas.

Mais especificamente sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, ela é caracterizada pela ausência de um contrato ou vínculo anterior, mas representa a obrigatoriedade do ente estatal de reparar possíveis danos causados por seus agentes, através de ação ou omissão, que estejam no exercício de suas funções.

Sobre isso, a Constituição Federal, em seu art. 37, §6º, assim dispõe:

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

Ressalte-se que a regra geral é a mesma da responsabilidade civil privada. Contudo, algumas regras específicas existem com o fito de proteger o administrado, em razão da fisionomia própria do Estado. Ademais, os possíveis danos causados pelo ente estatal são bem mais intensos do que o ocasionado por particulares.

A consideração feita por MARINELA (2010, p. 874) merece destaque, pois afirma que “a ordem jurídica nacional é una, isto é, todos estão sujeitos à mesma estrutura normativa,

inclusive o Estado. Assim sendo, todos que causarem danos a outrem terão que indenizar, com o Estado não poderá ser diferente”.

Esse dever de reparar também é decorrente do princípio da isonomia, pois enquanto a sociedade ganha com a atuação do Estado, algum administrado pode sofrer danos por isso, não se coadunando, desta forma, com tal princípio. A indenização tem como escopo devolver o equilíbrio da relação e restabelecer sua isonomia.

Pode-se identificar, também, o princípio da legalidade, pois a administração só pode fazer o que a lei permite, tendo, desta maneira, o dever de atuar em consonância com os mandamentos legais e, quando atua fora deles, tem o dever de arcar com os danos ocasionados.

2.2. Escorço Histórico

A responsabilidade civil estatal passou por um longo período evolutivo até chegar ao estágio atual, adaptando-se ao desenvolvimento social, conciliando à proteção ao administrado.

O grande desenvolvimento da responsabilidade do Estado, de acordo com MELLO (2005, p. 924), “proveio do Direito francês e através da construção pretoriana do Conselho de Estado”.

A evolução passou por três principais fases, quais sejam: a teoria da irresponsabilidade estatal; a teoria da responsabilidade subjetiva; e a teoria da responsabilidade objetiva.

2.2.1. Teoria da irresponsabilidade estatal

A teoria da irresponsabilidade estatal, também conhecida como teoria feudal, regalista ou regaliana, consistia na vontade do dirigente, pois era ele quem determinava o que era certo ou errado.

MAZZA (2011, p. 276) afirma que “a exacerbação da ideia de soberania impedia admitir que os súditos pudessem pleitear indenizações por danos decorrentes da atuação governamental”.

Tal concepção era típica dos Estados absolutistas, onde a vontade do rei tinha força de lei e, portanto, nunca estaria errada. Isso se deve ao fato de que naquela época se acreditava que o poder era de origem divina e, portanto, os governantes eram os representantes de Deus na terra.

Partindo desse raciocínio, os prejuízos que porventura o Estado causasse, deveria ser atribuído à providência divina, já que o rei era o escolhido de Deus, e se Ele não erra, o rei não erra (*le roi ne peut mal faire*).

Entretanto, salienta MARINELA (2010, p. 875):

[...] nesse período, em alguns Estados, a irresponsabilidade não era completa; admitia-se a responsabilização quando a lei específica a definisse expressamente ou, ainda, por prejuízos decorrentes da ação estatal na iniciativa privada, bem como pelos prejuízos causados pelas coletividades públicas locais.

Atualmente, em países ocidentais, não mais se adota a teoria da irresponsabilidade, sendo os Estados Unidos e a Inglaterra, os últimos a aceitarem, passando a admitir a possibilidade de responsabilizar o estado com as publicações do *Federal Tort Claims*, em 1946; e do *CromnProceedingAct*, em 1947, respectivamente.

2.2.2. Teoria da responsabilidade subjetiva

A teoria da responsabilidade subjetiva, também conhecida como teoria civilista, teoria mista ou teoria da responsabilidade sem culpa, é fundada, essencialmente, como o próprio nome sugere, no elemento subjetivo, ou seja, a intenção do agente.

Esta teoria foi a primeira tentativa de explicar o dever estatal de indenizar os administrados, em decorrência da prestação de serviços públicos.

Em um primeiro momento para a admissibilidade da responsabilização do Estado, surgiu a teoria do fisco, que afirmava que o estado se dividia em duas personalidades, onde uma era uma pessoa soberana, insuscetível de indenização, pois era encarnada na pessoa do monarca; já a outra era uma pessoa eminentemente patrimonial, denominada de “fisco”, que, em razão de prejuízos causados por agentes do Estado, seria capaz de ressarcir o administrado prejudicado.

BARRETO (2006, p. 110), ao tratar sobre o tema, afirma que tal divisão era realizada dividindo entre:

[...] atos de império e atos de gestão, para se definir que somente estes últimos ensejariam o dever de reparação do Estado, desde que a vítima demonstrasse a culpabilidade do agente público na produção do dano. Consequentemente, nos primeiros, por decorrerem diretamente do poder soberano do Estado (*juris imperii*), não ensejavam a sua responsabilização civil.

Fica evidente a impossibilidade de identificar os casos em que seria possível exercer o direito à reparação, pois não havia como distinguir quais eram os atos pertencentes àquelas categorias. Assim, esse critério foi rechaçado e terminou por ser superado.

Desta forma, adotou-se a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, onde era imputado ao poder público o dever de indenizar por seus atos, independente de sua classificação, desde que fosse demonstrada a culpa do agente que praticou a conduta lesiva.

Como o fundamento norteador dessa teoria era o elemento culpa, a vítima necessitava comprovar a ocorrência simultânea de quatro requisitos, assim como no direito civil: conduta; dano; nexa causal; e culpa ou dolo.

MARINELA (2010, p. 876) assinala que o dever de comprovar a culpa do agente “representava, muitas vezes, um grande desafio, porque na Administração Pública nem sempre é fácil indicar a autoridade competente, e mais difícil ainda, a responsável pela ordem, especialmente quando se está do lado de fora, como normalmente ocorre com a vítima”.

É patente a inferioridade do lesado em face da Administração, pois sempre ficava em situação de hipossuficiência.

Assim surgiu a necessidade de se formular uma teoria onde fosse estabelecido o equilíbrio da relação entre o Estado e o Administrado, adaptando-se às peculiaridades presentes nessa situação.

Cumprе ressaltar que a teoria subjetiva não foi abandonada inteiramente, pois no direito Brasileiro ela ainda encontra guarida quando se trata de danos por omissão, além da ação regressiva do Estado em face do agente. Adiante esse ponto será melhor analisado.

2.2.3. Teoria da responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria publicista, teoria da responsabilidade sem culpa, surgiu da necessidade de não ter que se comprovar a culpa do agente, bastando a demonstração de que a prestação do serviço público não foi correta.

O que fundamenta essa teoria é a ideia do risco. Quem assume a tarefa de prestar um serviço público, toma para si a responsabilidade de ressarcir eventuais prejuízos causados, independente da culpa, mesmo que um terceiro tenha sido o único causador. É a ideia do risco potencial, ou seja, da mera possibilidade de dano.

A doutrina sustenta que a teoria publicista tem como origem a concepção de culpa administrativa, de origem francesa, *a faulduservice publique*, onde havia uma adaptação da

visão civilista à Administração Pública. Nela, a culpa é irrelevante, bastando a configuração da irregularidade no serviço estatal.

Segundo MAZZA (2011, p. 278), a “adoção da teoria objetiva transfere o debate sobre a culpa ou dolo para a ação regressiva a ser intentada pelo Estado contra o agente público, após a condenação estatal na ação indenizatória”.

No Brasil, a responsabilidade objetiva tornou-se constitucional a partir da Constituição de 1946, que a deixou explícita em seu art. 194, *verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Observe que a Carta Magna de 1946 deslocou a discussão da culpa para a ação regressiva em face do agente.

A concepção da responsabilidade objetiva do estado foi mantida nas Constituições de 1967/69 e na de 1988.

A carta constitucional de 1988 foi mais além, estendendo a noção de funcionário público para agente público, ou seja, abrangeu de modo que todos que exerçam atividades públicas possam estar sujeitos à responsabilização.

Além disso, abrangeu a possibilidade de se reparar, além do dano material, o dano moral, o que não havia nas cartas anteriores.

Então, para que seja possível se caracterizar o dano, a vítima deve comprovar a ocorrência da conduta; do dano; e do nexo de causalidade. Nesse caso, o elemento subjetivo, a culpa, não será discutido, pelos motivos acima delineados.

O dever de indenizar pode se dar em razão da ocorrência de atos lícitos ou ilícitos. Se em razão de ato ilícito, o dever de indenizar surge pela desobediência ao princípio da legalidade; se por ato lícito, por violar o princípio da isonomia, onde não se pode aceitar que alguém seja prejudicado pelo benefício de outros.

Dentro da doutrina, existem duas teorias que tentam compreender a responsabilidade objetiva, sendo assim, suas variantes: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo.

A teoria do risco integral é a mais abrangente de todas, pois, para ela, basta que estejam presentes os elementos conduta, dano e nexo causal, para se caracterizar a responsabilidade.

MAZZA (2011, p.279) afirma que “é uma variante radical da responsabilidade objetiva, sustentando que a comprovação de ato, dano e nexo é suficiente para determinar a condenação estatal em qualquer circunstância”.

Por sua vez, a teoria do risco administrativo reconhece a possibilidade de excludentes da responsabilização estatal, quando ocorrerem circunstâncias que afastem o dever de indenizar. O direito brasileiro admite três hipóteses: culpa exclusiva da vítima; força maior; e culpa de terceiro.

Segundo MARINELA (2010, p. 877), “se reconhece a possibilidade de afastar essa obrigação de indenizar quando não estiver presente um de seus elementos”.

O Brasil adota a teoria do risco administrativo, como se pode depreender da leitura do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência admitem ser possível compatibilizá-la com a responsabilidade subjetiva, nos casos decorrentes de atos omissivos, como já havia sido ressaltado no tópico anterior.

2.3. Elementos da responsabilidade civil do Estado

Definir os elementos da responsabilidade civil do estado é de suma importância, pois é através deles que são verificadas as condições para que ela seja reconhecida. É de se observar os sujeitos; as condutas, que podem ser omissivas ou comissivas; além da possibilidade de haver excludentes; do dano indenizável e de sua natureza.

2.3.1. Sujeitos

A definição dos sujeitos é de grande importância para a configuração da responsabilidade civil. Três figuras podem ser identificadas nesse contexto: o Estado, o agente estatal e a vítima.

Partindo da leitura do art. 37, §6º, da Constituição Federal, que afirma que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos atos de seus agentes que, investidos dessa qualidade, causem prejuízos a terceiros, deixa clara a importância da identificação desses sujeitos.

A carta magna define o agente da maneira mais ampla possível, já que o vocábulo “agentes” é utilizado para definir todos aqueles que exercem atribuições públicas, independente de ser remunerado ou não, de ser temporário, ou que atue como prestador de serviço por delegação.

Desta forma, segundo BARRETO (2006, p. 114):

[...] envolve, assim, os servidores públicos da Administração Direta e Indireta, os agentes políticos detentores de mandato eletivo e os particulares em regime de colaboração com o Poder Público, como as empresas concessionárias e permissionárias de serviços destinados à população.

Contudo, MARINELA (2010, p. 880) faz a seguinte ressalva:

Quanto às pessoas jurídicas de direito privado, o texto estabelece a condição de serem prestadoras de serviços públicos. Portanto, não podem ser incluídas quaisquer pessoas da Administração Indireta, nem qualquer particular. Assim, estão sujeitas aos rigores da teoria objetiva as empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que criadas para o serviço público, ficando aqui excluídas as exploradoras da atividade econômica.

Desta forma, pode se concluir que do amplo conceito de agente, restam excluídas as empresas públicas e sociedades de economia mistas que explorem a atividade econômica.

Como já afirmado anteriormente, a responsabilidade é atribuída à pessoa jurídica, *in casu*, o Estado, em razão do princípio da impessoalidade, pois o agente atua em nome do Poder Público, manifestando sua vontade.

MARINELA (2010, p. 881) afirma que essa atribuição se deve à teoria da imputação que, segundo seu entendimento:

[...] foi criada para suprir o fato de que a pessoa jurídica, como criação jurídica, não tem vontade própria, o que leva a lei determinar que a vontade do agente é imputada ao Estado (chamada imputação indireta), as quais se confundem e formam uma unidade. Assim o agente, na qualidade de, é o próprio Estado manifestando sua vontade.

Assim, para que o Estado seja imputado pela conduta do seu agente, é necessário que ele cause o dano estando na qualidade de representante da Administração, não importando se agiu com culpa ou dolo, ou se possuía competência para aquele ato.

No caso de danos ocasionados por empresas privadas prestadoras de serviços públicos, a teoria adotada continua sendo a objetiva. Contudo, a responsabilidade do Estado será apenas subsidiária. Assim, o Estado arcará com os prejuízos apenas se aquela pessoa jurídica não tiver condições para pagar.

Ressalte-se que, quando se tratar de danos decorrentes da construção de obras públicas, a responsabilidade não será subsidiária, mas solidária, mesmo que tenha havido a contratação de terceiros para a execução da obra.

A diferença entre solidariedade e subsidiariedade deve ser clara. Na primeira, tanto o Estado, quanto a empresa privada, responderão ao mesmo tempo, sendo indiferente para a

vítima escolher um ou outro; enquanto na segunda, o Estado só aparece, caso o terceiro não tenha condições para arcar com o prejuízo.

2.3.2. Conduta lesiva do Estado

A responsabilidade civil do Estado pode ser resultante da prática de atos lícitos ou ilícitos de seus agentes. Esses atos podem ser comissivos ou omissivos e materiais ou jurídicos.

Assim, é mister se distinguir as diferenças entre as condutas comissivas, omissivas, além daquelas situações excepcionais, onde o Estado assume o risco da atividade.

2.3.2.1. Condutas comissivas

A conduta comissiva consiste, em resumo, na ação do Estado. Ou seja, a Administração produz o efeito lesivo. Assim, a responsabilidade a ser aplicada, nesse caso, é a objetiva, independente se a conduta foi ilícita ou não.

Segundo MELLO (2005, p. 934):

A própria noção de Estado de Direito postula essa solução. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo, gera, produz, causa, dano a alguém.

Partindo das lições acima colacionadas, é possível se perceber que como o Estado detém todo o poder sobre os administrados, podendo causar prejuízo a alguns, ele tem o dever de repará-los, independente de ser culpado.

Se o dano foi decorrente de ato lícito da Administração, temos violação ao princípio da isonomia, pois enquanto alguns se beneficiam do ato, outros não podem arcar com prejuízos em proveito dos demais. Essa é a chamada “conduta comissiva lesiva”.

Por outro lado, nem sempre a conduta do Estado será lícita. Pelo contrário, poderá ser revestida de ilegitimidades. Da mesma forma, persistirá a responsabilização objetiva.

De acordo com MELLO (2005, p. 935), “é que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não

culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida”.

2.3.2.2. Condutas omissivas

Enquanto a conduta comissiva é caracterizada pela ação do Estado, a conduta omissiva é exatamente o oposto, sendo evidenciada pela omissão, ou seja, o não fazer da Administração.

Todavia, diferentemente dos atos comissivos, nesse caso o dever de indenizar é condicionado à comprovação da culpa *lato sensu*, ou seja, do elemento subjetivo, admitindo-se a aplicação da culpa anônima ou falta do serviço, ou seja, na ausência ou prestação ineficaz do serviço público.

Sobre o tema em deslinde, é interessante acentuar o comentário de GANDINI e SALOMÃO (2003, p. 51) “seria o Estado responsável civilmente quando somente se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal ficar abaixo do padrão normal que costuma se exigir”.

Para CARVALHO FILHO (2009, p. 539), em entendimento minoritário, sustenta que a aplicação da teoria subjetiva nesses casos não é possível, pois considera inconstitucional. Vejamos:

Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que índice a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.

Respeitando a opinião do Professor Carvalho Filho, nos filiamos ao entendimento majoritário, posição dominante na doutrina e nos tribunais, de que a responsabilidade pela omissão do Estado é subjetiva.

É fundamental, para que se apure a responsabilidade do Estado, a identificação dos fatos decisivos para a configuração do dano, além de quem estava obrigado a evita-lo. A punição pela ausência do Poder Público deve ser mensurada ante a possibilidade de evitar o evento danoso.

Desta forma, o Estado não pode ser responsabilizado por danos decorrentes de forças externa, como eventos da natureza, por exemplo; nem por atos de terceiros, leia-se, atos de multidões, a exemplo de movimentos populares.

Assim, pode se concluir que o Estado é responsável pela omissão quando o dano pode ser evitado, ou seja, era possível que o ente público evitasse a sua configuração, mas por algum motivo, se omitiu.

2.3.2.3. Situações onde o Estado assume o risco pelo exagero da atividade

Em determinadas situações, o Estado cria situações que propiciam de forma decisiva na ocorrência de um dano, ou seja, ele assume o risco de causar prejuízo a outrem, dada a sua ação. Deste modo, aplica-se a teoria objetiva, dispensando a comprovação da culpa.

Essas situações onde o Estado traz para si o risco da atividade podem ser visualizadas na guarda de pessoas ou coisas perigosas, como, por exemplo, a guarda de presos e armamentos. Por essa razão, essa situação também é conhecida como relação de custódia.

MARINELA (2010, p. 886) faz uma interessante consideração acerca da extensão da responsabilidade do Estado nesses casos:

Caso um preso fuja de um presídio, invada uma casa bem ao lado, e pratique vários crimes gerando sérios prejuízos, o Estado deve ser responsabilizado, porque, quando instala o presídio bem no meio das cidades, está assumindo o risco, portanto, teoria objetiva. De outro, ocorrendo a fuga de um preso que fará um ataque a quilômetros do presídio, não há motivo para se falar em teoria objetiva, porque não há nexos causal com a situação de risco.

Desta forma, o Estado tem o dever de indenizar a vítima do dano, independentemente do dano ser originário de ato praticado por agente público.

Contudo, é importante ressaltar que a responsabilidade é objetiva na modalidade do risco administrativo, então a culpa exclusiva da vítima e a força maior excluem o dever de indenizar.

Por fim, o fato de terceiro não caracteriza excludente de responsabilidade, em razão do dever de proteção e vigilância inerente ao Estado, nessa modalidade de relação.

2.3.3. O dano e o dever de indenizar

Para que surja o dever de indenizar, é necessário, antes de tudo, que haja a presença de um dano, seja material ou moral. Isso decorre do fato que a indenização é a tentativa de recompor o prejuízo ao *status quo ante*.

Ou seja, todo aquele que for lesado por conduta omissiva ou comissiva do agente público pode pleitear a devida reparação.

É importante destacar que o mero aborrecimento não é enseja a responsabilidade civil. Ademais, além da existência do dano patrimonial, ele deve ser jurídico, certo, especial e anormal.

Por dano jurídico, pode se entender que é aquele dano que ataca um direito do ofendido, causando-lhe prejuízo. Ou seja, o bem jurídico violado é protegido pela norma jurídica vigente e, portanto, não deve ser violado.

Ademais, o dano deve ser certo, valorado economicamente e que seja possível evidenciá-lo, passível de liquidação, podendo ser atual o futuro. Atual é aquele onde a ação do Poder Público diminui, imediatamente, o patrimônio do administrado. Já o futuro é aquele que o ofendido deixou de ganhar, o que caracteriza o lucro cessante.

Já a necessidade de ser especial e anormal ocorre apenas quando o dano é decorrente de ato lícito, por parte do Estado.

Especial é aquele onde o dano é individualizado, ou seja, é possível se identificar a vítima ou algumas pessoas que porventura tenham sido prejudicadas por atos da Administração Pública.

E anormal é aquele que foge aos problemas comuns do dia-a-dia. Só se torna indenizável quando essas ações são abusivas.

A Constituição de 1988 inovou ao admitir a possibilidade da responsabilizar o Estado pela ocorrência do dano moral, além do material.

Dano material é aquele que lesiona diretamente o patrimônio do ofendido, podendo ser mensurado economicamente. Por outro lado, o dano moral causa prejuízo na esfera íntima do ofendido, atingindo seus valores pessoais.

Entretanto, na hipótese da ocorrência do dano moral, quantificá-lo economicamente é a grande questão, já que a ofensa ocorre ao íntimo do administrado, não ao patrimônio econômico.

MARINELA (2010, p. 890), sobre o tema, traz as seguintes considerações:

Para definir esse valor, no direito comparado, alguns Estados fixam por normas específicas os critérios objetivos a serem utilizados embora a regra seja a ausência dessa norma. No Brasil, o regime é misto, objetivando alguns diplomas esses parâmetros, mas no geral esses critérios não existem. Dessa maneira, a definição do valor fica condicionada à análise de cada situação concreta, devendo sempre prevalecer o bom-senso do administrador ou magistrado na fixação dessa indenização”.

Para postular o ressarcimento dos danos, o ofendido poderá requerer de forma administrativa ou judicial, sendo esta última a mais comum.

MAZZA (2011, p. 291) classifica a ação indenizatória como “aquela proposta pela vítima contra a pessoa jurídica à qual o agente público causador do dano pertence”.

É interessante ressaltar que a ação deve ser movida pelo ofendido contra o Estado, não sendo possível buscar diretamente o agente público. Quanto a ele, o Estado que deverá ingressar com a ação de regresso.

Sobre isso, MAZZA (2011, p. 291) afirma:

Agora, o Supremo Tribunal Federal considera que a ação regressiva do Estado contra o agente público constitui dupla garantia: a) em favor do Estado, que poderá recuperar o valor pago à vítima; b) em favor do agente público, no sentido de ele não poder ser acionado diretamente pela vítima para ressarcimento de prejuízo causado no exercício de função pública.

Sendo assim, a ação só poderá ser intentada em face do Estado.

2.3.4. Causas de exclusão

Como já mencionado anteriormente, existem duas teorias a serem consideradas na teoria objetiva, a teoria do risco integral e a do risco administrativo. A primeira não admite a exclusão da responsabilidade, enquanto a segunda admite hipóteses excludentes, sendo esta última a teoria adotada pela legislação pátria.

Em regra, são admitidas como hipóteses excludentes a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, além de atos de terceiros.

MARINELA (2010, p. 893), entretanto, considera que as hipóteses de exclusão por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior são meramente exemplificativos.

Vejamos:

[...] é importante observar a equivocada afirmação de alguns aplicadores do direito que dizem ser a responsabilidade objetiva afastável com a exclusão do nexo causal, apontando como hipóteses únicas de exclusão a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. No entanto, essa assertiva merece cuidados, porque, na verdade, o dever de indenizar do Estado fica prejudicado quando inexistir qualquer um dos elementos: a conduta estatal, o dano ou o nexo causal. E a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, representam um rol meramente exemplificativo.

A culpa exclusiva da vítima ocorre quando o dano é provocado exclusivamente pela vítima, eliminando, desta forma, o nexo de causalidade do Estado com o prejuízo experimentado pelo ofendido. Assim, é necessário que se demonstre que o causador da culpa foi a vítima, não o Estado.

Por outro lado, se a culpa for concorrente, ou seja, a Administração Pública e a vítima atuaram de forma a causar o dano, a responsabilização do Estado não será afastada, mas atenuada.

Na hipótese de caso fortuito ou força maior, a doutrina, segundo BARRETO (2006, p. 116), diverge quanto sua conceituação “pois ora chama de força maior os eventos da natureza e, aos eventos humanos imprevisíveis, (como as guerras e greves, por exemplo) atribui a terminologia de caso fortuito, ora utiliza designação totalmente inversa”.

Caso se entenda que o dano seja um evento da natureza, como terremotos, enchentes, por exemplo, conforme explicitado anteriormente, o Estado não pode ser responsabilizado, pois se trata de causa de ordem externa, sendo impossível que atue de forma a evita-lo.

Entretanto, caso se verifique que o prejuízo poderia ter sido evitado pelo ente público, a excludente é afastada, em razão da teoria da culpa.

O Estado também não poderá ser responsabilizado quando o prejuízo decorrer de ato causado exclusivamente por terceiros alheios à atuação da Administração Pública, pois rompe o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A ressalva, *in casu*, é feita para os casos onde o Poder Público detém o dever de custódia, como frisa BARRETO (2006, p.118), “pois nessas situações ele poderá ser responsabilizado pela ausência do dever de cuidado quanto à incolumidade dos indivíduos que tem sob sua guarda (culpa *in vigilando*)”.

Desta forma, o Estado só será responsabilizado se, tendo o dever de proteger o bem jurídico, não o faz de forma eficaz. Exemplo disso é a morte de um detento por outro, no interior do estabelecimento prisional.

3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS: PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu Título II, um variado catálogo de direitos e garantias fundamentais, que podem ser dividido em cinco espécies: a) direitos individuais; b) direitos coletivos; c) direitos sociais; d) direitos à nacionalidade; e) direitos políticos.

O conceito básico de dignidade da pessoa humana passa, necessariamente, pelo binômio liberdade e igualdade, sendo, deste modo, elementos norteadores dos direitos fundamentais.

MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 359) afirmam que as liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos a realizar suas potencialidades.

Por seu turno, com a eficácia dessas liberdades, pilares de qualquer democracia, é possível a participação de todos nas políticas fundamentais de forma mais intensa.

3.2. Evolução das gerações dos direitos fundamentais

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em quatro gerações distintas, tomando como base a ordem histórica e cronológica em que passaram a ser reconhecidos pelas constituições.

Os direitos de primeira geração, também conhecidos como geração dos direitos civis e políticos, tendo como origem a *Magna Charta* de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra. Os direitos ali elencados dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, traduzindo, assim, o valor de liberdade.

Já os direitos chamados de segunda geração, nascem no século XIX, impulsionado pela Revolução Industrial. Em decorrência da degradante situação de trabalho a que eram submetidos naquela época, os trabalhadores eclodiram várias revoltas em busca de melhores condições, até que, no início do século XX, foram fixados. Por isso são chamados de direitos sociais, econômicos e culturais.

Por sua vez, os direitos de terceira geração englobam a necessidade da preservação do meio ambiente, em decorrência do avanço tecnológico e científico, onde busca uma melhor qualidade de vida. Assim, são chamados de direito de solidariedade.

E atualmente se fala em direitos humanos de quarta geração, que se refere aos avanços no campo da engenharia genética.

Como bem salienta LENZA (2007, p. 695):

[...] apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

3.3. Liberdade de Expressão

A liberdade de expressão pode ser considerada como um dos mais valiosos direitos fundamentais, tanto que a Constituição Federal trata em alguns dispositivos, como o art. 5º, IV, afirmando que:

[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, no inciso XIV “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, além do art. 220, que dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Dáí se conclui que a liberdade de expressão engloba diversas modalidades, como a comunicação de pensamentos, de ideias, comportamentos, imagens, além das informações.

Interessante pontuar a consideração feita por MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 360):

[...] é frequente que se diga que ‘a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e desinibido’. A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes.

Assim, a liberdade de expressão se apresenta como instrumento para a o funcionamento e manutenção da democracia, até porque o controle dos governantes se dá, dentre outras formas, através das críticas.

Com o fito de garantir a plena liberdade de comunicação, a Constituição veda qualquer embaraço ao direito de se veicular as informações, sendo proibido qualquer meio de censura de natureza política, ideológica e artística, como se observa pela leitura do art. 220, §1º, da carta magna:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

O impedimento à censura decorre do fato que não cabe ao Estado definir quais opiniões são aceitáveis ou não, cabendo ao interlocutor avaliar as informações que lhe são transmitidas.

Entretanto, isso não significa afirmar que abusos serão tolerados, pois eles podem sofrer interferência do Poder Judiciário. Como afirma MORAES (2009, p. 45):

[...] os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

A ideia de censura passa, diretamente, pela ação do governo de avaliar previamente a mensagem que pretende ser publicada, para permitir ou não sua divulgação.

Deste modo, é possível se afirmar que o direito fundamental à liberdade de expressão é livre, não podendo sofrer censura, mas se for abusivo, pode sofrer apreciação pelo Poder Judiciário para uma possível indenização.

3.3.1. A liberdade de expressão e os meios de comunicação

Quando se fala em meios de comunicação, a primeira ideia que se tem é a da livre veiculação da informação.

No entendimento de SILVA (2005, p. 245), “a palavra informação designa ‘o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob formas apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões’”.

Então, por informação pode se compreender como o conhecimento de fatos ou acontecimentos, que causam dois efeitos jurídicos práticos: o direito de informar e o direito de ser informado.

É justamente por este direito de informar que existe a liberdade de informação jornalística, trazida pelo art. 220, §1º, da Constituição, que abrange toda forma de divulgação de notícias, comentários ou opiniões, através de qualquer meio de comunicação.

SILVA (2005, p. 247) sabiamente, sobre o direito de informar dos meios de comunicação, afirma que:

[...] reconhece-se-lhes o direito de informar ao público os acontecimentos e ideias, mas sobre ele incide o dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação.

Assim, partindo das lições acima transcritas, pode se inferir que os meios de comunicação social tem o direito de levar ao público as informações, da maneira como os fatos ocorreram.

O trabalho desenvolvido pela imprensa é de relevante função social, consistindo, antes de mais nada, na formação da opinião pública, através das informações por ela propagadas.

Com efeito, a imprensa além de exprimir às autoridades os anseios populares, constitui defesa contra o excesso de poder, controlando as atividades político-administrativas.

Inclusive, a Lei Maior, em seu art. 5º, V, assegura o direito de resposta, que possibilita ao ofendido retrucar a informação através do meio de comunicação, sendo uma espécie de desagravo.

O escopo do direito de resposta é proteger a imagem e a honra do indivíduo que, de acordo com MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 363), “se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão”.

Deste modo, caso a informação veiculada ofenda alguém que julgue ter tido algum direito violado em decorrência dessa mensagem, esta pessoa poderá ter o direito de resposta proporcional ao agravo, podendo ser indenizada por danos materiais, morais ou à imagem, além de sujeitar o ofensor às penas da lei, caso haja ataque à honra de alguém, nos termos do art. 5º, IV, V e X, da Constituição Federal de 1988.

A Lei Maior não protege a informação falsa, pois significaria uma pseudo-operação da formação da opinião, fugindo da função social que a liberdade de informação possui.

Como já mencionado, a publicação de fato que venha a causar prejuízos a outrem provoca o direito à indenização. Entretanto, é importante ressaltar que caso se comprove que a informação é verdadeira, o dever de responsabilizar deixa de persistir, pois a Constituição protege a informação verdadeira.

Destaque-se que também se exclui a responsabilização nas hipóteses em que, mesmo sendo falsa a informação, havia a intenção de narrar a verdade, onde fique claro que se buscou transmitir a realidade dos fatos, caracterizando o dever de cautela do comunicador.

MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 373) faz a ressalva de que “não é qualquer assunto de interesse público que justifica a divulgação jornalística de um fato. A liberdade de imprensa estará configurada nos casos em que houver alguma relevância social nos acontecimentos noticiados”.

Ressalte-se, por fim, que a lei não pode atrapalhar a veiculação de qualquer informação jornalística, não se admitindo qualquer hipótese de censura.

3.4. Direito à intimidade e à vida privada

Como mencionado no tópico anterior, a liberdade de informação, através dos meios de comunicação social, é livre e, em tese, não pode sofrer limitações. Ocorre que a Carta de 1988 zela pelo respeito ao direito à privacidade, à imagem e à intimidade dos indivíduos, como bem determina o seu art. 5º, X, onde afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De acordo com SILVA (2005, p. 205), a Constituição “erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do *caput* do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no *caput* como reflexo ou manifestação deste”.

Ademais, o art. 220, §1º, da Lei Suprema, afirma que a lei não poderá embaraçar a liberdade de expressão em qualquer meio de comunicação, ao passo que, no mesmo dispositivo, limita essa liberdade.

Os conceitos de privacidade e intimidade se confundem. Há quem acredite que o direito à privacidade, por ser mais amplo, abarcaria o direito à intimidade. Por ser um termo genérico, em tese, a privacidade englobaria todas as manifestações da esfera íntima e privada.

SILVA (2005, p. 206) afirma que “toma-se, pois, a privacidade como ‘o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.

Então o direito à privacidade pode ser entendido como o direito que cada indivíduo tem de dispor sobre sua vida privada.

3.4.1. Direito à intimidade

O conceito de intimidade parte, primeiramente, de sua origem etimológica, já que tem o sentido de interior, íntimo, oculto. Ou seja, traz uma ideia de segredo, de algo confidencial.

SILVA (2005, p. 207), citando René Ariel Dotti, classifica a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

Partindo desse raciocínio, pode-se afirmar, então, que o direito a intimidade remete ao poder do indivíduo de dispor sobre seu interior, revelando apenas àqueles que acreditar ser oportuno ou conveniente.

Desta forma, como a intimidade é uma parte especial de uma pessoa, que pode ser partilhada com um restrito grupo de indivíduos, se constitui um direito da personalidade, provocando o interesse jurídico na proteção da esfera privada.

LIMBERGER (2007, p. 57), divide a violação à intimidade da seguinte forma:

A violação à intimidade se constrói através de quatro situações básicas: a) intromissão na solidão de vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados; b) divulgação de fatos embaraçosos que afetam o cidadão; c) publicidade que poderia desprestigiar o indivíduo ante a opinião pública; d) apropriação (com vantagens para a outra parte) do nome ou do aspecto físico do litigant”.

É importante ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, foi marcante na internacionalização dos direitos fundamentais, inserindo, entre eles, o direito a intimidade e à vida privada.

Entretanto, no Brasil, só foi erigido à categoria de norma constitucional, a partir de 1988, com a promulgação da carta cidadã, com muitas décadas de atraso, em relação aos outros países.

3.4.2. Direito à vida privada

A Lei Maior traz, em seu art. 5º, X, afirma que a vida privada também é inviolável.

O direito à vida privada guarda grande vinculação com o direito à intimidade. Mesmo apresentando bastante semelhança, eles são distintos, posto que a intimidade é mais restrita do que a vida privada.

Como leciona SILVA (2005, p. 208), a vida privada “integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo”.

Entretanto, a Constituição dá maior abrangência ao conceito, como conjunto de modo de ser e viver, ou seja, o direito do indivíduo viver sua própria vida. Essa vida pode ser dividida em exterior e interior.

A exterior remonta à ideia das relações sociais e atividades públicas; já a interior é aquela que guarda relação sobre as mesmas pessoas, família e círculo de amizades, integrando a vida íntima do indivíduo.

SILVA (2005, p. 208) afirma que a tutela constitucional distingue as pessoas de dois atentados particulares, que seria o segredo da vida privada e a liberdade da vida privada.

Por segredo da vida privada, deve se entender como a expansão da liberdade, para que o indivíduo possa realizar o que bem entender na sua vida privada, sem intervenção de terceiros e de publicidade dos atos.

Interessante destacar a afirmação de MENDES, COELHO e BRANCO (2008, p. 379) sobre o tema:

[...] há consenso em que o direito à privacidade tem por característica básica a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação de outras pessoas. Confunde-se com o direito de fruir o anonimato – que será respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização.

Ressalte-se que, mesmo com toda a devassa realizada atualmente, através de investigações e registros indevidos de imagens, dados e áudio, a Constituição garante seu direito à vida privada, sem perturbação, além de garantir a inviolabilidade do sigilo profissional.

3.4.3. Direito à honra e à imagem das pessoas

O art. 5º, X, da Constituição, também declara invioláveis a honra e a imagem das pessoas. Entretanto, convém ressaltar que, coloquialmente, quando se fala da imagem, na verdade, se trata da honra.

SILVA (2005, p. 209) afirma que “o direito à preservação da honra e da imagem, como o do nome, não caracteriza um direito à privacidade e menos à intimidade. Pode mesmo dizer-se que sequer integra o conceito de direito à vida privada”.

A Lei Maior trata tais direitos como valores humanos distintos, sendo objeto de direito, independente, da personalidade.

Sobre a honra, ela pode ser dividida em subjetiva e objetiva. A primeira diz respeito à própria pessoa, enquanto a segunda é o juízo de valor do grupo social.

Ademais, pode ser classificada como um conjunto de qualidades que dignificam a pessoa, como sua reputação, por exemplo.

Quanto à imagem, DANELUZZI e MATHIAS (2009, p. 369) trata como “a figura original projetada ou reproduzida em um suporte físico estático, a exemplo da fotografia, máscara, desenho, escultura, caricatura, pintura, pichação; ou sob a modalidade dinâmica, como ocorrem nas filmagens em geral”.

Partindo dessa afirmação, é possível se afirmar que além da identificação que a imagem provoca, ela também pode evocar sentimentos e sensações, além de transmitir uma mensagem.

Desta forma, a imagem deve fazer parte da reserva pessoal da pessoa, em seu aspecto físico, já que reflete sua personalidade moral. É inerente a ela, não podendo, inclusive, transmitir para outrem.

Assim sendo, só o indivíduo pode dispor de sua imagem, no sentido de ter liberdade sobre sua atuação, podendo, inclusive, obter proveito econômico.

Nos dias atuais, a imagem ganha maior destaque graças, principalmente, à mídia que, cada vez mais, penetra no cotidiano da população.

O Superior Tribunal de Justiça, em virtude deste impacto gerado pela exposição indevida da imagem, que é cada vez maior, editou a Súmula 404, que conta com a seguinte redação: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Desta forma, pode se concluir que a imagem é representada pelo aspecto físico, onde seu uso só pode ser feito mediante autorização do titular do direito.

4 OS PRESOS E A MÍDIA

4.1. A exposição provocada pelos meios de comunicação social

Os meios de comunicação social, através da televisão, internet, jornais, redes sociais etc., vêm, cada vez mais, dando destaque à chamada área policial onde, sob o argumento de transmitirem informações acerca de criminosos para a população, expõem as operações policiais e, via de consequência, os seus resultados.

Argumentam, ainda, que a exibição dos presos atende à função social da imprensa, pois exerce uma atividade preventiva à criminalidade, comunicando a sociedade a atuação do Estado no combate ao crime, o que poderia reprimir novas práticas delituosas.

Por outro lado, a forma como as operações policiais e as prisões são exibidas, ultrapassam a simples informação, se transformando em grandes espetáculos, onde a dignidade da pessoa humana é frontalmente atacada.

Ademais, a exposição na mídia traz grande diminuição social, moral, além de aniquilar a imagem do indivíduo perante a sociedade.

Como exemplo do poder negativo dos meios de comunicação social, é comum recordar do caso da Escola de Base, onde no ano de 1994, durante dois meses, seis pessoas, entre pais de alunos e os donos da escola, foram acusados de abusarem sexualmente de menores.

Na época, a imprensa apontou, enfaticamente, os acusados como responsáveis pelos supostos abusos. Ocorre que o inquérito policial foi arquivado, concluindo que todos os acusados eram inocentes.

Ocorre que, mesmo inocentados, os prejuízos causados pela indevida exposição foram irreparáveis, independente da *mea culpa* que a imprensa realizou.

Eis que surge o confronto de princípios constitucionais, onde o direito fundamental à vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, X) é posto em conflito com a liberdade de imprensa (art. 220).

ALMEIDA (2010, p. 3), ao defender a exposição dos presos pela mídia, afirma que:

[...] se de um lado está a preservação da imagem, privacidade e honra das pessoas, do outro surge a liberdade de imprensa, o direito a segurança pública, no tocante a necessidade de se descobrir outros delitos que estão com autoria desconhecida, cuja exposição através dos meios de comunicação contribuirá efetivamente para elucidação dos fatos criminosos.

Nessa mesma esteira, FORNAZARI JUNIOR (2010, p. 1) alega que:

[...] a polícia não é obrigada por nenhum dispositivo legal (o que seria manifestamente inconstitucional) a proibir a imprensa de filmar ou fotografar o acusado, tampouco a cobrir o seu rosto e menos ainda a procurar rotas alternativas e entradas secundárias de prédios para evitá-la. A discricão da polícia não deve nunca ser confundida com vergonha do trabalho realizado, até porque a vergonha deve ser suportada apenas pelo perpetuador do crime, que a causou com sua conduta.

Partindo da leitura das opiniões acima colacionadas, é possível se chegar a conclusão que para a polícia, o indiciado é o culpado, mesmo sem a conclusão do inquérito policial e do processo judicial. Afirmar que o acusado do crime deve suportar a vergonha, é condenar previamente.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, leciona que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A exposição da imagem dos presos, sem o seu consentimento, é uma clara afronta ao seu direito fundamental à vida privada, honra e a imagem, consagrados pela Lei Maior.

O Estado, ao exercer o seu dever de custódia do preso tem como dever zelar pela sua integridade, física e moral, não degradar o ser humano, ainda que sua suposta conduta possa causar o ódio mais considerável.

Conforme bem ressalta DANELUZZI e MATHIAS (2009, p. 370):

[...] a imagem carrega consigo não só um fator de identificação, mas também de comunicação, de tal sorte que a representação do aspecto físico pode evocar uma série de sentimentos e associações, bem como é capaz de por si transmitir uma mensagem. Desta forma, os semblantes de madre Teresa de Calcutá e Martin Luther King inspiram paz e não guerra. O mesmo não se pode dizer da figura de Adolf Hitler, cuja associação intelectual é voltada para a beligerância.

A partir do momento em que o indivíduo é apontado pela mídia como criminoso e tem sua imagem ostentada como tal, o que resta armazenado na mente da população é que ele, de fato, é um delinquente, mesmo que ao final do processo judicial seja absolvido.

E essa exposição, por mais das vezes, conta com o apoio da própria polícia, que prepara coletivas para exibir os presos, algemados como se fossem animais, mostrando seus rostos, sem o devido consentimento.

Os defensores da divulgação dessas imagens acreditam que elas podem auxiliar o Poder Público no combate ao crime, como afirma ALMEIDA (2010, p. 4):

[...] urge a necessidade de se utilizar um mecanismo moderno e de difusão em massa que são os meios de comunicação, redes de televisão, jornais, *sites*, etc, que transmitem informações acerca de criminosos para a população, que em uma relação recíproca ajudam os órgãos de segurança a elucidar infrações penais, no combate ao crime organizado.

Respeitando a posição acima, essa medida não aparenta ser a mais benéfica, sendo, numa visão mais detalhada, contraproducente. Quando se promove a exibição pública da imagem de presos, o trabalho da polícia chega a ser desqualificado pelos advogados que, na maior parte das vezes, encontram nulidades nos inquéritos e nos processos.

Caso seja absolvido, toda a pirotecnia envolvida na divulgação da operação policial se esvai, restando apenas a mácula na imagem do indivíduo que, mesmo inocente, permanecerá com o rótulo de criminoso.

É importante que se tenha a ideia de que exibição não é condenação, operações espetaculosas não se traduzem, na maior parte das vezes, em condenações. Pelo contrário, funcionam apenas como placebo, passando a falsa sensação de segurança e de trabalho bem feito.

Informação não significa humilhação. Os presos também possuem dignidade, que deve ser respeitada. Não há necessidade, ao informar sobre operações, prisões e apreensões, de se exhibir os rostos dos acusados.

A exposição de presos viola a ideia da presunção de inocência, viola a ideia de dignidade da pessoa humana.

O Código Civil de 2002, em seu art. 20, faz a ponderação sobre a permissão para a exposição de imagens, vejamos:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Desta forma, deve se ponderar a proteção à imagem com a liberdade de imprensa, levando-se em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, além das características de sua utilização.

O enfoque deve ser a utilidade da exibição. Todavia, o que se observa é a mera divulgação, sem utilidade pública alguma, apenas para humilhar quem já está no fim da escala social, prejudicando, inclusive, a própria apuração dos crimes, além de incentivar a violência policial e carcerária, agravando os preconceitos e lesando uma possível ressocialização.

A sociedade tem interesse na punição daqueles que porventura tenham cometido crimes, mas que obedeça ao devido processo legal, satisfazendo a garantia da ampla defesa ao réu, além de todas as proteções a que ele faça jus. É assim que o Estado pune de forma eficaz.

4.2. Ações para a preservação da imagem dos presos

No Estado da Paraíba, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação 09/2009, proibindo a exposição pública de presos, sem o seu expresso consentimento, mesmo que para isso fosse necessário recolher essas pessoas às viaturas ou ao interior das instalações policiais, ou impedir a realização de imagens não consentidas no interior de suas instalações.

Após dois anos, foi publicada no Diário Oficial a Portaria nº 060/2011/SEDS, de 16 de maio de 2011, assinada pelo Secretário de Estado de Segurança e Defesa Social, onde proíbe qualquer forma de exposição pública de preso ou pessoa sob sua guarda, devendo a autoridade policial empregar as medidas necessárias a impedir a exposição indevida do preso.

A referida portaria permite a entrevista apenas quando houver o consentimento deste ou quando existir autorização, por escrito, de magistrado, advogado constituído pelo detido, defensor público ou membro do Ministério Público.

No Pará, a Lei Ordinária nº 6.075/97 dispõe que os presos recolhidos ao sistema penitenciário e delegacias não podem ser constrangidos a participar, ativa ou passivamente, de atos, entrevistas, ou qualquer outra programação reproduzida por órgãos de comunicação em massa, especialmente, sua exposição compulsória a fotografias e filmagens.

Entretanto, a Lei faz a ressalva que, nos casos de crimes da Lei nº 8.072/90 e Lei nº 8.930/94, será assegurado o direito do profissional de imprensa de divulgar a imagem do criminoso, para atender ao interesse público, devendo ser autorizada pela autoridade responsável pelo órgão em que o preso esteja recolhido, que deve fiscalizar possíveis excessos.

No Rio Grande do Norte, o Ministério Público Estadual, através da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, expediu a Recomendação nº 004/08, proibindo todos os órgãos de segurança pública de apresentarem seus presos à imprensa.

A vedação imposta pela Recomendação é extensiva à divulgação da imagem dos presos em flagrante, dos condenados, dos foragidos, de alta periculosidade, e até para a divulgação da imagem de suspeitos para o auxílio em informações.

Já no Mato Grosso, a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, através da Portaria nº 118/2009, proibiu a exibição de imagens e entrevistas de acusados, sob a custódia das polícias civil e militar.

A exceção é feita nos casos da divulgação de retrato falado, além da imagem de pessoas foragidas da justiça com ordem de prisão decretada, sempre utilizando fotografia oficial para tal. A exibição só poderá ser feita quando se fizer necessária, utilizando fotografia oficial, com autorização por escrito do delegado ou condutor do inquérito policial.

Em todos os casos acima retratados, a justificativa é sempre proteger a dignidade da pessoa humana, garantindo o direito à privacidade, à honra e à imagem dos presos, que sequer foram condenados.

Utilidade pública não significa utilizar, de maneira sensacionalista, a imagem do detento. Existem casos onde a publicação dessas imagens será conveniente para a coletividade. Ou seja, expor deve ser a exceção, não a regra.

4.3. O Projeto de Lei nº 6.361/09

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.361/09, originário do Senado Federal, que altera a Lei nº 4.898/65, a chamada Lei do Abuso de Autoridade, incluindo em seu rol quatro novas hipóteses. São elas: a) impor a uma pessoa ou empresa obrigação cuja cobrança tenha sido considerada inconstitucional por decisão judicial de efeito vinculante; b) exigir de uma pessoa a apresentação de documentos sem amparo legal para tanto; c) retardar ou deixar de prestar, sem justo motivo, serviço inerente ao cargo ocupado pela autoridade; d) divulgar decisão judicial antes de sua publicação oficial, a menos que ela seja transmitida ao vivo pelo Poder Judiciário e pelos sites oficiais de internet.

Apensos ao referido Projeto de Lei estão os PLs nº 2.856/97, 3.067/97, 3.349/97, 3.577/97, 40/99 e 1.072/99. Todos eles têm como finalidade a proteção à imagem dos custodiados, considerando como abuso de autoridade sua exposição indevida.

Em substitutivo apresentado pelo deputado Silas Câmara, relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, passa a ser considerado abuso de autoridade constranger vítimas, testemunhas e pessoa indiciada em inquérito policial ou presa em flagrante delito a participarem de ato de divulgação em meios de comunicação em massa ou a serem fotografadas ou filmadas com esse intuito.

No seu voto, o relator considera que as abordagens, na maior parte das vezes são sensacionalistas, cometendo exageros na divulgação das notícias relacionadas às prisões.

Ainda segundo o relator:

[...] trata-se, em muitos casos, não apenas de uma violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem daqueles que estão sob custódia do Estado. Temos um verdadeiro julgamento antecipado, que não é feito pelas instâncias judiciais cabíveis, e sim pela mídia, por meio da exposição daqueles que, uma vez sob custódia do Estado, deveriam ter sua reputação preservada. Esse tipo de exposição não atende, de modo algum, ao interesse público. Os cidadãos estão interessados, sem dúvida, na punição daqueles que porventura tenham cometido crimes – mas em uma punição que seja resultado do devido processo legal, no qual se dê amplo direito de defesa ao réu, garantidas todas as proteções a que ele tenha direito.

Não se pode cercear a liberdade de imprensa, mas também não se pode permitir que a honra, a privacidade e a imagem do indivíduo sejam violadas sem justo motivo, apenas em nome de uma informação que, por vezes, nada agrega.

Atualmente o substitutivo está aguardando votação, pois foi retirado de pauta pelo deputado Miro Teixeira, sob a alegação de que tal medida poderia causar impacto na liberdade de imprensa. Declarou ainda que “a impunidade já não é o que era e penso que a imprensa só tem colaborado para isso”.

Depois da análise por parte da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, o projeto de lei será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, antes de seguir para o plenário da Câmara Federal.

4.4. A responsabilidade civil do Estado

A Constituição Federal, em seu art. 37, §6º, afirma que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 37. – [...]

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

O Código Civil, em seu art. 43, repete os termos da Lei Maior, no sentido de responsabilizar as pessoas jurídicas de direito público pelos atos de seus agentes, na hipótese de danos. *Verbis*:

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.

Impõe-se ao Estado o dever de indenizar, pois não se separa sua vontade da do agente, que age em nome do Poder Público. Tal situação se deve ao fato de o Estado ser pessoa jurídica, não possuindo vontade própria, sendo sua vontade manifestada através de seus agentes, que nesta qualidade atuam.

Desta forma, imputa-se diretamente ao Estado os atos dos agentes. Sua vontade, boa ou má, é a vontade do Poder Público. Eles são considerados uma unidade, não se dividindo o Estado do agente.

Tal situação deixa evidente que, no momento em que um policial expõe o preso para ser filmado ou fotografado, seja levantando sua cabeça, seja fazendo uma coletiva, ele age como se fosse o Estado.

Nesse caso, a honra, a vida privada, a imagem do indivíduo são frontalmente aviltadas, posto que, naquele momento, é o Estado, não a figura do agente, que aponta aquela pessoa como delinquente, sem qualquer decisão judicial transitada em julgado.

Para GANDINI e SALOMÃO (2003, p. 51), o Estado é responsável civilmente “quando somente se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal ficar abaixo do padrão normal que costuma se exigir”.

Seguindo a mesma esteira, NERY JUNIOR e NERY (2011, p. 259) afirmam que:

[...] resta configurada a responsabilidade do Estado, sendo devida indenização pelas lesões corporais graves sofridas por detento espancado por companheiros de cela e/ou policiais militares, visto que a Administração Pública tem a obrigação de assegurar a proteção daquele que está sob sua guarda, evitando que seja alvo de violência.

O exemplo acima mencionado trata sobre violência física, mas a exposição indevida da imagem produz abalo à dignidade da pessoa humana, violentando sua imagem e, por consequência, sua moral.

Nesse ponto é possível se observar a existência da teoria da culpa anônima, ou falta do serviço, que consiste no mau funcionamento ou funcionamento do retardado do Estado, onde emerge a responsabilidade do Poder Público.

O desgaste psicológico e emocional sofrido pelo indivíduo que é apontado como criminoso, sofrendo prisão, retirado do seu meio social, do seu lar, de sua família e de seu

trabalho, para ser encarcerado, e ser execrado pela mídia e pela população, dispensa a prova do prejuízo concreto, pois ela irradia do próprio fato.

VENOSA(2004, p. 39), destaca que:

[...] o dano moral abrange também os direitos de personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo, etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.

É bastante comum observar indenizações pagas pelos órgãos de imprensa à pessoas que foram exibidas como criminosos e, ao final do processo judicial, foram consideradas inocentes das acusações.

Com efeito, há de se considerar que, se a imprensa teve meios para conseguir capturar, e posteriormente exibir, as imagens desses indivíduos, é porque algum agente estatal permitiu que isso acontecesse, inclusive, em boa parte das vezes, oferecendo meios para isso.

O Estado tem o dever de guarda daqueles que estão sob o seu poder. Essa guarda não é apenas sobre a integridade física, mas é extensiva a todos os direitos e garantias que a pessoa humana tem.

Deste modo, é patente que o agente público que expõe a pessoa ao constrangimento de ser exibido como criminoso, comete um dano, pois ofende os princípios constitucionais mais básicos do ser humano. Assim, como ele atua em nome do Estado, este deve indenizar o preso que teve sua imagem exibida irregularmente.

CONCLUSÃO

A imagem, a honra e a privacidade são princípios fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana. A honra pode ser definida como o somatório das qualidades que individualizam o cidadão, gerando seu respeito pela sociedade, diferenciando-o no meio social, sendo garantido à pessoa resguardar sua honra pessoal. Tavares (2002, p. 448) afirma que “tudo aquilo que depõe contra a pessoa, mas que faz parte de sua privacidade, não deve ser revelado”.

Já a imagem é igualmente inviolável, devendo o aspecto físico ser preservado contra violações, garantindo a proteção à vida privada. E esse direito deve ser resguardado principalmente quanto aos meios de comunicação em massa, que utilizam da imagem das pessoas para exploração comercial.

Ao unir os conceitos acima mencionados, pode se concluir que a imagem, enquanto fator de identificação, não pode ser explorada, principalmente para fins comerciais, para afetar a honra dos indivíduos.

O que se observa pelos meios de comunicação é a busca, a qualquer preço, pela audiência. Para isso, abusam do sensacionalismo, explorando a imagem dos presos, julgando-os, antecipadamente, como culpados das acusações a eles imputadas.

A liberdade de imprensa, garantida pelo art. 220, da Constituição Federal, deve ser assegurada a todo custo, até porque ela é um dos pilares da democracia. Contudo, a informação deve ter utilidade pública, cumprindo sua função social.

Não possui qualquer utilidade pública exibir a imagem de um preso, que já se encontra no fundo da escala social, afirmando que ele é “vagabundo” e “marginal”. E tal situação se torna mais gravosa, pois afronta diretamente o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Lei Suprema.

É patente o dano causado ao indivíduo, exposto como delinquente, sob o falso argumento de que tal exibição auxilia no combate à criminalidade, e que, na maior parte das vezes, é absolvido no processo criminal.

Sua honra e intimidade, depois que violadas, nunca voltarão ao *status quo ante*. O dano é irreparável, principalmente quando o motivo causador dele é falso.

O Código Civil traz, em seus artigos 927 e 186, que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e deve repará-lo.

Como retratado no decurso deste trabalho, é evidente que a exposição indevida gera dano à pessoa e, em razão disso, é indenizável.

Sendo possível responsabilizar quem ofendeu a honra, a intimidade e a vida privada de outrem, não seria demais responsabilizar, conjuntamente, quem permitiu que o dano ocorresse.

Ora, a polícia geralmente organiza coletivas para exhibir para a imprensa os “objetos” de suas operações megalômanas, em situação onde esses indivíduos se encontram algemados, com as faces expostas, tal qual animais enjaulados nos zoológicos. Em outras oportunidades, mesmo quando os presos tentam esconder o rosto, o agente público levanta suas cabeças, para exhibi-los como troféu no combate ao crime.

Desta forma, pode se chegar à conclusão de que o agente público, agindo nesta qualidade, funciona como se o Estado fosse, causando dano ao preso.

Sobre isso, a Constituição Federal traz, em seu art. 37, §6º, que o Estado responderá pelo dano causado agente público, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em simplório raciocínio, se percebe que os meios de comunicação só transmitem as imagens dos presos, porque o Estado permite que isso ocorra. Caso o Estado resguardasse os direitos fundamentais da pessoa, não haveria a veiculação desnecessária e, conseqüentemente, não existiria o dano.

A partir do momento em que o Estado detém o sujeito, passa a exercer o dever de guarda dele, onde sua obrigação é preservar e garantir o exercício de todos os seus direitos, principalmente preservar a integridade física e moral do indivíduo.

Não acreditamos que toda exibição é danosa, mas o interesse público deve ser a chave nesse exercício de ponderação. Caso se faça necessário, em nome do bem maior e de forma motivada, o agente público deve permitir que o indivíduo seja exposto. Entretanto, essa deve ser a exceção, não a regra.

Quando o Estado permitir que os princípios fundamentais da pessoa humana sejam violados, deve ser responsabilizado civilmente, como forma de compensação, além de educar, para evitar que novas pessoas sejam vítimas dessa situação.

Nesse sentido, entendemos que a Lei Ordinária nº 6.075/97, do Estado do Pará, é a mais adequada para a solução do conflito. Ela assegura ao profissional de imprensa a divulgação das imagens dos criminosos, desde que atenda ao interesse público e seja permitida pela autoridade competente, que fiscalizará o cometimento de excessos.

A divulgação feita de acordo com o interesse público atende a função social da liberdade de imprensa, desde que o equilíbrio prevaleça, evitando os excessos. Caso eles ocorram, o estado deve ser responsabilizado civilmente, além do órgão de comunicação social responsável pelo dano.

Por fim, acreditamos que a experiência do Pará seja estendida para o resto do Brasil, pois é a que melhor apresenta o equilíbrio entre os princípios constitucionais, onde o caso concreto norteará a decisão da autoridade.

Nos demais casos, o Estado merece ser responsabilizado civilmente, pois sua atitude é a origem do dano, já que se buscasse a preservação dessas pessoas, a imagem e a honra delas não seriam violentadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Francisco Iasley Lopes de. **Exposição da Imagem de Presos na Imprensa e Direitos Fundamentais**. In: Revista Orbis. vol. 01. n. 01. Disponível em: <www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/14/12> Acesso em: 19 nov. 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARO, Elisabete Aloia. **Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade**. In: Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: RT, 2009.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo**. Leme: CL EDIJUR, 2006.

BORGHI, Hélio. **Responsabilidade Civil: breves reflexões doutrinárias sobre o Estado no direito brasileiro**. In: Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 out. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. **Aspectos da Responsabilidade Civil sob a Perspectiva do Direito à Imagem**. In: Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: RT, 2009.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. **A polícia entre a imagem do preso e a liberdade de imprensa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2458, 25 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14572>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2003.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva**. In: Revista CEJ, V. 7 n. 23 out./dez. 2003. Disponível em: <www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/download/577/757>. Acesso em: 19 out. 2011.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Responsabilidade Civil – Histórico e Evolução. Conceito e Pressupostos. Culpabilidade e Imputabilidade.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19911/Responsabilidade%20C%C3%ADvil.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 out. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Método, 2007.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade Civil: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.** Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1346>>. Acesso em: 30 out. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado.** 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VILLAS BÔAS, Regina Veras. **Marcos Históricos Relevantes da História da Responsabilidade Civil.** Responsabilidade Civil: Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: RT, 2009.