# A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO[1, 2]

ALMIRO DO COUTO E SILVA*

*1 — Síntese da evolução histórica. 2 — Noção geral da responsabilidade objetiva. 3 — Os pressupostos da responsabilidade. 4 — Causas externas, pluralidade de causas e responsabilidade subjetiva do Estado. 5 — Responsabilidade por atos jurisdicionais. 6 — Responsabilidade por atos legislativos. 7 — Aspectos processuais.*

* Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 Trabalho apresentado no Congresso "Responsabilidade Civil — o presente e o futuro" na Universidade Católica de Portugal, na cidade do Porto em abril de 1995.

2 AGUIAR DIAS, José de, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil*, Revista AJURIS, 1993, vol. 59; ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes, *Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais*, São Paulo, RT, 1988; ARAÚJO, Edmir Netto de, *Responsabilidade do Estado por Atos jurisdicionais*, São Paulo, RT, 19811; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 1994; BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1969; BARBOSA, Rui, *A culpa Civil das Administrações Públicas* (1898) in *Obras Completas*, vol. 25, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1948; BAZHUNI, Marco Antônio, *Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrência de sua Atividade Administrativa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1992; CAHALI, Yussef Said et alii, *Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 1984; CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; CAVALCANTI, Amaro, *Responsabilidade Civil do Estado*, 2º vol., Nova ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1957; CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; CIRNE LIMA, Ruy, O Código Civil e o Direito Administrativo, 1960; COTRIM NETO, Alberto Bitencourt, *Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988*, Revista AJURIS, 1992, vol. 55; COUTO E SILVA, Almiro do, *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento*, Revista de Direito Público, 1982, vol. 63, p. 28 e segs., COUTO E SILVA, Almiro do, *Problemas Jurídicos do Planejamento*, Revista de Direito Administrativo, 1987, vol. 170, p.1 e segs.; COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *O dever de indenizar*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 6, 1967; CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991; CRETELLA JÚNIOR, José, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, São Paulo, Saraiva, 1980; CRETELLA JÚNIOR, José, *Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo*, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1983, nº 38; DELGADO,

1. *Síntese da evolução histórica*

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, § 6º, declara: "*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 os responsáveis nos casos de dolo ou culpa.*"

A doutrina e a jurisprudência brasileiras reconhecem nesse preceito, sem divergência, a consagração, como regra, da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de sua administração descentralizada ou indireta prestadoras de serviços públicos, reafirmando uma concepção que tem suas raízes na Constituição de 1946.

É este o ponto terminal de uma linha evolutiva que começa no Brasil Colônia, onde domina de modo incontrastável a idéia da plena irresponsabilidade do Estado. Contudo, com a independência muda-se rapidamente essa situação e passa-se a admitir que o Estado seja responsável pelos atos ou omissões ilícitas de seus agentes. A Constituição imperial, de 1824, outorgada pelo Imperador Pedro I, cuida apenas, no seu art. 179, inciso 29, da responsabilidade pessoal dos agentes públicos.[3] E Pimenta Bueno, o mais conceituado de nossos comentaristas da Constituição do Império, ao analisar aquela norma, não alude à responsabilidade do Estado, mas restringe-se a explicar tão-somente a responsabilidade dos empregados públicos, ou a de seus superiores, "*por não provocá-la e fazê-la efetiva*", respeitando assim os limites literais da disposição.[4]

Textos legislativos vários e a jurisprudência dominante dos tribunais vão, entretanto, abrindo espaço à responsabilidade extracontratual do Estado, então caracterizada verdadeiramente como responsabilidade civil, porquanto por inteiro modelada sobre o perfil desenhado pelo direito privado. No ocaso do século passado, em

José Augusto, *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*, Revista AJURIS, 1983, vol. 29; DERGINT, Augusto do Amaral, *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 4ª ed. São Paulo, Atlas, 1994; FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995; GASPARINI, Diógenes, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1992; MASAGÃO, Mário, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1977; MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992; NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do, *Responsabilidade Civil do Estado*, Rio de Janeiro, Aide, 1995; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991; PORTO, Mário Moacyr, *Temas de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989; SAAD, Renan Miguel, *O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1994; WALD, Arnold, *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado*, Revista AJURIS, 1993, vol. 58; TÁCITO, Caio, *Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais*, Revista Trimestral de Direito Público, 1993, vol. 4º.

3 "*Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos infratores*".

4 *Direito Público e Análise da Constituição do Império*, Brasília, 1978, Senado Federal, parágrafos 602-603, p.429-430.



BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

1898, Rui Barbosa, um dos nossos maiores juristas, repassava o caminho percorrido pelo direito brasileiro em tema de responsabilidade do Estado, para observar que em todas as esferas, na do Município, na das Províncias e Estados, no Império e na então incipiente República, "*nunca logrou entrada a teoria da irresponsabilidade da Administração pelos atos dos seus empregados*". E concluía enfaticamente com estas considerações, a que não falta uma nota de orgulho: "*... a linha da tradição antiga ainda não se quebrou: os julgados na magistratura municipal, na estadual, na federal, repetidos e uniformes, em ações de perdas e danos, vão dia-a-dia aumentando o tesouro opulento de arestos, que fazem talvez da nossa jurisprudência, a esse respeito, a mais persistente e copiosa de todas*".[5]

A primeira Constituição Republicana, a de 1891, não refletiu, porém, essa tendência que a praxe dos tribunais ia consolidando e praticamente recolheu no seu texto, com mínimas modificações de redação que não lhe alteravam o sentido, a regra que sobre a matéria constava da Constituição imperial e que cogitava, como vimos, exclusivamente da responsabilidade dos empregados públicos, já agora chamados de funcionários públicos (art. 82).

O Código Civil, de 1916, foi o primeiro dos nossos documentos legislativos a instituir, de maneira ampla, a responsabilidade extracontratual do Estado, e o fez no seu art. 15, com estes termos: "*As pessoas jurídicas de direito público são civicamente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.*"

Alguns autores viram nesse dispositivo uma ruptura com o sistema até então existente, que consistia, como realçado, na mera extensão ao Estado dos princípios e normas que disciplinavam a responsabilidade civil no direito privado. O Código Civil trata, no seu art. 15, da responsabilidade das pessoas de direito público, enquanto a responsabilidade civil dos particulares é regida pelos arts. 1.521, III, e 1.523.[6] As diferenças existentes entre um e outro regime consistiriam em que, na responsabilidade do Estado, a culpa seria presumida, fixada *iuris et de iure*, quando o dano proviesse de conduta ilegal, omissiva ou comissiva, de seus agentes, ao passo que a responsabilidade dos particulares, por seus propostos, não prescindiria da prova da culpa, conforme o art. 1.523.[7] Seja como for, o certo é que o art. 15 do Código Civil cogitou apenas da responsabilidade do Estado por atos ilícitos, não abrangendo, pois a que resulta de atos lícitos. Contribuiu decisivamente, desse modo, para fracionar a noção geral do dever de indenizar do Estado, no rumo que era preconizado

5 *Culpa Civil das Administrações Públicas*, ps. 59-60.

6 Assim, Ruy Cirne Lima, *O Código Civil e o Direito Administrativo*, p. 42, Mário Masagão, *Curso de Direito Administrativo*, p. 302. Sobre isso veja-se J. Cretella Júnior, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p. 197.

7 Nesse sentido, Ruy Cirne Lima, op. e p. cits. Bem mais tarde essa linha de separação foi apagada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cristalizada na Súmula 341: "*É presumida a culpa do patrão ou comitente pelos atos culposos do empregado ou preposto*". Mas então as inovações constitucionais já haviam posto, no sistema jurídico brasileiro, o regime da responsabilidade objetiva do Estado.

pela doutrina italiana ao fazer a bem conhecida distinção entre reparação por atos lícitos e ilícitos e ao designar a primeira como ressarcimento e a segunda como indenização.[8]

A Constituição de 1934 foi a primeira das Constituições brasileiras a conter dispositivo expresso sobre a responsabilidade extracontratual do Estado.[9]

Criou-se, ali, o regime da responsabilidade solidária entre o agente público e o Estado. A ação de indenização deveria ser proposta contra ambos e, executado o Estado, este promoveria, a seu turno, a execução contra o funcionário, segundo os princípios que regem a responsabilidade solidária. A Carta ditatorial de 1937 manteve, em seus traços gerais, o sistema de responsabilidade solidária instituído pela constituição anterior.[10] Ambos os preceitos contemplam somente a hipótese de responsabilidade do Estado por atos ilícitos, mantendo-se, pois, a posição adotada pelo Código Civil.

Com a Constituição de 1946, que dispôs sobre a responsabilidade extracontratual do Estado no art. 194 e seu parágrafo único, chamando-a de responsabilidade civil, a culpa é eliminada como elemento do conceito, sendo apenas referida como indispensável para legitimar ação regressiva contra os agentes públicos.[11] A doutrina e a jurisprudência consideram que a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado surge como sistema padrão no direito brasileiro com esse preceito.

As Constituições dos governos militares, a de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também conhecida como a Constituição de 1969, apenas acrescentaram — desnecessariamente, aliás — o dolo, ao lado da culpa, como pressuposto da ação de regresso, no parágrafo único dos seus arts. 105 e 107, respectivamente, que correspondem ao parágrafo único do art. 194 da Constituição de 1946.

Por fim, a Constituição vigente, mantendo-se fiel a esse mesmo pensamento, trouxe como inovação a supressão do objetivo civil que qualificava a responsabilidade, bem como a inserção das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, a par das pessoas jurídicas de direito público, como entidades

8 Observe-se que na primeira obra brasileira importante de doutrina sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, escrita antes do Código Civil (Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade Civil do Estado*, 1905), o dever de indenizar do Estado era tratado unitariamente, compreendendo a responsabilidade tanto por atos lícitos como por atos ilícitos. Rui Barbosa, aliás, já pensava assim. O art. 15 do CC e a influência que, após, exerceu a obra de Alessi afastaram a maior parte da doutrina nacional dessa orientação, agrupando as diferentes espécies de intervenções lícitas do Poder Público na propriedade dos administrados ou em torno da noção de poder de polícia, ou do instituto da desapropriação. Este último chegou até mesmo a abarcar uma forma de intervenção ilícita, a chamada desapropriação indireta.

9 Art. 171: "*Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos. §1º — Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. § 2º — Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá a execução contra o funcionário culpado*".

10 O art. 158 eliminou, apenas, os dois parágrafos do art. 171 da Constituição de 1934.

11 "*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os 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*".

suscetíveis de serem responsabilizadas pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

## 2. *Noção geral da responsabilidade objetiva*

No estágio atual do direito brasileiro, a responsabilidade extracontratual do Estado resulta de qualquer ação ou omissão de agente do Estado ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que gere danos a terceiros, desde que proceda o agente nessa qualidade, ou seja, como órgão da entidade a que serve.

Estabelecido o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o dano, e desde que este seja indenizável, há, em princípio, a responsabilidade. A ação ou omissão não necessita ser de determinado agente; é ação ou omissão do Estado, e o dano é gerado por órgão, serviço ou repartição do Poder Público, ainda que não se possa apontar qual o agente ou quais os agentes que o produziram. Outras vezes essa responsabilidade resulta da circunstância de exercer o Estado atividade perigosa, ou de ter a guarda de coisas e pessoas perigosas (explosivos, material radioativo, presidiários), assumindo o risco de causar danos a terceiros. Há situações ainda, em que a conduta do Estado não é ilícita e nem perigosa, e mesmo assim produz danos aos particulares, pelos quais responde o Poder Público por imposição do princípio da desigual distribuição dos encargos públicos.

A noção de responsabilidade objetiva, como foi posta na Constituição brasileira vigente, tem, parece-me, uma dupla vantagem. Por um lado, dá tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, que o Código Civil acolhera. E, por outro, por assim dizer, supera as diferentes espécies de responsabilidade conhecidas (por culpa individual, por falha ou culpa do serviço, por risco, pela distribuição desigual dos encargos públicos), apagando ou pelo menos empalidecendo a importância de cada uma delas para fundi-las em conceito mais abstrato e dilatado, de modo a proporcionar, assim, o maior amparo possível à vítima. Esta só não será ressarcida caso tenha culpa exclusiva na produção do evento ou o dano resulte exclusivamente de força maior ou de fato de terceiro. Em suma, se não existir nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo.

Verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (que não é, por exemplo, incerto ou eventual) e a existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica da administração pública indireta prestadora de serviço público, para que fique caracterizada a responsabilidade. Dispensável, pois, será que comprove ou até mesmo que alegue, por exemplo, a culpa do agente do Poder Público. O Estado é que, para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Sendo objetiva a responsabilidade, de nada lhe adiantará provar que não teve culpa. A discussão sobre a culpa do agente só é pertinente na ação de regresso que o Estado contra ele propuser.

Bem se vê, pois, que a responsabilidade extracontratual do Estado, no Brasil, assumiu contornos que a distinguem perfeitamente da responsabilidade civil, assim como elaborada pelo direito privado, apesar dos inúmeros pontos de contato que existem entre os dois regimes. Mesmo após a entrada em vigor do chamado Código de Proteção ao Consumidor, que previu a responsabilidade objetiva do fabricante, produtor, construtor e importador, nas relações de consumo,[12] e de outras hipóteses onde ela também prepondera nas relações privadas, restou ainda imensa gama de situações em que predomina a noção de culpa como elemento determinador da responsabilidade, de maneira a que ainda se possa dizer que ela persiste como conceito central da responsabilidade civil dos particulares.

O oposto se verifica na responsabilidade extracontratual do Estado. Aqui, a regra é, como se viu, a responsabilidade objetiva e a idéia de culpa, entendida em sentido amplíssimo — compreensiva do dolo e da culpa anônima, da falha do serviço — só excepcionalmente é levada em consideração. É o que ocorre, por exemplo, nos serviços que o Estado presta aos particulares e que, nas relações privadas são caracterizados como obrigações de meios e não obrigações de resultados, tais como os serviços médicos, de defensoria pública etc. Morto o paciente ou perdida a causa, o Estado só será responsável se ficar comprovada a culpa do agente ou a falha do serviço. Igualmente, na maioria das situações em que há pluralidade de causas, quando a conduta do Estado é uma delas, e tenha caráter omissivo, a responsabilidade do Poder Público não prescindirá da culpa do agente ou da falha do serviço, como teremos ocasião de ver mais adiante.[13]

12 Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 9º.

13 Tem sido sustentado na doutrina brasileira que o regime da responsabilidade extracontratual do Estado, entre nós, seria pautado por dois grandes princípios, relacionados com o comportamento do Poder Público. Se esse comportamento for comissivo, a responsabilidade seria sempre objetiva; se omissivo, a responsabilidade seria subjetiva (nesse sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 487; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 552; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 444 e segs.). Não me parece que esse entendimento seja correto. Há inúmeras situações em que o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público e, no entanto, a responsabilidade é objetiva. Assim, por exemplo, na hipótese de um acidente de veículo ter sido causado por defeito de manutenção ou sinalização de via pública, ou na de o Estado omitir-se de socorrer pessoa enferma que recorrera a hospital público. O comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano, juntamente com o fato de terceiro ou a força maior, cfr. infra, item 4. Creio ser inaceitável adotar um conceito puramente naturalístico de causa, baseado no raciocínio de que a omissão nunca pode ser causa exatamente porque é o "não ser", o nada. Na filosofia e no direito, porém, causa tanto pode ser um comportamento comissivo como omissivo. Basta que se agregue a noção de dever, moral ou jurídico, para que se perceba, com facilidade, como a omissão pode constituir-se em causa de um evento, como os exemplos antes formulados, referidos ao plano jurídico estão a evidenciar. Contudo, no direito, mais ainda do que na filosofia, a omissão pode ser causa de fato, dado o caráter normativo da ciência jurídica, como registra Clóvis V. do Couto e Silva: "*A ação, no sentido jurídico, é um conceito diferente da ação humana que interessa à filosofia e mesmo às outras ciências sociais. O direito é uma ciência normativa, possuindo conceitos específicos. No plano da filosofia, a omissão não constitui uma ação; mas muitas hipóteses de reparação delitual têm sua fonte no fato de que uma pessoa não fez o que deveria ter feito. São os casos de responsabilidade por omissão*" (*Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*, Curso Ministrado na Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Paris XII (Saint Maur) em 1988, a ser editado em tradução portuguesa, p.64).

A responsabilidade objetiva extracontratual do Poder Público, notadamente com a largueza como foi recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, destina-se a ser instrumento poderoso de proteção dos indivíduos contra o gigantismo do Estado contemporâneo. Apesar da dieta neoliberal que lhe vem sendo prescrita quase que em toda a parte, o Estado de nossos dias é — e creio que continuará a ser — um imenso feixe de serviços públicos, dos quais o administrado depende a cada minuto. Tão vasta e intensa atuação, ou pela forma de administração coercitiva, ou pelo modo da administração prestadora de benefícios, faz com que o Estado cause danos aos particulares com grande freqüência, por comportamentos comissivos e omissivos que lhe são imputáveis, lícitos ou ilícitos. No moderno direito da responsabilidade tornou-se trivial afirmar que a tendência universal é a de fazer passar o acento tônico do causador do dano para a vítima. Isto é tanto mais verdade quando na relação jurídica estão, de um lado, como causador do prejuízo, o Estado onipotente, onipresente e onímodo, e de outro, como vítimas, pessoas desprovidas inteiramente de recursos, castigadas pela miséria, sem saúde, sem educação e que, para sobreviver, lutam sem tréguas contra toda a sorte de dificuldade, como desgraçadamente acontece com a maioria da população dos países do terceiro mundo.

Por certo estas razões terão contribuído para a adoção da regra da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado no sistema jurídico brasileiro. Apesar de algumas imperfeições sérias, que assinalaremos ao final e que se situam muito mais no plano processual do que no do direito material, pode-se dizer que ele funciona satisfatoriamente, não tendo transformado o Estado num segurador geral e nem tendo gerado torrentes de ações ressarcitórias contra o Poder Público, como temiam alguns.[14]

Traçadas estas grandes linhas, caberá agora expor com maior riqueza de minúcias as formas como se articulam os diversos elementos envolvidos no conceito da responsabilidade objetiva do Poder Público, fora das relações contratuais.

## 3. *Os pressupostos da responsabilidade*

(A) Em primeiro lugar será preciso definir quais as entidades do Poder Público que estão sujeitas a esse regime de responsabilidade. A resposta é simples: todas as pessoas jurídicas de direito público interno, vale dizer, a União, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, quando atuem quer sob regras de direito público, quer sob as de direito privado. Além destas, também as pessoas jurídicas de direito privado, da administração pública descentralizada ou indireta (i.e., as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações

14 Deve-se ponderar, entretanto, que o brasileiro reclama pouco, quando sofre violação em seus direitos. A longa duração das questões judiciais, agravada no caso do Estado pelos privilégios processuais de que goza (prazos em quádruplo ou em dobro, dificuldades na execução das sentenças condenatórias), os incômodos que acarreta, tudo isto o desestimula de recorrer à Justiça, preferindo suportar o prejuízo.

de direito privado instituídas ou mantidas pelo Poder Público) sempre que prestadoras de serviços públicos.

Quando o Estado cria pessoas jurídicas de direito privado para explorar atividade econômica, em competição com as empresas privadas, tais entidades, por imposição constitucional, estão subordinadas às mesmas normas que regem essas empresas (CF, art. 173). Parece coerente, pois, que, quanto à responsabilidade, lhes sejam aplicáveis igualmente as regras do direito privado.

Em se tratando, porém, de concessionários ou de permissionários de serviços públicos ou de exploração de obras públicas, pessoas privadas que, em decorrência de atos administrativos ou de contratos administrativos exercem função pública delegada, o § 6º do art. 37 da Constituição Federal não lhes tem aplicação direta. E isto porque aquele parágrafo há de ser obviamente entendido e interpretado em consonância com o *caput* do dispositivo, que aponta como destinatária dos princípios que discrimina a "*administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*". Embora, *lato sensu*, a concessão e a permissão sejam formas de administração indireta, essa expressão tem um significado mais restrito e exato no direito brasileiro. Ela abarca, apenas, as autarquias, as fundações públicas ou fundações de direito privado, instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Não seria lógico nem razoável que a Constituição sujeitasse as pessoas privadas, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos ou que explorassem obras públicas, aos princípios que enumera no seu art. 37, ao lado do da responsabilidade objetiva, tais como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, do concurso público para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas, da vedação de vinculação de vencimentos ou da licitação para a realização dos contratos de obras e serviços, além de outros igualmente a elas inadequados. Todos esses princípios são apenas compatíveis com as entidades, de direito público ou de direito privado, criadas pelo Poder Público.

Mas se o § 6º do art. 37 da Constituição Federal não tem aplicação direta aos concessionários e permissionários de serviços públicos ou de exploração de obras públicas, sobre eles incide, entretanto, por via de analogia. No que se relaciona com os serviços públicos ou com a exploração de obras públicas, quer os danos sejam causados diretamente pelo Estado, quer por particulares a quem delegou essas atribuições, trata-se sempre de uma atividade eminentemente pública, não se justificando que, na primeira hipótese, as vítimas tenham facilitado o seu acesso ao ressarcimento pela porta da responsabilidade objetiva, enquanto que, na segunda, só lhe estaria aberto o caminho mais difícil e tormentoso de ter de alegar e provar a culpa do agente do concessionário ou permissionário.[15]

15 Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed., 1978, p. 606), mesmo antes da Constituição de 1988, já havia modificado seu entendimento para passar a afirmar que a responsabilidade extracontratual do concessionário e permissionário era objetiva; nesse sentido, também Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p. 345), embora fazendo aplicação direta do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

Não se pode esquecer, nesse contexto, que a tendência geral do Direito Administrativo é no sentido de favorecer o administrado sempre que este sofrer um agravo, um prejuízo, por parte dos agentes do Estado, diretamente, ou de particulares que estejam investidos de atribuições de índole pública.

De qualquer forma, nesses casos, a responsabilidade do Estado será sempre subsidiária, só respondendo pelo dano na hipótese de insolvência do concessionário ou permissionário, a quem, caracteristicamente, incumbia exercer o serviço público por sua conta a risco.[16]

Quanto aos danos causados em virtude de obras públicas, cuja construção é atribuída a particulares, mediante contrato administrativo, a responsabilidade é, também, objetiva, uma vez que essas obras pertencem ao Estado, e solidária.[17]

(B) Não me estenderei no exame da linha distintiva entre as ações e omissões dos agentes do Estado que dão ocasião à responsabilidade exclusivamente pessoal do agente e aquelas que determinam igualmente a responsabilidade do Estado, por se tratar de ponto sobre o qual há uma certa harmonia entre os diversos sistemas jurídicos. Por agente, no preceito da Constituição brasileira, entende-se toda a pessoa que, no momento do evento danoso, esteja no exercício de suas funções como órgão de qualquer Poder do Estado, e assim, pois, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, de entidade da administração pública direta ou indireta prestadora de serviço público, independentemente da validade ou não da sua investidura ou dos seus atos e omissões.

Ainda que seja funcionário de fato ou que sua conduta seja abusiva (como a do motorista do ministério que, dirigindo veículo público, vai visitar a namorada e, no percurso, mata um transeunte), mesmo assim foi sua qualidade ou condição de agente público que possibilitou o dano. Tal circunstância é suficiente para dar ensejo à responsabilidade do Estado, não sendo admissível que do ato resultem efeitos exclusivamente para a pessoa do agente. Este só será o único responsável quando sua ação ou omissão não tenha qualquer relação com o serviço público, o que nem sempre é fácil de distinguir.

Em número não desprezível de situações, só a minudente análise do caso concreto, com a ponderação de todos os fatores que intervieram no fato danoso, é que permitirá ao juiz, guiado por raciocínio eminentemente tópico, concluir pela existência de responsabilidade exclusiva do agente ou de responsabilidade do Estado.

16 É, aliás, a solução do direito francês (René Chapus, *Droit Administratif Général*, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1993, p. 1.019; Georges Vedel / Pierre Devolvé, *Droit Administratif*, v. 2, Paris, PUF, 1992, p. 662).

17 A doutrina diverge, a esse propósito. Cretella Júnior (*O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p. 337) e Helly Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 553) propugnam para que se estabeleça distinção entre o dano que resulta pelo fato da obra, que engendraria a responsabilidade do Estado, e o que deriva de imperícia, negligência ou imprudência do construtor, quando a responsabilidade seria exclusiva deste. Yussef Sahid Cahali (*Responsabilidade Civil do Estado*, p. 84) critica energicamente essa posição, altamente favorável aos interesses do Poder Público, mostrando que não foi aceita pela jurisprudência dominante.

Desse modo, no direito brasileiro, a responsabilidade do Estado não absorve a responsabilidade do agente. A responsabilidade é solidária, cabendo à vítima escolher se proporá a ação de ressarcimento contra ambos ou somente contra aquele que terá melhores condições de reparar o prejuízo, e que é geralmente o Estado. Geralmente, mas nem sempre. O lento processo de execução dos débitos do Estado, em face das prerrogativas que lhe são asseguradas pela Constituição (art. 100), por vezes torna mais vantajoso para a vítima que a ação seja dirigida contra o agente.

Contudo, é importante ressaltar que a responsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos seus agentes não é, a rigor, responsabilidade por fato de outrem, como acontece no direito privado, nas relações entre patrão-empregado, comitente-comitido. O agente público é órgão do Estado, é parte dele, não é representante do Poder Público, é o próprio Poder Público, o que levava Pontes de Miranda a afirmar que ele "presenta" e não "representa" o Estado.[18]

Já dissemos que a ação ou omissão que gera a responsabilidade do Estado não necessita ser de determinado agente, uma vez que a falta do serviço também a acarreta. Além disso, considera-se causado pelo Estado o dano produzido por coisa ou pessoa perigosa de que tenha a guarda, independentemente de qualquer ação ou omissão de seus agentes ou mesmo de falta do serviço. A explosão de um depósito de munições do exército gera responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes, sem outras considerações, a não ser que tenha existido culpa exclusiva da vítima.[19]

(C) Entre a ação ou omissão do Estado e o dano deve haver nexo de causalidade. Neste particular, nem a doutrina nem a jurisprudência brasileira tomam partido definido quanto aos critérios utilizados para o reconhecimento desse nexo, assim como igualmente, no concernente a essa matéria, nenhuma diferença fazem entre a responsabilidade extracontratual dos particulares e a do Poder Público. Não apregoam, porém, a utilização ilimitada da teoria da equivalência de causas, cujos

18 Essa concepção orgânica, que vê no agente uma parte do Estado, é hoje amplamente admitida. Ela tem sido invocada para negar, em termos puramente lógicos, a responsabilidade solidária do agente. Na verdade, se a responsabilidade do Estado é por fato próprio e não por fato de outrem, há inegavelmente certa incoerência em aceitar-se, ao mesmo tempo, a existência de responsabilidade solidária, nessas situações (Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 55; Tupinambá Miguel Castro Nascimento, *Responsabilidade Civil do Estado*, p.15), acrescenta, em prol dessa solução, outros argumentos, tais como o da diversidade das obrigações — uma objetiva, a outra subjetiva — o que impediria a formação de litisconsórcio necessário simples ou necessário unitário. Contra, Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 465-466), e, com ampla fundamentação, Yussef Sahid Cahali. (op. cit., p. 98). De qualquer modo, o reconhecimento da responsabilidade solidária, na hipótese em análise, parece decorrer mais de razões pragmáticas do que de considerações estritamente lógicas. Se a culpa do agente faz com que ele, ao fim e ao cabo, deva indenizar o Estado pelo dano que causou, que inconveniente haverá, em termos práticos, que a vítima intente a ação diretamente contra ele e o Estado, é claro que, então, alegando a culpa do agente e propondo-se prová-la? O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu que existia, aí, litisconsórcio facultativo (RT 544/260). Sobre essa decisão, Yussef Sahid Cahali (op. e p. cits., p. 98).

19 Nesta hipótese, dada a situação de risco exacerbado, nem mesmo a força maior elidiria a responsabilidade do Estado. Se a explosão foi ocasionada por raio, ainda assim o Estado seria responsável. V., abaixo, nota 26.

defeitos, pelas conseqüências aberrantes a que conduz, hoje ninguém desconhece[20]. É possível inferir da copiosa jurisprudência dos tribunais sobre responsabilidade civil que, embora muitas vezes sem nomeá-las, as teorias mais prestigiadas são a da causalidade imediata ou direta, com apoio no art. 1.060 do Código Civil,[21] ou da causalidade adequada.

(D) Referentemente à natureza do dano, tanto poderá ser material como imaterial ou moral. O primeiro diz respeito ao prejuízo causado ao patrimônio das pessoas. O segundo é bem mais complexo, porque são prejuízos que se relacionam com os sentimentos. A Constituição Federal faz referência expressa a uma espécie de dano imaterial, ao declarar 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*" (art. 5º, X). Ao assim dispor não excluiu, por certo, as outras espécies de danos imateriais, identificados pela doutrina e jurisprudência de países que avançaram bem mais nesse campo.[22]

Além disso, o dano deverá ser certo, embora possa tanto ser atual como futuro. Não é indenizável, pois, o dano eventual. Na doutrina de direito privado, sob influência do direito francês, admitem-se como indenizáveis o dano consistente na perda de uma chance séria e o dano por ricochete,[23] e não vemos óbice à indenizabilidade desses prejuízos quando causados pelo Estado.

20 Vejam-se, por todos, as críticas de Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984, p. 516 e segs.) e João de Matos Antunes Varela (*Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1991, p. 879 e segs.).

21 Caio Mário da Silva Pereira, analisando o direito francês, notadamente as obras de Planiol/Ripert/Boulanger e Genéviève Viney, registra que por vezes a teoria da equivalência das condições se aproxima da idéia de causalidade adequada (*Responsabilidade Civil*, p. 78). Realmente isto ocorre nas chamadas doutrinas seletivas, que restringem a noção de causa, reservando-a à última condição ou à causa próxima, ou ainda à condição eficiente (Almeida Costa, op. cit. p. 518; Antunes Varela, op. cit. p. 884). O STF, por sua Primeira Turma, em decisão guiada pelo voto do Ministro Moreira Alves, invocando o magistério de Wilson de Melo da Silva (*Responsabilidade sem Culpa*, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 128 e segs.) e Agostinho Alvim (*Da Inexecução das Obrigações*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p. 360) afirmou que a teoria adotada em nosso direito não é a da equivalência das condições ou a da causalidade adequada, mas sim a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal (RTJ, 143/283).

22 René Chapus arrola quatro espécies de danos imateriais que, com maior ou menor resistência acabaram por ser admitidos pela jurisprudência administrativa francesa. São eles, em tradução livre: "*1. o atentado à reputação e à honra das pessoas; 2. os sofrimentos físicos suportados por quem sofreu danos corporais ou em razão de intervenções cirúrgicas que o acidente tornou necessárias; 3. o dano estético, o prejuízo moral que consiste no sentimento de incômodo e de desagrado sofridos por uma pessoa como conseqüência das lesões à sua integridade e harmonia corporais; 4. as perturbações nas condições de existência, expressão própria da jurisprudência administrativa e de extensa significação, designa os sentimentos vinculados aos inconvenientes os mais diversos suscetíveis de resultarem do fato danoso, como por exemplo, o ter de mudar seus hábitos ou seu modo de vida, de renunciar a certos projetos, de interromper ou suspender seus estudos, abster-se de praticar certas atividades esportivas ou de lazer — sendo apreciadas essas perturbações com abstração das conseqüências pecuniárias do fato danoso: 5. enfim, a dor moral, quer dizer, a lesão aos sentimentos de afeição que ligavam uma pessoa a aquela que o evento danoso provocou a morte, por exemplo*" (op. cit., vol. II, p. 984-985).

23 Ilustram a primeira hipótese os seguintes exemplos: Cássio poderia ter sobrevida maior se por erro de diagnóstico não tivesse deixado de submeter-se a tratamento no momento oportuno; Tício, por ter sido

O dano deverá, finalmente, consistir na violação, restrição ou supressão de um direito subjetivo ou na contrariedade a interesse juridicamente protegido.

É importante observar, entretanto, que a noção de interesse juridicamente protegido sofreu, modernamente, uma modificação substancial. Na perspectiva da tradição, o interesse que o direito protegia era sempre de cunho acentuadamente individualista. A proteção jurídica dos interesses transindividuais, difusos e coletivos, é relativamente recente. No Brasil, a explícita adoção do conceito de interesses difusos e coletivos, realizada com grande amplitude na Constituição Federal e no nosso sistema jurídico, erguendo-os inequivocamente à posição de interesses juridicamente protegidos, ampliou consideravelmente o número de hipóteses em que o Estado é responsável, extracontratualmente, por seus atos ou omissões.[24]

ferido, sem culpa alguma, em acidente causado por veículo do Estado, não pôde terminar as provas de concurso público, onde tinha grandes possibilidades de ser aprovado, de acordo com as notas até então publicadas; Mévio, homem pobre, recorreu à defensoria pública para patrocinar seus interesses em ação de despejo, e o advogado que o Estado lhe dera perdeu o prazo para contestar a ação, o que determinou que esta fosse julgada procedente. Nos três casos não se configura dano futuro, mas a perda atual e efetiva de uma posição concreta, de onde seria legítimo aspirar a uma situação mais vantajosa, não fora a ocorrência do evento danoso. No dano por ricochete, o prejuízo é direto, na medida em que decorre imediatamente do fato danoso, embora haja, antes, um outro dano, de que depende. Por isso e nesta acepção é chamado também de prejuízo reflexo, como o sofrido por quem dependia materialmente da pessoa que morreu ou ficou inválida em acidente.

24 Na concepção antiga, quem zelava exclusivamente pelos interesses da coletividade era o próprio Estado. Nessas circunstâncias, se não houvesse lesão a direito subjetivo, não havia como subordinar os atos do Poder Público ao controle do Judiciário. Compreende-se, assim, que a noção de interesse, quando não caracterizasse a existência de direito subjetivo, não desempenhasse também qualquer papel no direito brasileiro, diferentemente do que sucedia e sucede, por exemplo, no direito francês, italiano ou português (sobre este último, Marcello Caetano, *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, Ática, 1974, p. 219 e segs.), notadamente como condição de legitimação processual. Os benefícios que as normas de direito público produziam para a sociedade eram, via de regra, simples reflexos de direito, nos termos estabelecidos por Georg Jellinek, no seu livro famoso (*System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen, Scientia Verlag Aalen, 1979, reprodução da edição de 1919, p. 67 e segs.). Só eventualmente é que geravam direitos subjetivos. As formas de participação dos indivíduos no controle jurisdicional da conduta do Estado foi, entretanto, gradativamente se ampliando e assumindo diferentes feições no direito brasileiro. Primeiramente, sob a Constituição de 1946, com a disciplina da ação popular pela Lei nº 4.717/65, ação a ser proposta por qualquer cidadão, e cujo âmbito foi se alargando até permitir-se que tenha hoje por objeto a anulação de qualquer "*ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*" (CF, art. 5, LXXIII). Depois, pela instituição da ação civil pública (Lei nº 7.347/85), endereçada especificamente à proteção dos interesses difusos e coletivos, relacionados com o meio ambiente, os consumidores e os bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico. Tal ação pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, por autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Constituição de 1988 alargou a competência do Ministério Público ao inserir entre as suas funções institucionais a de "*promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*" (art. 129, III). Finalmente, a Lei nº 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor, criou a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos — ou, em termos mais simples, dos direitos subjetivos lesados, de idêntica natureza e de que fossem titulares numerosas pessoas — ao abrir a eles a via da ação civil pública (arts. 90 e 117). Atualmente, portanto, pelo relevo dado pelo ordenamento jurídico brasileiro

Mas, além desses requisitos primeiramente fixados pelo direito privado para que o dano seja indenizável, há ainda dois outros, típicos do direito público, e que concernem exclusivamente à responsabilidade do Estado por atos lícitos: a especialidade e a anormalidade. São eles que explicam que nas limitações administrativas, por serem genéricas, não cabe indenização e que as servidões administrativas, por recaírem sobre um bem determinado, sejam, via de regra, indenizáveis. O fundamento da responsabilidade, nessas hipóteses, está na distribuição desigual dos encargos públicos. É iníquo que alguém sofra sacrifício em proveito da coletividade sem que seja indenizado. De outro lado, é facilmente compreensível que os atos lícitos do Estado, quando não causem perturbações ou alterações de monta no patrimônio ou na vida das pessoas, mantendo-se, portanto, dentro dos lindes da normalidade, não dêem lugar a indenização.

A especialidade e a anormalidade do dano têm também conexão com a noção de interesse juridicamente protegido ou interesse simples. A mudança do sentido do trânsito de veículos em determinada rua pode prejudicar grandemente comerciantes estabelecidos naquela vida pública ou pessoas que lá residam. Nem por isso terão eles pretensão ressarcitória contra o Estado. Diversa é a solução, no entanto, quando o trânsito é proibido em rua na qual funcionava oficina de conserto de automóveis. Afirma-se que, no primeiro caso, há simples interesse ou interesse não qualificado, enquanto que, no segundo, o interesse seria legítimo ou jurídico.

Há, porém, uma certa petição de princípio nesse raciocínio ou, pelo menos, certa arbitrariedade na classificação dos interesses como simples ou jurídicos, quando postos em confronto com os atos lícitos do Poder Público: porque os interesses são simples, não há direito a indenização; não há direito a indenização porque os interesses são simples. A rigor, a distinção que se faz entre as duas situações figuradas creio resultar da especialidade e da anormalidade do dano. Se o dano espalha-se por toda a sociedade ou não ultrapassa os marcos da normalidade, não é indenizável; se for anormal e especial, sim. Em outros termos, quer isto significar que apenas quando se verifiquem estes requisitos é que se dá a proteção jurídica aos interesses das pessoas.

### 4. *Causas externas, pluralidade de causas e responsabilidade subjetiva do Estado*

Por vezes sucede que o dano tenha mais de uma causa. Para ele cooperaram a ação ou a omissão do Estado e também um fato estranho a este, relacionado com a vítima, com um terceiro ou decorrente de força maior. Importa advertir, desde logo, que se a causa é exclusivamente o fato da vítima, de terceiro ou a força maior, não há qualquer nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do Estado e o dano, não cabendo falar, portanto, em responsabilidade do Poder Público. A causa será pura-

à participação popular, está a atividade do Estado submetida a controle, que poderíamos chamar de social, numa amplíssima gama de situações passíveis de serem examinadas pelo Poder Judiciário, muitas das quais dizem respeito à responsabilidade extracontratual.

mente externa. Não constitui causa externa, entretanto, o caso fortuito. A peça que se desprendeu da máquina de propriedade do Estado, produzindo dano no particular, configura situação que é geralmente compreendida pela noção de falha do serviço, portanto algo que é interno ao Estado e não externo, como a força maior. Não constitui, assim, fato relevante para excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado, nem mesmo quando esta é de caráter subjetivo.

Quando tanto a ação ou omissão do Estado, quanto o comportamento da vítima ou de terceiro, ou ainda a ocorrência de força maior se identificarem como causas adequadas à produção do evento danoso e forem, pois, concausas do prejuízo, aí ter-se-á de averiguar as hipóteses em que a responsabilidade do Estado será integral ou atenuada.

Discute-se, também, se, nessas situações, ou pelo menos em algumas delas, a responsabilidade do Estado será fundada na culpa do agente ou na falha do serviço.

O Estado não tem, por certo, o dever de tudo prover e de tudo cuidar. Apesar de ter muito poder, também não pode tudo. Não pode, por exemplo, impedir que fatos externos, inevitáveis e irresistíveis, causem prejuízos aos particulares, ou que terceiros matem, roubem ou lesem por qualquer modo seus semelhantes. Seria, assim, claramente impensável estender a responsabilidade do Estado a todos os eventos danosos, dando-lhe ainda o caráter de responsabilidade objetiva. Só na ilha da Utopia seria talvez concebível um sistema assim.[25] Compreende-se, pois, que a responsabilidade do Estado, quando o dano resulta de uma ação de terceiro ou de força maior, só surgirá quando se demonstre que o Estado cooperou, por culpa de seus agentes ou por culpa anônima ou por falha do serviço, para que o dano se produzisse. Em tais circunstâncias a conduta do Estado só se qualificará como concausa do evento, se existir violação, por parte do Poder Público, de um dever jurídico preexistente, porquanto os deveres que tem com relação aos particulares são limitados, como já se deixou entrever.

Se *A*, que não tinha qualquer antecedente penal, mata *B*, depois de uma discussão na empresa em que trabalhavam, não caberá aos herdeiros de *B* ação de ressarcimento contra o Estado. Mas se *A* praticou ação criminosa na presença de policial que, negligentemente, não tomou qualquer providência para impedir o fato delituoso, não haverá dúvida que a conduta do agente, nessa qualidade, entrará como elo importante na cadeia causal que terminou no homicídio, apta a determinar, portanto, a responsabilidade do Estado. Um outro exemplo: *A* teve seu barraco, numa favela do Rio de Janeiro, destruído em razão de deslizamento do terreno, provocado por chuvas de anormal intensidade. Contudo, se o Estado não se houvesse descuidado das obras de prevenção que realizara, mas que estavam deterioradas, certamente o dano não se teria verificado. Também aqui a falha do serviço, juntamente com a força maior,

25 Só em casos excepcionais alguns sistemas jurídicos têm acolhido espécies de responsabilidade social por atos que de nenhuma forma podem ser imputados ao Estado e que deixariam a vítima sem possibilidade de obter ressarcimento. Tal é o que ocorre no direito francês com as indenizações às vítimas por atos de terrorismo ou por transmissão do HIV, para o atendimento das quais a legislação criou fundos específicos (Jaqueline Morand-Deviller, Cours de Droit Administratif, Paris, Montchrestien, 1993, p. 662.

desempenha o papel de causa do dano, gerando a responsabilidade do Estado. Tudo seria diferente se o barraco tivesse sido destruído por um raio, caso em que o dano é produzido exclusivamente pela força maior.

Nos casos em que há concausa e em que a ação ou omissão do Estado está relacionada com atividades perigosas por ele desempenhadas (p.ex., exercícios militares) ou com métodos perigosos por ele adotados (p.ex., tratamento de insanos mentais em regime de liberdade) ou com coisas e pessoas perigosas de que tem a guarda (p.ex., explosivos, material radioativo, presidiários), suscitam-se algumas questões interessantes. Assim, na maior parte dessas hipóteses, se o dano estiver diretamente relacionado com o risco assumido pelo Estado, a responsabilidade deste será objetiva. Em caso contrário, só poderá ser ele responsabilizado se ficar comprovada a culpa do agente ou a falha do serviço e existir, obviamente, nexo de causalidade. Desse modo, os prejuízos sofridos por pessoas que se encontravam nas proximidades de estabelecimento correcional e que foram assaltadas por presidiários dele evadidos dão origem à responsabilidade objetiva do Estado. Diversa será a solução, quando o evento danoso ocorrer em lugar distanciado do abrangido pelo risco ou tendo o evento danoso ocorrido muito tempo depois da fuga.[26]

Além disso, quando o risco assumido pelo Estado é extraordinariamente intenso, mesmo a ocorrência de força maior não afasta sua responsabilidade. É o que sucede nos casos de dano nuclear, a propósito do qual a Constituição Federal tem regra específica.[27]

Quando na concausa entra ato de terceiro, a responsabilidade é solidária, resolvendo-se pelos princípios do Código Civil que disciplinam essas espécies de obrigações. Se há culpa concorrente da vítima, os ônus relacionados com a reparação são geralmente divididos pela metade. No que tange à força maior, excetuadas aquelas situações em que se verifica risco exacerbado e nas quais, como visto, ela é irrelevante, a maioria das decisões dos tribunais brasileiros não a considera como fator de redução do valor da indenização e, pois, de atenuação da responsabilidade,

26 Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit. p. 52). O transcurso de longo tempo entre a fuga do presidiário e a lesão, geralmente implica o afastamento do nexo de causalidade. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que crime cometido por presidiário foragido há quase dois anos e que se evadira de hospital para onde fora provisoriamente removido — evasão esta decorrente de comportamento culposo dos agentes encarregados de sua guarda — não determinava a responsabilidade patrimonial do Estado, por ausência de nexo causal (RTJ, 143/270).

27 Art. 21, XXIII, c: "*A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa*". Apesar de o preceito não se referir à força maior, como elemento que nenhuma influência teria na responsabilidade por danos nucleares — os quais, no Brasil, são sempre referidos ao Estado, pois a exploração dos serviços e instalações nucleares é monopólio da União (CF, art. 21, XXIII) — a doutrina, informada pela tendência universal existente sobre a matéria, tem afirmado que a responsabilidade, nessa hipótese, é fundada no risco integral, sendo irrelevante a força maior ou o fato de terceiro. Só a culpa exclusiva da vítima é que afastaria a responsabilidade do Estado. Por todos, Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*, São Paulo, 1985 RT, p. 228-229 (p. ex). É verdade que a responsabilidade assim exacerbada é, de certo modo, equilibrada por outras disposições normativas, como a de fixação de prazo máximo para exercer a pretensão à indenização e de teto para o seu valor (Cfr. Bittar, op. cit., p. 229, Lei nº 6.453, de 17.10.77).

quando o evento danoso poderia ter sido evitado caso os serviços dos Estados tivessem funcionado adequadamente.

### 5. *Responsabilidade por atos jurisdicionais*

Matéria delicada é a que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. O erro judiciário há de ser indenizável. E o direito brasileiro admite que o seja, tanto em matéria cível como penal. Isto não é uma decorrência da legislação ordinária, que contém preceitos a respeito da matéria, como se verá, mas do texto constitucional que consagra de modo amplo a responsabilidade extracontratual do Estado por atos de seus agentes e determina, além disto, dispondo nitidamente sobre hipótese do direito penal, que "*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*" (CF, art. 5º, LXXV). Muito embora a regra sobre a responsabilidade patrimonial do Estado por ato de seus agentes esteja inserida no capítulo pertinente à administração pública, como parágrafo do artigo que enumera os princípios gerais a que esta deverá submeter-se, quer seja "*direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*" sempre se interpretou, todavia, que expressa princípio abrangente de todas as funções do Estado, não se referindo, apenas, à função administrativa e aos atos que a exprimem. O Estado é responsável pelos danos que causa não apenas quando administra, mas também quando legisla e julga.

No que concerne, entretanto, aos atos jurisdicionais há uma particularidade que os distingue dos atos de exercício das demais funções do Estado. É a estabilidade que se lhes predica e que lhes é indispensável. Os atos jurisdicionais que sejam terminativos das causas, que sejam verdadeiramente sentenças, fazem coisa julgada formal ou material. Na primeira hipótese, haverá, ainda, a possibilidade do reexame da decisão proferida pela porta dos canais especiais abertos pela legislação processual, penal ou civil, e que são, no Brasil, a revisão criminal e a ação rescisória. Ocorrendo, porém, a coisa julgada material, a sentença, certa ou errada, é imodificável em qualquer circunstância. Como diziam os antigos, ela faz do redondo quadrado e do branco preto. Nessas circunstâncias, não há que discutir mais, como pretendem alguns, o acerto ou o desacerto da decisão, para fins de responsabilizar o Estado.[28]

Mas é irrecusável que existe uma extensa gama de situações em que a conduta dos juízes pode dar origem à responsabilidade do Estado. A excessiva e injustificada lentidão dos processos, quando manifestamente imputável ao juiz, pode dar origem a danos materiais e imateriais às partes, pelos quais o Poder Público deve responder.

28 Tupinambá Miguel Castro do Nascimento sustenta, por último, a possibilidade de indenização, mesmo julgada improcedente ou não proposta a ação rescisória (op. cit. p. 27 e segs.). A opinião dominante é, porém, a de que a ocorrência de coisa julgada afasta a responsabilidade do Estado. Cfr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional*, p. 42.

Da mesma maneira quando, sem fundamento razoável, o juiz nega medida cautelar ou medida liminar em mandado de segurança, causando, com esse ato, perda irreparável para o postulante ou até mesmo o perecimento do seu direito.

Na legislação processual brasileira a questão dos danos causados por atos jurisdicionais está tratada em dois dispositivos, um do Código de Processo Penal e outro do Código de Processo Civil, repetido, com mínimas e insignificantes variações de redação, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 46).

O art. 630 do Código de Processo Penal concerne à revisão criminal. Diz a norma que, quando concedida a revisão pelo tribunal este poderá, se o interessado o requerer, "*reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos*". Tal indenização será liquidada no juízo cível. Não será, contudo, devida a indenização em duas hipóteses: "*a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder*", ou "*b) se a acusação houver sido meramente privada*". Como se percebe, a regra tem como objeto apenas a reparação do dano causado por erro judiciário na esfera criminal. Não compreende — e não há nenhuma outra norma que cogite dessa matéria — as hipóteses de negligência judiciária, ou mesmo de erro em outras decisões que não sejam terminativas da ação penal, como, por exemplo, a claramente injustificada decretação de prisão preventiva. Seu lado positivo mais saliente está em que o reconhecimento do direito à indenização possa ser feito, desde logo, na própria revisão criminal. De outra parte, porém, é insustentável, perante a Constituição, a exclusão da responsabilidade do Estado nos casos de ação penal condicionada, ou, na linguagem do preceito, "*se a acusação houver sido meramente privada*". A parte não é condenada porque a incoação do processo foi resultante de queixa. A sentença é que, apreciando os fatos e a prova do processo, errou, condenado alguém injustamente. O que poderá haver é hipótese de responsabilidade solidária (o que, aliás, também poderá suceder nos casos de ação penal incondicionada, quando a denúncia do Promotor Público for induvidosamente improcedente ou desarrazoada), do querelante e do Estado, mas nunca a irresponsabilidade deste:

O Código de Processo Civil, no art. 133, declara que o juiz responderá por perdas e danos quando "*I — no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II — recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte*". No último caso, determina o parágrafo único, que só se reputarão verificadas as hipóteses ali previstas "*depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias*".

A principal observação a ser feita a esse preceito é a de que ele não tem qualquer relação com a responsabilidade extracontratual do Estado, como, por vezes, tem sido sustentado. Ele limita, tão-somente, as hipóteses em que o juiz, pessoalmente, pode ser responsabilizado. Não colide, pois, com as Constituição Federal, uma vez que não restringe a responsabilidade do Estado.[29]

29 Contra, Juary C. Silva (*A Responsabilidade do Estado por Atos Jurídicos e Legislativos*, São Paulo, 1985, Saraiva, p. 215).

Cabe registrar, para encerrar esta ordem de considerações, que a jurisprudência brasileira, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem revelado enorme resistência em aceitar a responsabilidade do Estado por atos de juízes, não obviamente, quando estes excercem função administrativa, mas pela prática ou omissão de atos jurisdicionais.[30]

## 6. *Responsabilidade por atos legislativos*

Os prejuízos que as leis e os atos normativos infralegais válidos causam às pessoas só são indenizáveis quando o dano for anormal e especial. Manifestou-se, no passado, certa tendência a reconduzir a responsabilidade do Estado por prejuízos causados em razão de suas leis à responsabilidade por atos ilícitos. Em outros termos, o Estado só seria responsável quando a lei fosse inconstitucional. Subjaz a essa posição, claramente, a idéia de que o Estado há de ter alguma culpa para ser responsabilizado, já que a noção de risco seria inaceitável para explicar a responsabilidade nessas hipóteses, pois não se pode admitir que a atividade legislativa seja perigosa. Em realidade, o princípio que determina a responsabilidade do Estado, em tais circunstâncias, é o da igualdade perante os encargos públicos. Se o Estado, procedendo licitamente, sem, pois, contrariar qualquer dever jurídico, mesmo assim causa danos aos particulares, esses são indenizáveis, desde que especiais e anormais. Os requisitos da especialidade e da anormalidade do dano são, antes de tudo, uma exigência da razão prática, que visa a assegurar a governabilidade e, até mesmo, a própria existência do Estado. Caso todo o dano gerado por atos lícitos do Poder Público fosse indenizável, independentemente de sua especialidade e anormalidade, o Estado se veria impedido, por exemplo, de modificar seus planos econômicos.[31] As leis geralmente são abstratas e impessoais, dificilmente podendo causar danos especiais aos indivíduos. Não se poder afastar, contudo, que excepcionalmente delas defluam efeitos desvantajosos e anormais que incidam sobre um círculo restrito de pessoas, dando assim causa à indenização, do mesmo modo como ocorre com as chamadas leis de efeitos concretos, que são, na verdade, leis somente no sentido formal, pois possuem a natureza de atos administrativos.

No tocante aos danos causados por leis inconstitucionais e outros atos normativos inconstitucionais ou ilegais não se exige sejam eles anormais ou especiais. Desde o início da República aceita a doutrina brasileira a responsabilidade do Estado em razão de danos causados por leis inconstitucionais.[32]

30 Cfr. Yussef Said Cahali, op. cit. p. 210 e segs.

31 Almiro do Couto e Silva, *Problemas Jurídicos do Planejamento*, p. 1 e segs.

32 Observava Amaro Cavalcanti: "*Decerto, declarada uma lei inválida ou inconstitucional por decisão judiciária, um dos efeitos da decisão deve ser logicamente o de obrigar à União, Estado ou Município, a reparar o dano causado ao indivíduo, cujo direito fora lesado, quer restituindo-se-lhe aquilo que indevidamente foi exigido (...), quer satisfazendo-se os prejuízos, provavelmente sofridos pelo indivíduo com a execução da lei suposta*" (op. cit., v. I, nº 54, p. 313). Sobre a preponderância dessa opinião na doutrina brasileira, veja-se Yussef Said Cahali, op. cit. p. 226. É esta, também, há muito tempo, a posição

Com o acolhimento pela Constituição de 1988 da inconstitucionalidade por omissão[33] e do mandado de injunção[34], cabe perquirir se haveria responsabilidade do Estado por tardar em editar ato normativo, quando fosse este determinado pela Constituição e da omissão resultasse dano para os particulares. Cabe assinalar, em primeiro lugar, que nos sistemas jurídicos que admitem a inconstitucionalidade por omissão, como é o caso da Alemanha, que criou o instituto mediante construção do Tribunal Constitucional Federal e de Portugal, que o recebeu no art. 283 da sua Constituição, prevalece o entendimento de que a participação dos particulares no controle da inércia legislativa é limitada à utilização dos instrumentos judiciais postos à sua disposição para provocar sentença declaratória da omissão inconstitucional. Não se reconhece (ou pelo menos ainda não se reconheceu) aos indivíduos, em qualquer hipótese, direito e pretensão a obter ressarcimento por danos decorrentes da ausência de lei. Nos nossos dias, o controle tem, portanto, caráter eminentemente político.[35] Conquanto a inconstitucionalidade da conduta do Estado não seja substancialmente distinta nos casos de ação ou omissão, o que levaria a pensar-se na responsabilidade do Estado nas duas hipóteses, é inquestionável que, na última, na de inconstitucionalidade por omissão, as dificuldades, de ordem jurídica e prática, são consideravelmente maiores. As decisões do Supremo Tribunal Federal, ao decidir ações de inconstitucionalidade por omissão ou ao julgar mandados de injunção,

do STF (RDA 20/42; RTJ 2/121). Vejam-se, mais recentemente, as considerações do Min. Celso de Mello, ao julgar prejudicado mandado de segurança impetrado contra o bloqueio de cruzados novos, em decorrência do plano de estabilização monetária do Governo Collor (RTJ 142/984).

33 CF, art. 103, § 2º "*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*".

34 CF, art. 5º, LXXI "*Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*".

35 No direito alemão há grande resistência à aceitação da responsabilidade do Estado nos casos de dano causado por lei. Mesmo no caso de "ilícito normativo" ou "ilícito legislativo" (*normatives Unrecht, legislatives Unrecht*), ou seja, quando a lei ou o ato normativo sejam inconstitucionais ou seja inconstitucional a *Unterlassung* a omissão, não admite, em princípio, a responsabilidade do Estado. De qualquer modo, o assunto tem sido acesamente discutido na doutrina. As razões que mais pesam para sua rejeição têm caráter acentuadamente prático e residem na generalidade da lei e, conseqüentemente, na generalidade dos danos, os quais podem atingir valores incalculáveis. Registra Hartmut Maurer que a matéria estaria a merecer uma disciplina específica, como tema a ser considerado na reforma da legislação pertinente à responsabilidade do Estado. Contudo, quer no projeto apresentado pelo Governo, quer na lei sobre responsabilidade do Estado, que chegou a ser editada e que foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, a responsabilidade por atos legislativos só era admitida quando a lei assim dispusesse (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1982, C.H. Beck, págs. 502 e segs. e 605 e segs., com remissão bibliográfica sobre a matéria). No que diz respeito à omissão inconstitucional, não é diferente a solução no direito português (Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 321 e segs.; *O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos*, Coimbra, Almedina, 1974, págs. 163 e segs.). No Brasil, Marcelo Figueiredo é favorável a que se admita a responsabilidade do Estado, na hipótese de omissão legislativa declarada inconstitucional (*O Mandado de Injunção e a Responsabilidade por Omissão*, São Paulo, RT, 1991, págs. 51 e segs.), do mesmo modo que Maria Emília Mendes Alcântara (*Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais*, p. 69).

geralmente têm se limitado, em ambas as hipóteses, a declarar que a omissão legislativa é inconstitucional, razão pela qual recomendam ao Poder Legislativo que edite norma a respeito da matéria. No máximo, fixam prazo para que isso ocorra[36]. Efetivamente, salvo as situações absolutamente excepcionais, quando, na norma constitucional, já se contenham elementos suficientes para que se possa prever, com nenhuma ou mínima margem de erro, qual será o conteúdo da norma ordinária[37], hipótese em que o Judiciário poderá, diretamente suprir a omissão, nos demais a decisão judicial deverá restringir-se apenas a "*dar ciência ao Poder competente da omissão inconstitucional para a adoção das providências necessárias*"[38]. Se, apesar disso, o Poder Legislativo não tomar qualquer providência, nenhuma outra medida caberá ao Poder Judiciário. A decisão do Supremo Tribunal Federal deverá operar, nessas circunstâncias, como elemento de pressão política, como tem sucedido com as decisões do Tribunal Constitucional Federal na Alemanha. Sendo assim, e inexistindo a norma infraconstitucional, como se poderá estimar o prejuízo dos interessados? Pelas mesmas razões de respeito ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes as decisões do STF não prescrevem que a norma, quando editada, deverá ter efeitos *ex tunc*. O reconhecimento da responsabilidade do Estado pela omissão legislativa teria a conseqüência prática de produzir esse efeito que a sentença declaratória da omissão não deu e que a regra reclamada possivelmente também não dará. Obter-se-ia, assim, por via oblíqua o que por via direta não se consegue. As dificuldades não param aí: mas efeitos *ex tunc*, a partir de quando? Em que instante se caracteriza a *mora legislatoris*? Por certo, há hipóteses em que a Constituição fixa prazo dentro do qual leis deverão ser elaboradas. Há muitas outras, porém, em que se verifica inequívoco e específico dever constitucional de legislar, mas inexiste prazo fixo para que isso ocorra. Parece também pertinente ressaltar

36 Constitui *leading case* no direito brasileiro, quanto ao alcance e significado da sentença no mandado de injunção e na ação de inconstitucionalidade por omissão, o acórdão proferido pelo STF, no Mandado de Injunção n. 107 (RTJ 133/11; também importante, RTJ 139/687).

37 O art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou o prazo de doze meses para que fosse editada lei de iniciativa do Congresso Nacional dispondo sobre reparação de natureza econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em razão de Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica, durante os governos militares. A lei não foi editada no prazo assinado. Apreciando mandado de injunção impetrado em razão da omissão legislativa, o STF decidiu: (a) declarar a ocorrência da omissão, (b) reconhecer a mora do legislador, (c) determinar que a declaração de inconstitucionalidade fosse comunicada ao Congresso Nacional, (d) fixar prazo de quarenta e cinco dias para a elaboração da legislação e de quinze dias para a sanção e, ultrapassados esses prazos sem promulgação, desde logo (e) "*reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida pelas perdas e danos que se arbitrem*". Esclareceu, por último, que a superveniência da legislação não prejudicaria os efeitos da coisa julgada, a não ser que fosse mais favorável ao impetrante (RDA 185/204). Contudo, nos casos de omissão parcial, nos quais, sabidamente, o direito alemão tem solução inovadora, uma vez que, pela invocação do princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional Federal tem simplesmente estendido a norma às situações que deveria ter contemplado e não contemplou, o STF permaneceu ligado à solução tradicional, de declarar a inconstitucionalidade da lei que feriu o princípio da isonomia e não suprir a omissão nela verificada (RTJ 146/431).

38 CF, art. 103, § 2º.

que o direito que tem a parte, no que diz com a postulação de edição de norma jurídica, não se refere propriamente ao conteúdo desta, o qual será determinado pelo Poder Legislativo, no exercício de suas atribuições específicas. Dito de outro modo, é a partir da lei, ou do ato normativo infralegal, que os direitos dos particulares, dela dependentes, assumem sua plena conformação. Esses direitos, de regra pelo menos, não são meramente declarados pela lei; é ela, a lei, que os constitui ou lhes dá feição definitiva. Só a partir daí é que ganham nitidez e precisão; só então é que se pode dizer que eles efetivamente se materializam. Antes o dano não é quantificável. E pode ser que não o seja nunca, pois certamente em apreciável número de casos haverá probabilidade de que, apesar de toda a pressão política, o Poder Legislativo não venha a elaborar a lei, cuja omissão foi declarada inconstitucional. Já se vê, portanto, que a atribuição de efeitos *ex tunc* à lei por fim editada e cuja omissão fora objeto de declaração de inconstitucionalidade ou, o que vale o mesmo, a afirmação do dever de indenizar do Estado em tais situações, teria um efeito contraproducente. Em muitas hipóteses essas conseqüências estimulariam o Governo ou o próprio Poder Legislativo a permanecer na inércia, para não ter, depois, de enfrentar despesas vultosas. Buscando-se o ótimo deixar-se-ia de conseguir o bom. Estas considerações parecem mostrar não ser recomendável, no estágio atual do nosso direito, aceitar-se a responsabilidade patrimonial do Estado pela omissão legislativa inconstitucional.

## 7. *Aspectos processuais*

Questão controvertida, principalmente na jurisprudência brasileira, é a possibilidade de, na ação de indenização fundada na responsabilidade objetiva, o Estado denunciar à lide o agente que se teria comportado de maneira dolosa ou culposa. Não se discute que o Estado tenha ação de regresso contra o agente, quando tenha existido dolo ou culpa, pois isto está declarado no preceito constitucional. O que se questiona é se, na posição de réu na ação de indenização, possa dar origem a uma ação secundária contra o agente público, pela denunciação da lide, ação esta que girará, evidentemente, em torno dos aspectos subjetivos da responsabilidade.[39] Em termos práticos, não será necessário realçar que a aceitação dessa possibilidade implica negar os benefícios que resultam para a vítima da adoção constitucional do princípio da responsabilidade objetiva. Dito de outro modo, nessas situações a responsabilidade, de objetiva, se transformaria em subjetiva e só quando a culpa fosse anônima, quando se verificasse a falha ou falta do serviço, é que a responsabilidade seria real e verdadeiramente objetiva.

Ao lado dos obstáculos de ordem constitucional que se antepõem à aceitação da denunciação à lide na hipótese mencionada, há ainda ponderações de caráter estritamente processual que conduzem ao mesmo resultado. É inadmissível, na

39 A denunciação à lide está prevista no art. 70 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "*A denunciação à lide é obrigatória: (...) III — àquele que estiver obrigado pela lei ou pelo contrato a indenizar em ação regressiva o prejuízo do que perder a demanda*".

denunciação à lide, introduzir fundamento novo do pedido, que não figure na ação entre o autor e o réu.[40]

Parece-me, assim, que só quando a ação for proposta contra o Estado e o agente, alegando-se a responsabilidade solidária, é que será possível discutir-se a culpa. Mesmo quando, por inadvertência ou excesso de zelo, o autor referir-se à culpa do agente, não deve o juiz aceitar a denunciação à lide, pois a culpa do agente é irrelevante para concluir-se pela responsabilidade do Estado, uma vez que ela é objetiva. Isto em nada o beneficiará e só retardará consideravelmente a marcha do processo.[41]

Como são numerosas, porém, as decisões judiciárias que admitem a denunciação à lide nas circunstâncias expostas, decisões essas quase todas amparadas numa equivocada idéia de economia processual, é inquestionável que o recebimento no texto constitucional do princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado está ainda longe de produzir os frutos a que parecia destinada.

Mas os benefícios que deveriam resultar do acolhimento da responsabilidade objetiva frustram-se, também, por outras dificuldades, derivadas de normas da própria Constituição e do Código de Processo Civil. Refiro-me às regras que dispõem sobre a execução dos créditos contra o Poder Público. Estabelece a Constituição Federal, no seu art. 100, que, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública "*em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica da apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim*" E o § 1º assim prescreve: "*É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados os seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte*". Os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil apenas elucidam pormenores procedimentais. Assim, suponhamos que determinada a sentença transitou em julgado em agosto; o precatório deverá ser apresentado até primeiro de julho do ano seguinte, para que seja incluído no orçamento ainda do outro ano. Vê-se, pois, que entre o trânsito em julgado e o efetivo pagamento pode suceder que transcorra prazo bem superior a três anos.[42]

Tentei desenhar um panorama geral da responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. O ar plenamente democrático que agora se respira no país talvez acabe por eliminar ou pelo menos reduzir, em futuro que espero seja próximo, os obstáculos e inconvenientes que apontei e que impedem possa o admi-

40 RTJ 100/1.352, 106/1.055, 92/436 e 90/237.

41 Sobre a controvérsia na doutrina e na jurisprudência veja-se Yussef Said Cahali, op. cit., p. 93 e segs.

42 Aliás, essa demora excessiva e o imenso volume dos débitos do Poder Público a serem satisfeitos mediante precatórios é que determinou a regra contida no art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que autorizou o pagamento dos débitos existentes à data da promulgação da Constituição até o prazo máximo de oito anos, em prestações anuais e sucessivas.

nistrado obter, dentro de prazo razoável, a reparação do dano sofrido por ato ou omissão do Poder Público.

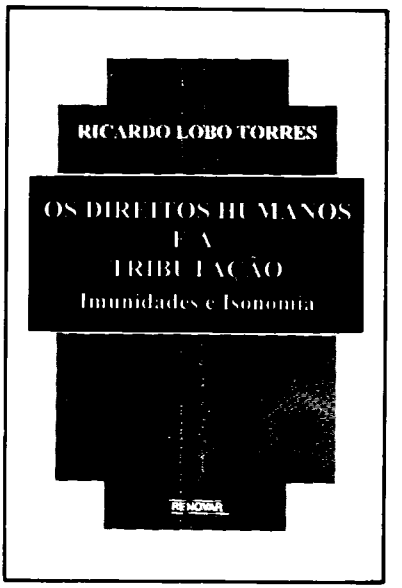
Se o Estado Democrático de Direito é sempre obra imperfeita, que se cuida continuamente de aprimorar, a superação dessas deficiências representará no Brasil, depois do passo significativo que foi o da consagração da responsabilidade objetiva como regime-regra, mais um avanço no sentido da realização sempre maior e mais acabada da justiça material, ideal que perseguimos e pelo qual todos nós, juristas, trabalhamos.

# OS DIREITOS HUMANOS E A TRIBUTAÇÃO

## Imunidades e Isonomia

*Ricardo Lobo Torres*

É livro que aborda alguns dos aspectos mais relevantes das limitações constitucionais ao poder de tributar. Procura rediscutir o problema da proteção da liberdade fiscal sintetizada nas imunidades a tributos e a impostos que, declaradas no art. 150, itens IV, V e VI da Constituição Federal, encontram nos direitos humanos o seu fundamento ético e jurídico. Dedica a obra alguns capítulos ao tema da isonomia, que vem recuperando a sua importância após a promulgação do texto de 1988, no qual aparece (arts. 150, II, 151 e 152) sob a forma de proibição de desigualdade, isto é, arbitrariedade, excesso ou desproporção que tornam odiosos os privilégios e as discriminações fiscais.




**Ref. 0093**
**Brochura**
**498 págs.**
**Form. 14x21**